



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL
RIO GRANDE DO SUL

REVISTA DO TRE/RS

Porto Alegre

v.12 - número 25
julho/dezembro 2007

ISSN 1806-3497

Rev. do TRE/RS, Porto Alegre, v.12, n.25, 168p., jul./dez. 2007

EXPEDIENTE

COMISSÃO EDITORIAL

Des. João Carlos Branco Cardoso - Presidente
Dr. Antônio Augusto Portinho da Cunha
Dr. Josemar dos Santos Riesgo
Dr. Marco Antonio Duarte Pereira
Bela. Vera Regina Coutinho

EQUIPE DE EDIÇÃO

Coordenação Geral: Vera Regina Coutinho
Editoração: Ermes Marcolin
João Antonio Friedrich
Alfredo Mauricio Dias de Moraes
Cristiano Friedrich Boiko
Washington Luis Teodoro Prudencio
Revisão: Ida Goldstein Chazan
Capa: Jefferson Cardoso da Silva

ENDEREÇO PARA CORRESPONDÊNCIA

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL
COORDENADORIA DE DOCUMENTAÇÃO E INFORMAÇÃO
Rua Duque de Caxias, n. 350 - 9º andar - Centro - 90010-280 - Porto Alegre (RS)
Telefones: (51) 3216.9440, 3216.9540 - Fax: (51) 3216.9438
e-mail: codin@tre-rs.gov.br home page: www.tre-rs.gov.br

Os artigos assinados são de responsabilidade dos autores. É permitida a reprodução total ou parcial do conteúdo da revista, desde que seja citada a fonte.

Tiragem: 750 exemplares

Revista do TRE/RS / Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul. - v.1- , n.1
(set./dez. 1996)- . - Porto Alegre : TRE/RS, 1996-

Semestral
Quadrimestral (1996-1998)
ISSN 1806-3497

1. Direito eleitoral - periódicos. I. Rio Grande do Sul. Tribunal Regional Eleitoral.

CDU 342.8(816.5)(05)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Coordenadoria de Documentação e Informação / Seção de Documentação

PLENO DO TRE/RS

Composição em 18 de dezembro de 2007

Presidente

Des. Marcelo Bandeira Pereira

Vice-Presidente e Corregedor Regional Eleitoral

Des. João Carlos Branco Cardoso

Membros Efetivos

Dra. Lizete Andreis Sebben

Des. Federal Wilson Darós

Dra. Lúcia Liebling Kopittke

Dra. Katia Elenise Oliveira da Silva

Dra. Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak

Procurador Regional Eleitoral

Dr. João Heliofar de Jesus Villar

Membros Substitutos

Des. Luiz Ari Azambuja Ramos

Des. Gaspar Marques Batista

Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon

Dra. Ana Beatriz Iser

Dr. Jorge Alberto Zugno

Dr. Ícaro Carvalho de Bem Osório

Dra. Lúcia Helena Escobar de Brito

Procurador Regional Eleitoral Substituto

Dr. Vitor Hugo Gomes da Cunha

Diretor-Geral da Secretaria

Dr. Antônio Augusto Portinho da Cunha

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
■ Discursos por ocasião da cerimônia de entrega da Medalha Moysés Vianna ao Dr. Paulo Brossard de Souza Pinto.	
<i>Des. Marcelo Bandeira Pereira</i>	9
<i>Dr. Paulo Brossard de Souza Pinto</i>	12
■ Doutrina	
Aspectos materiais das condutas vedadas – uma análise do art. 73 da Lei n. 9.504/97	
<i>Dr. Rodrigo López Zilio</i>	21
Considerações sobre o artigo 236 do Código Eleitoral	
<i>Dr. Cláudio da Silva Leiria</i>	75
Da Representação por captação e gastos ilícitos eleitorais	
<i>Dr. Rodrigo López Zilio</i>	121
Propaganda eleitoral: síntese da jurisprudência de suas exigências, limites e possibilidades	
<i>Dr. Antônio Augusto Mayer dos Santos</i>	147

APRESENTAÇÃO

A presente edição traz em seu preâmbulo os discursos da justa homenagem concedida ao Ministro Paulo Brossard de Souza Pinto, pela imensa contribuição à Justiça Eleitoral, mediante a entrega da Medalha Moysés Vianna, símbolo de imparcialidade, que herda o nome do ilustre magistrado de Santiago do Boqueirão/RS, o qual, num gesto de heroísmo, defendeu com a própria vida a tentativa de anulação das eleições daquele município.

O ilustre ministro nos brinda com um discurso sobre a evolução histórica da Justiça Eleitoral, proferindo um libelo a favor do regime democrático.

A colaboração prestada à comunidade jurídica pelo ilustre jurista remontará, sem dúvidas, a nossa história do mesmo modo que o ato heróico do magistrado.

Nesta edição, é oferecida uma seleção de artigos, com ênfase, entre outras matérias, àquelas que envolvem a aplicação do art. 30-A da Lei n. 9.504/97.

É consabido que a referida ação é um excelente instrumento no combate às fraudes eleitorais, matéria em voga com os recentes escândalos que solaparam os fundamentos de nossa democracia e que levaram à edição da Lei n. 11.300/06, com o intuito de criar um instrumento capaz de tirar o mandato de candidatos eleitos com a utilização de recursos e gastos ilícitos. Este novo artigo é uma forma de combater a nefasta influência do poder econômico, como afirmou o promotor e professor de Direito Eleitoral Rodrigo López Zilio, em seu artigo.

O mesmo autor oferece artigo sobre as condutas vedadas aos agentes públicos, denotando a sua preocupação com outra forma de abuso de poder, capaz de ferir um princípio tão caro à democracia, como o da igualdade no pleito eleitoral, que vem sendo violado constantemente com o aumento do uso da máquina pública em prol das candidaturas, acarretado pela edição da emenda constitucional que permitiu a reeleição.

Trazida à baila também, da lavra do promotor Cláudio da Silva Leiria, reflexões sobre o art. 236 do Código Eleitoral, relativo à vedação da prisão do eleitor nos cinco dias que antecedem as eleições até 48 horas depois do seu encerramento.

Destaco, ainda, e, finalizando a presente edição, doutrina de autoria do nobre advogado Dr. Antônio Augusto Mayer dos Santos, sobre a propaganda eleitoral, com referência às alterações advindas da Lei n. 11.300/06, regras estas que tanto contribuem para a lisura do pleito e, assim, para a fiel expressão popular nas urnas.

É o desejo que esta obra de doutrina seja fonte de consulta capaz de dirimir as dúvidas dos estudiosos do Direito, colaborando para que este Tribunal cumpra sua missão de assegurar a igualdade do pleito, garantindo a democracia em sua plenitude.

**Desembargador João Carlos Branco Cardoso,
Presidente da Comissão Editorial.**

DISCURSOS POR OCASIÃO DA CERIMÔNIA DE ENTREGA DA MEDALHA MOYSÉS VIANNA AO DR. PAULO BROSSARD DE SOUZA PINTO

Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul
Porto Alegre, 18.10.2007

* *Des. Marcelo Bandeira Pereira*

Senhoras e senhores, encontrar palavras para dizer o óbvio constitui, talvez, a mais árdua empreitada de oratória. Ao abrir esta cerimônia, vejo-me colocado exatamente defronte a esse desafio. Afinal, justificar uma homenagem ao cidadão Paulo Brossard de Souza Pinto é uma daquelas tarefas que, por sua obviedade, bem pode submeter o orador ao risco de se conformar com o indesejável lugar comum.

Impõe-se evitar que esta saudação sirva apenas para acrescentar mais algumas poucas linhas ao já repleto acervo de títulos e distinções que lhe foram destinadas. Ciente dos elevados riscos, tomo o mister com grande satisfação, revelando também uma sensação de alívio que se faz presente pelo fato de minha fala não suceder, mas preceder, à do nobre homenageado, cuja notável vocação para encantar e convencer por meio das palavras é por todos conhecida e, tenho certeza, será logo adiante demonstrada.

Também é do conhecimento da platéia o objetivo maior da nossa reunião de hoje: cultuar os feitos e a trajetória de dois grandes homens, tributando-lhes o devido reconhecimento. Nisso não se inova, pois desde o registro dos primeiros agrupamentos de pessoas, quando as expressões do conhecimento e do comportamento social do animal humano começaram a germinar, já se consta-

* *Presidente do TRE/RS.*

tava a praxe de reverenciar os semelhantes. E se ainda antes da história fosse-nos dado enxergar, por certo lá também deveria estar presente essa característica fundamental de nossa espécie.

De fato, nossas instituições foram edificadas a partir da lógica da homenagem, ação que revela uma submissão voluntária ou, ao menos, consentida, e além engrandecer quem a recebe, tem a virtude de confortar quem a oferece. Em síntese, pois, é possível afirmar que o ato de homenagear legitima o poder.

Ao buscar passagens na história que confirmem tal suposição, percebemos em que significativa medida institutos como a família, a sucessão, a propriedade, a organização política, a religião e tudo o mais que compõe o substrato do direito moderno tem a gênese comum do ritual. Os antigos, cultuando seus antepassados e outorgando legitimidade ao poder de seus ídolos, embalados por impulsos atávicos derivados do instinto e manifestados em crenças rudimentares, criaram as condições necessárias ao desenvolvimento da cultura, tal e qual a conhecemos. No celebrar e repetir de cerimônias, firmaram os costumes e a moral. Mas também deixaram explícito que almejavam algo além da bem-aventurança em vida, o que era garantido prestando-se favores e homenagens aos entes tidos como superiores: queriam a eternidade. Ansiavam por ser lembrados e relembrados, tornando-se também divindades adoradas, mediante a execução e repetição de cultos em seu nome, quando chegasse a hora de seus sucessores honrarem seus feitos e sua memória, ao que se seguiria a contraprestação de uma proteção extra mundana. Nota-se nesse proceder, portanto, o evidente ímpeto à perpetuação, não puramente físico ou biológico, mas também, e especialmente, uma perpetuação ideal, intelectual. Mas o que realmente chamava a atenção era a formação de um poderoso elo entre o ente que recebia o preito e a pessoa ou grupo que a prestava, gerando uma cumplicidade capaz de produzir os efeitos que justificavam a realização do rito.

Nós, por outro lado, autodenominados homens pós-modernos, por vezes parecemos ter desvinculado o culto ao próximo de sua origem histórica, como se a homenagem não trouxesse, senão ao próprio homenageado, deleite e orgulho, fazendo de cerimônias desta natureza algo como o simples adimplemento de uma dívida de gratidão. Em nome da ciência posta, apegamo-nos a processos racionais para negar o poder intangível do vínculo criado durante a realização da homenagem. Assim, reduzimos tudo a um aviltante formalismo, esvaziando o rito de seu original e principal propósito, qual seja, a produção de efeitos para além do que se pode enxergar e comprovar. Porém, a verdade é que a despeito de todo o sofisticado aparato psíquico que carregamos, continuamos a repetir os ritos ancestrais. E quando nos deparamos com pessoas realmente excepcionais, as vemos com espanto e admiração, como a indagar que toque inexplicável de magia as diferencia e as torna, até mesmo à revelia de sua von-

tade, dignas de tanto apreço e atenção. Perplexos e rendidos a esse magnífico encanto, esquecemos os porquês da razão e cedemos deliciosamente aos instintos para, exultantes, exaltar novamente os ídolos, na esperança, quem sabe, de provar um pouco do sabor da eternidade, como faziam os antigos.

O doutor Brossard sabe como poucos ensinar o valor do passado, e aqui reside a justificativa dessa breve digressão. Mais do que em suas palavras, encontro na sua trajetória as lições que vêm sendo passadas através das gerações. Um homem que coloca o acurado olhar para trás a fim de projetar o futuro com inigualável sabedoria. Saiba, Ministro Brossard, que esta Corte reconhece o imenso valor de sua contribuição ao direito e à justiça eleitoral, sendo a outorga desta medalha a manifestação pública e irrevogável dessa convicção.

Quando lhe propus a homenagem, já previamente aprovada por este colegiado, em uma agradável conversa ao telefone, lembro-me de ter ouvido uma aula sobre o juiz que empresta o nome à comenda. Surpreso e curioso, ative-me a sua explicação sobre o doutor Moysés Vianna, símbolo maior da defesa da democracia nestes rincões, e que em nome de um ideal entregou a própria vida. Esse magistrado, naquele momento, deixou de ser somente um homem do passado para fazer-se novamente vivo. Pois, ao buscar inspiração para este discurso, novamente confirmei o quão necessário é creditar-se o devido valor ao passado: nosso agraciado, em sua larga carreira profissional, registrou passagens que estão sempre a lembrar referências históricas, teses e pensamentos de predecessores, como se o direito e a política não fossem simplesmente áreas do conhecimento, mas um verdadeiro encadeamento de atos e fatos que, colocados na perspectiva correta, alcançam o *status* de história, viva e dinâmica, reavivando também o nome e os feitos daqueles que a fizeram.

É isso que vejo na figura de nosso homenageado: alguém que dá vida à história e ao conhecimento, colocando sua energia não apenas no que diz, mas no que faz, pois as palavras, sozinhas, limitam e aprisionam. Quando dedicadas ao passado, transformam o que foi em apenas uma versão, a partir da ótica do narrador. Quando dedicadas ao futuro, revelam, no máximo, uma intenção. Mas nem mesmo a boa intenção conduz à virtude. Apenas a ação é capaz de romper com os limites das palavras e iniciar uma nova ordem das coisas. E ela se dá no plano do presente. Pois, sem medo de errar, vejo o Ministro Brossard nessas três dimensões do tempo, que a humanidade criou para orientar a interpretação da vida. Vejo-o no passado, na tribuna do Senado, denunciando os abusos da ditadura militar, lutando por uma democracia que hoje, mesmo sem ser plena e acabada, já temos o prazer de desfrutar. Vejo-o, no presente, na tribuna do Supremo Tribunal Federal, fazendo finalmente triunfar sua tese a respeito da fidelidade partidária, lançada há cerca de duas décadas, quando ocupava uma das cadeiras da Máxima Corte. E posso vê-lo no futuro, combatendo os vícios

de um sistema jurídico-político imperfeito, que somente será aprimorado mediante a ação de pessoas comprometidas com suas convicções, formadas a partir de profundo estudo e reflexão. Vejo tudo isso, e, mais que ver, posso sentir aquilo que sentiam os antigos ao enaltecer seus ídolos.

Ao constatar que a história de Paulo Brossard de Souza Pinto produziu, produz e produzirá frutos perenes, sempre prontos a servirem de alimento intelectual a seus semelhantes, desde agora até onde não mais alcance a nossa visão ou a das futuras gerações, surge-me aquela sensação de eternidade. E sinto como se aquele elo formado entre nós, que prestamos esta homenagem, e o nosso agraciado, tivesse, sim, a força para eternizar um momento, a partir do qual um futuro melhor começa a se fazer presente.

Receba, Ministro Brossard, mais do que cumprimentos em uma cerimônia protocolar, o abraço e o carinho de pessoas que têm grande prazer e orgulho em tê-lo como um irmão de causa. E que o futuro testemunhe a realização de nossos desejos. Muito obrigado.

*** Dr. Paulo Brossard de Souza Pinto**

Sr. Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, preclaras autoridades que ornamentam esta Mesa, senhores representantes, presidentes dos tribunais regionais eleitorais do Brasil, que dão a esta cerimônia um quilate, uma altitude quase imprevisível, pela expressão nacional que a ela conferem, senhores membros da Corte, senhores advogados, senhores juízes, senhoras e senhores. Receber uma homenagem do Tribunal Regional Eleitoral já é uma honra. Mais ainda recebê-la tendo como porta-voz o seu presidente, que honra a magistratura, que o seu pai já honrou, como juiz modelar que foi, Sebastião Adroaldo Pereira; receber esta homenagem com a recepção de uma medalha, mas de uma medalha que diz o máximo que poderia dizer no nome que a define, um juiz desaparecido, eliminado, é forçoso dizer, por um sicário, no dia 24 de maio de 1936, em um distrito do Município de Santiago do Boqueirão, em Vila Flores, eliminado para salvar a seriedade do voto, da eleição, dos direitos individuais, dos direitos do cidadão, para salvar a lisura, a respeitabilidade, a pureza de uma urna eleitoral num distante e apagado distrito, num fim de tarde, quando deveria votar o último eleitor a depositar o seu voto. E, pressentindo que ele queria colocar duas cédulas na urna para anular a eleição, como

* *Ministro aposentado do STF.*

já acontecera na primeira eleição realizada em abril daquele ano, projetou-se sobre a urna, dizendo estas singelas palavras: “Não estrague o serviço”, quando foi violentamente alvejado, num tiroteio em sala exígua. De modo que, quando o Tribunal Regional Eleitoral escolheu o seu nome para homenagear as pessoas que tenha entendido merecedoras de uma distinção, por este ou aquele motivo relacionado com a Justiça Eleitoral, teve, a meu juízo, uma inspiração de inexcusável pureza, de inexcusável significado, porque, na nossa história, nenhum magistrado, nenhum servidor da Justiça pagou um preço tão alto, faz tanto tempo, para que esta Justiça Eleitoral crescesse no juízo do Estado e da nação brasileira, o Dr. Moisés Vianna. Isso ocorreu em 1936, e o seu nome continua sendo lembrado com a reverência devida, transformado pelo Tribunal nesta presença regular, como sua inspiração de todos os dias e para todos os atos.

A Justiça Eleitoral está completando 75 anos, se não me engano. Foi o chamado Código Assis Brasil, de 1932, que consagrou o voto secreto, a representação proporcional, o voto feminino, a Justiça do Trabalho, que teve como útil na cronologia de sua elaboração um jurista gaúcho, Maurício Cardoso, que, no entanto, era filho de sergipano. Sergipe está presente nesta sala e neste ato, pelo filho do Des. Deusedec Cardoso, natural de Sergipe, que veio viver, constituir família e morrer no Rio Grande do Sul. Maurício Cardoso foi um homem de excepcional talento, jurista de altos méritos e o revisor final do projeto que vinha sendo elaborado por uma comissão especial constituída principalmente dentro daquelas comissões chamadas legislativas, significativamente em algumas províncias, principalmente em São Paulo, no Rio, no Rio Grande do Sul.

E aquela súbita vitória, que foi uma vitória relativa, foi uma simples manifestação marcial, na Cidade do Rio de Janeiro, de um dos ramos das Forças Armadas. E aí teve a infeliz idéia de elaborar uma lei eleitoral, chamada Regulamento Alvim, dando celebridade ao seu autor, Cesário Alvim, que, no dizer de Carlos Maximiliano, nosso emérito constitucionalista, foi o mais engenhoso aparelho de fraude eleitoral concebido na face do universo. O fato é que a partir daí as eleições foram tudo, menos eleições; mas, ao mesmo tempo, tiveram a virtude, o efeito de assegurar a maioria a todos os governos.

Aqui no Rio Grande do Sul, a nossa Assembléia, durante todo o período do Império, nunca foi dominada por um só partido, ou melhor, sempre houve a dualidade partidária na nossa Assembléia, à frente do Rio Grande. Em 1891, a eleição foi unânime. Dir-se-á que houve três deputados católicos; é verdade, um deles o deputado Lacerda de Almeida, grande civilista. A existência desses três deputados católicos foi um gesto adotado pela chefia partidária, exatamente para assegurar uma pintura, por assim dizer, de corrente republicana, mas que tinha uma fisionomia ideológica diferente, mas isso só depois da Lei Rosa e Silva, que garantiu a representação da minoria.

Só em 1914 é que surgiu um deputado opositor, mas de 1891 até 1914, nenhum. Não sei se tinha mudado a sociedade ou se tinha mudado alguma outra coisa, mas o fato é que ocorreu isso e que os fatos foram esses.

Dei o exemplo do Rio Grande porque me parece expressivo o estado em que uma assembléia provincial sempre foi dividida pelos dois partidos que existiam à época, mas a partir da República mudaram outras coisas. Isso não foi uma peculiaridade do Rio Grande do Sul, aconteceu no país inteiro. Em 1900, Rui Barbosa escreveu um artigo sob o título de “A Velha Messalina”, referindo-se a um episódio que houve no estado de Pernambuco, que transcendeu as normas e constituiu uma situação extremamente grave. Dizia ele que sob esse ponto de vista não tinha havido novidade, mas apenas continuidade, com um agravante: que da falsidade do voto passava-se à falsidade da verificação dos votos - o chamado segundo escrutínio -, porque o reconhecimento era feito pelo Congresso, que, depois, se a eleição fosse falsa, cometia outra falsidade. Tanto assim que motivou uma frase de Gilberto Amado, que lembra alguma coisa assim: que a representação era falsa, mas que a eleição era verdadeira. Por quê? Porque eram escolhidas algumas figuras de respeitabilidade, populares.

De modo que eram aquelas flores a que se referia Nilo Peçanha, quando alguém reclamou em relação às minorias. E ele diz assim: você não conhece o buquê que se dá à professora quando homenageada? Tem pouca flor e muita erva. Até que, de quando em quando, aconteciam coisas muito graves. Por exemplo, Coelho Neto, romancista, homem de letras, foi deputado pelo seu estado, o Maranhão. Mas, num certo momento, foi degolado - era a expressão que se usava -, isto é, foi dispensado através da degola do reconhecimento. Diante do fato, se queixou, inclusive, em carta a Rui Barbosa, de quem era amigo. E Rui Barbosa citou palavras do Padre Vieira em relação ao Maranhão. O que vou dizer não adoto, quem disse foi o Padre Vieira: “No Maranhão, até o sol mente”. Havia dessas coisas. Mas o fato é que a Primeira República morreu de inanição, pela falsidade eleitoral. Começou no primeiro dia e foi até o último, a chamada República Velha.

Um escritor renomado, Sílvio Romero, escreveu a propósito, na primeira década do século, que o grau de corrupção e abastardamento a que haviam chegado os costumes eleitorais não era suscetível de descrição por pena de ouro. São palavras do quilate intelectual do sergipano - por sinal, outra vez, sou levado a mencionar o velho Sergipe. E realmente era assim. João Neves, em suas memórias, conta que na grande eleição de 1922 ele teve oportunidade de se dirigir a um eleitor e perguntou, na frente do juiz, qual era o seu nome. E o eleitor, que não esperava por aquele chamado, voltou-se para alguém e perguntou: como é mesmo o meu nome? Aí foi dito, e ele então repetiu. Por quê? Porque, pela lei, era impossível questionar a identidade. Pode-se, então, imagi-

nar. Mas isso foi num crescendo, e, em 1925, estando exilado... Vou abrir um parêntese aqui. Gosto muito da sobriedade das salas dos tribunais e acho que isso não faz mal nenhum; ao contrário, faz bem. Mas, toda vez que entro nesta sala, sinto falta de alguém, como desta vez. O rio-grandense Assis Brasil faleceu há 70 anos, de modo que colocar o seu retrato na sala deste Tribunal - ele que foi o grande advogado da verdade eleitoral durante toda a sua vida - seria como que incorporar um pedaço também da história. Volto agora ao ponto em que havia parado: ...exilado em Montevideú, ele publicou um manifesto, onde dizia: "Sob as nossas leis, ninguém tem certeza de ser alistado eleitor, ninguém tem certeza de votar se porventura foi alistado, ninguém tem certeza de que se lhe contem o voto se porventura votar, ninguém tem certeza de que esse voto, mesmo depois de contado, seja respeitado na apuração da apuração do chamado terceiro escrutínio". Rigorosamente exata, certa essa síntese - isso em 1925. De modo que, quando surgiu o movimento de 30, Assis Brasil tinha uma reivindicação, que formulou ao candidato Getúlio Vargas, que acolheu seu pleito, apesar de seus antecedentes não serem muito ligados ao voto secreto, à Justiça Eleitoral. Há até quem tenha inventado uma história maliciosa de que o resultado das eleições de 1923 tenha sido até alterado à última hora, coisa em que o depoente não acredita. Mas, em todo caso, está na crônica, e essa crônica tem visos até de verdade.

Também, diga-se de passagem, essa promessa foi honrada pelo chefe do governo, e, quando Assis Brasil entrou em mais divergências com os rumos do governo provisório, em 1932, ele, ao pedir demissão - estava em Buenos Aires, como embaixador -, acentuou que a única promessa que tinha recebido do presidente tinha sido cumprida; fez questão disso, no mesmo documento em que pedia a exoneração. Com o código chamado Assis Brasil - do qual ele era o autor, desde 1893, desde os primeiros anos da República - ele vinha defendendo aquelas idéias: o voto secreto; o voto feminino, que só mais tarde surgiu, naquele tempo não era uma reivindicação social; o que deveria ser a Justiça Eleitoral, sendo muito atacado por isso, dizendo-se que seria a partidarização da Justiça. Graças a Deus, os fatos se encarregaram de constestar aquela razão da impugnação da Justiça Eleitoral, porque foi realmente uma transformação extraordinária. Passados cinquenta anos da promulgação do Código de 1932, o último sobrevivente daquela comissão presidida por Maurício Cardoso, que deu a demão final no projeto que foi transformado em lei.

O Dr. Bruno de Mendonça Lima, ilustre jurista pelotense, grande figura do nosso estado, deu uma entrevista ao Jornal do Brasil. Ele me disse uma frase que nunca esqueci; que, depois do Código de 32, a eleição deixou de ser risco de vida. O risco de vida já fazia parte da eleição, e, sem mortes, não era eleição. É verdade que, ainda depois do código, pelo menos duas mortes, seguramente

mais, mas eu me lembro de duas acontecidas no Rio Grande. Em primeiro lugar, Orlando Fett morreu nos braços do Dr. Décio Martins Costa, em Lajeado, em plena campanha para a eleição municipal. E o nosso Moisés Vianna veio a morrer abraçado a sua urna, em Vila Flores, Município de Santiago, na eleição suplementar.

Mas, depois disso, tivemos o quê? Tivemos pouca coisa. Tivemos a eleição, a aplicação da lei na eleição para a Assembléia Constituinte de 33; a seguir, a eleição para as assembleias estaduais constituintes; depois, a eleição municipal de 35; após a de 37, foi o que todo mundo sabe, um longo silêncio de 10 anos, em que foram abolidas todas. Mas, veja só, essas reformas adotadas em 32 se mantêm ainda hoje. Olha que o Brasil tem mudado muito e, às vezes, para pior; nem sempre; mas, às vezes, para muito pior. Mas o voto secreto, ninguém é capaz de mudar. Fala-se em voto facultativo, não obrigatório e outras coisas assim. Também há pessoas que são hostis à representação proporcional, entendendo que ela enfraquece os governos que não têm maioria nas câmaras. Na Justiça Eleitoral, hoje, especialmente, ninguém toca. Já houve aqui, há algum tempo, alguém sustentando a maldita idéia de suprimir a Justiça Eleitoral. Não sei por quê, talvez porque fosse muito cara e só atuasse de tantos em tantos anos. Mas o fato é que ela se manteve. E, depois de 45 - olhem os acidentes havidos de 45 até hoje, foram grandes e com uma profundidade extraordinária -, ninguém foi capaz de tocar nesse pecúlio. Houve coisas até piores: mandatos cassados, etc., mas isso por conta das loucuras humanas e, especialmente, em momentos de convulsão, de desequilíbrio institucional.

No entanto, estou em dizer que são conquistas definitivamente incorporadas ao patrimônio cultural do país. Aquele é um direito que não se altera. As leis podem mudar aqui ou ali - e mudam -, até com demasiada rapidez, mas no centro, no cerne, aquelas reformas são as mesmas introduzidas em 32 e ampliadas. Depois disso, nós tivemos a cédula oficial, um progresso extraordinário. Quando a gente pensa que os candidatos ficaram exonerados de carregar uma tonelada de papel, pelo país inteiro, cada um em seu estado, para fazer chegar aquele retângulo com seu nome, com o nome do partido, só isso, o que representou de limpeza, de utilidade, de seriedade, é uma coisa impagável. E, parece mentira, foi uma luta para introduzir a cédula oficial. Além dela, também o acesso ao rádio e à televisão, especialmente, veículos extraordinários, cada vez mais poderosos e que eram inacessíveis ao comum dos mortais.

Pois bem, a lei estabeleceu o acesso gratuito ao rádio e à televisão, proporcional à expressão numérica de cada partido, e isso também não foi tocado. É verdade que houve um certo momento em que foi adotado um substitutivo: em vez do acesso ao rádio e à televisão, foi aquele 3 x 4, cinema mudo, mas

também aquele não durou, foi uma vez só e não deu mais. Os biônicos, que também foram fabricados, não se repetiram.

Parece mentira que essas coisas aconteceram quando nós já éramos adultos. Foi ontem, e aconteceram talvez por uma espécie de cinismo, que é uma palavra muito feia. Não gosto de usar certas palavras; especialmente num tribunal, há certas coisas que não ficam bem, mas foi em nome de livrar as eleições do poder do dinheiro, etc., que isso foi feito. Tudo certo, sempre tem alguém que é capaz de descobrir. Mas o fato é o seguinte: essas coisas se incorporaram definitivamente ao patrimônio cultural, àquilo que, me parece que existe, que é o direito permanente, porque temos tido uma série de constituições que se sucedem. Em verdade, em verdade, salvo aquelas aberrações, essas constituições são quase que a repetição do principal. Às vezes, as mudanças são quase que só de palavras, são mais de redação do que de mudanças propriamente ditas, de modo que se forma um conjunto, um *corpus* constitucional permanente que dá, digamos assim, continuidade.

A despeito de todas as anomalias que se sucedem, há uma certa continuidade na sua expressão doutrinária, na sua expressão intelectual. É claro que a Justiça Eleitoral teve falhas maiores ou menores, houve uma incompreensão daqui ou dali, mas também nesse intervalo tivemos um período, de mais de 10 anos, os primeiros 10 anos de Estado Novo, em que houve a negação da atividade política, do partido político, da mensagem política. E, mais tarde, tivemos 20 anos de anomalia, de 64 a 85, vinte anos em que tudo foi permitido, inclusive a maior infâmia que podia haver, que era, no mesmo instrumento, haver um regime de legalidade e um regime de ilegalidade. E o país suportou, conviveu com tudo isso, que é uma coisa inominável e indescritível; contudo, o país continua.

E a Justiça Eleitoral? No início, recebida com uma certa reserva, exatamente pelo que se dizia, ela foi se aperfeiçoando, e hoje, mais do que ontem, o seu conceito cresce a olhos vistos. Não preciso repetir o que já foi mencionado nesta sala sobre as últimas decisões do Tribunal Superior Eleitoral e sobre uma decisão do Supremo Tribunal Federal, que vieram dar uma expressão profunda a certas regras, a determinados princípios que já estavam na lei, mas que ainda não tinham, digamos assim, amadurecido o suficiente para se tornarem obrigatórios, vinculativos.

Quando a Constituição Brasileira de 88 diz que são condições de elegibilidade a filiação partidária, terá dito por dizer, ou queria dizer o que disse? E disse o que disse e que vinha sendo relegado e que, num certo momento, passou a circular como preceito obrigatório, necessário. Tudo isso mostra que a Justiça Eleitoral vem num crescendo, e não duvido que o seu papel ainda tenha

muito a acrescentar, até porque os fatos surgem, se transformam, as situações mudam, e até as possibilidades de atuação, de desenvolvimento da Justiça também evoluem com a situação fática do país.

Não tenho dúvidas, Senhor Presidente, de que a Justiça Eleitoral continua evoluindo, com todas as suas reticências, porventura existentes aqui ou ali, com todas as suas interrupções, porque conviver com um regime de dupla situação, de legalidade e de ilegalidade, não é fácil. Tudo isso, a extinção dos partidos por 2 vezes em 15 anos - quer dizer: se desfaz tudo para começar outra vez, só troca o nome -, causa um prejuízo incalculável, imensurável.

Em primeiro lugar, em 37, nós tivemos dois decretos-leis que, primeiro, extinguiram os partidos e que, depois, os proibiram. Primeiro, permitiram o seu funcionamento como sociedades civis; depois, um outro decreto-lei disse que não, que isso aí fora proibido, que terminara. Essa situação levou 10 anos; depois de 45, restaurados os partidos, ou melhor, restaurados em parte, porque, depois de 10 anos de regime autoritário, a vida partidária tinha se extinguido, e as pessoas, a sociedade tinha mudado muito. Todos os partidos políticos tinham sido criados em 45, e, em 65, foram extintos, porque eram muitos, eram 14. Só que, dos 14, em verdade, aqueles de maior significação eram em torno de 5. E, mais do que isso, essa situação já teria desaparecido com a aplicação do Código dos Partidos Políticos, lei que foi publicada em junho daquele ano de 65 e que hoje se convencionou chamar de cláusula de barreira, aquele princípio adotado na Alemanha. Por ele, os 14 seriam reduzidos a 5, 6, no máximo. Nesse interregno, foram tomando consistência, foram se transformando, porque logo que foram criados, em 45, eram 2 grupos: o partido dos interventores e o partido que conseguiu se reunir sob uma legenda comum.

Agora, depois de 20 anos, com alianças aqui, coligações ali, aproximações, muita coisa foi desaparecendo. Aquelas fricções inevitáveis foram cedendo lugar a aproximações reais, a uma transformação orgânica, paulatina e ditada pelos acontecimentos. Os partidos estavam ganhando uma organicidade e uma contextura que não podiam ter antes daquela experiência. Pois bem, tudo isso foi posto à prova e foram criadas, então, duas entidades, com atribuições provisórias de partidos políticos.

O resultado da primeira eleição foi tão bom que transformaram o provisório em definitivo, até que os fatos se encarregaram de mostrar que aquilo era mais do que perigoso. Tinha de dar no que deu. Então, foram outra vez extintos, em 1979. Dessa vez, não foi por um ato de força. Foi por um ato do Congresso, foi por uma lei. Aí, sim, aquilo que era proibido, que era haver um terceiro partido, passou a ser a licença. Bastava passar por um tabelionato, registrar em livro próprio um programa e depois comunicar ao tribunal. E assim foi feito. Recordo

que, mais de uma vez, eram mais de 30 os partidos legalmente existentes. Só que nenhum deles existia. Todas essas coisas aconteceram, tiveram existência real, e se isso não traz benefícios, traz malefícios. Os malefícios duram, duram muito mais tempo do que se imagina, de modo que todas as nossas feridas, as nossas mazelas têm a sua etiologia e têm a sua explicação. Parece-me que a tendência hoje é de que isso venha a desaparecer.

Vejo na Justiça Eleitoral não só uma inovação bem sucedida na história institucional do país, mas uma instituição que tem crescente prestígio, pela repercussão real de suas decisões, da sua orientação. Não duvido de que essas últimas decisões, até pela oposição, pela reação que venham a despertar - porque a reação também nesse sentido é útil - que a Justiça Eleitoral está destinada a exercer o papel que imaginaram aqueles que sonharam com a sua criação e que levou tanto tempo para se ver.

O certo é que as transformações não param, são inevitáveis. Acontecem, as pessoas querendo ou não querendo, acontecem; e começaram a acontecer, depois de muita timidez, de muita incompreensão; estão começando a produzir os seus efeitos, a meu juízo, de uma maneira altamente fecunda, de uma maneira altamente promissora.

Senhor Presidente, falar é como coçar. Tenho tanta coisa a dizer, que depois de começar a falar é difícil parar. Ainda bem que o presidente não me puxou o casaco, é cortesia dele. Mas é tempo de terminar. O que posso dizer depois da Medalha Moisés Vianna que me foi atribuída, depois das palavras do presidente desta Corte, depois da expressão nacional que esta sessão tem, com a presença de magistrados de todos os estados brasileiros neste momento, nesta sala? É a maior homenagem que poderia receber. Bastaria que fosse concedida pelo Tribunal Regional do Rio Grande do Sul uma Medalha Moisés Vianna, que é inexcelsível no seu significado, na sua inspiração. Não sei quem se lembrou de batizá-la, mas é claro que está nos registros do Tribunal; confesso minha ignorância, não sei. Sempre pensei que a sua inspiração era simplesmente inexcelsível, porque o máximo que poderia ser feito o foi com esta medalha. De modo que é uma distinção que também esmaga, constrange, pelo que ela significa, independente do mérito ou não da pessoa contemplada, mas que vai fazendo parte deste pecúlio de valores, muitas vezes até um pouco esquecidos, pouco qualificados, mas que formam o nosso patrimônio comum das coisas boas, dos valores úteis de uma sociedade.

Sr. Presidente, só posso dizer agora muito obrigado pelas suas palavras, muito obrigado pelo que o Tribunal decidiu, muito obrigado pela realização desta sessão, com o caráter nacional que lhe foi possível conferir, para associar, conjugar uma efeméride do interesse da Justiça Eleitoral do País com a sua

localização no nosso estado, que permitiu esta reunião extraordinária. Por tudo isso, Sr. Presidente, estou profundamente agradecido. Na sua pessoa, agradeço ao Tribunal e a todos os que aqui se encontram.

ASPECTOS MATERIAIS DAS CONDUTAS VEDADAS – UMA ANÁLISE DO ART. 73 DA LEI N. 9.504/97

*Rodrigo López Zilio

1. Introdução. 2. As Hipóteses Materiais (art. 73 da Lei n. 9.504/97). 3. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

As condutas vedadas – na esteira de entendimento sedimentado pela doutrina¹ e jurisprudência² – constituem-se como espécie do gênero abuso de poder e surgiram como um antídoto à reeleição, a qual foi instituída através da Emenda Constitucional n. 16/97. Em verdade, pode-se conceituar os atos de conduta vedada como espécies de abuso de poder político que se manifestam através do desvirtuamento dos recursos materiais (incisos I, II, IV e § 10º do art. 73 da Lei n. 9.504/97), humanos (incisos III e V do art. 73 da Lei n. 9.504/97), financeiros (inciso VI, “a”, VII e VIII do art. 73 da Lei n. 9.504/97) e de

* PROMOTOR DE JUSTIÇA/RS – PROFESSOR DE DIREITO ELEITORAL DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

¹ Eis o magistério de Caramuru Afonso Francisco: “Não existe um rol único dos atos de abuso do poder político, mas assim pode ser caracterizado todo exercício de autoridade que transgrida qualquer norma legal que limite a atuação do administrador durante o processo eleitoral. O rol mais extenso é o constante do art. 73 da Lei n. 9.504/97, que tipifica oito condutas que são vedadas aos agentes públicos em época de campanha eleitoral, bem como condutas previstas nos arts. 75 e 77 da mesma lei, regras, entretanto, que não esgotam a matéria.” In: CARAMURU, Afonso Francisco. **Dos abusos nas eleições** - a tutela jurídica da legitimidade e normalidade do processo eleitoral. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p.85.

² TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Recurso Ordinário n. 718. Rel. Min. Luiz Carlos Lopes Madeira. 24.05.05. Agravo Regimental. Recurso Ordinário. Representação eleitoral. Condutas Vedadas. Lei n. 9.504/97, art. 73. As condutas vedadas (Lei das Eleições, art. 73) constituem-se em espécie do gênero abuso de autoridade. Afastado este, considerados os mesmos fatos, resultam afastadas aquelas. O fato considerado como conduta vedada (Lei das Eleições, art. 73) pode ser apreciado como abuso do poder de autoridade para gerar a inelegibilidade do art. 22 da Lei Complementar n. 64/90. O abuso do poder de autoridade é condenável por afetar a legitimidade e normalidade dos pleitos e, também, por violar o princípio da isonomia entre os concorrentes, amplamente assegurado na Constituição da República. Agravo Regimental desprovido. Decisão mantida. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.161, 17 jun. 2005. Seção 1.

comunicação (inciso VI, “b” e “c” do art. 73 da Lei n. 9.504/97) da Administração Pública (*lato sensu*).

O rol previsto no art. 73 da Lei n. 9.504/97, ao listar os tipos considerados proscritos pelo ordenamento vigente, constitui-se em inovação no Direito Eleitoral, o qual, até então, convivia com o sistema da generalidade do abuso de poder. Neste passo, convém gizar que a previsão de atos de abuso em *numerus clausus* é, sob o ponto de vista pragmático, inútil – porque não coíbe de modo eficaz o abuso – e, sob o ponto de vista processual, ingênuo – porque supõe que a resolução das intempéries do Direito Eleitoral passa, exclusivamente, pelo crivo do Poder Legislativo. Daí que, inobstante se reconheça que, em regra, as condutas vedadas devam ser analisadas pelo princípio da legalidade estrita e taxatividade³, em situações excepcionais – e bem definidas – necessita-se, sob pena de ineficácia do preceito legal, de interpretação mais extensiva, à semelhança que ocorre com o recurso em sentido estrito em matéria processual penal⁴, como forma de dispensar proteção mais eficaz ao princípio da isonomia entre os candidatos.

O bem jurídico tutelado pelas condutas vedadas, como decorre da redação do próprio *caput* do art. 73 da Lei n. 9.504/97, é o princípio da igualdade entre os candidatos. Despiciendo, pois, qualquer cotejo com eventual malfeitamento à lisura, normalidade ou legitimidade do pleito. É indiferente, à incidência da norma, perquirir acerca do resultado do pleito. Basta, apenas, seja afetada a isonomia entre os candidatos; nada mais. Até mesmo porque, entendimento diverso, a exigir prova da potencialidade da conduta no resultado do pleito, equivale a um amplo e irrestrito esvaziamento da norma preconizada, porquanto importaria, ao representante, duplo ônus: a prova da adequação do ilícito à norma (legalidade estrita ou taxatividade) – que não é exigido nas demais ações

³ A partir do Recurso Especial Eleitoral n. 24.795, o c. TSE tem acolhido, sistematicamente, que as condutas vedadas submetem-se à legalidade estrita e taxatividade; inexistindo a adequação ao tipo, pode o ato ser caracterizado como ato de abuso, mas não conduta vedada. Consoante excerto do voto do Relator Ministro Luiz Carlos Madeira: “exige-se, em consequência, a prévia descrição do tipo. A conduta deve corresponder ao tipo definido previamente. A falta de correspondência entre o ato e a hipótese descrita em lei poderá configurar uso indevido do poder de autoridade, o que é vedado; não ‘conduta vedada’, nos termos da Lei das Eleições”. In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 24.795. Rel. Min. Luiz Carlos Lopes Madeira. 26.10.04. Eleição 2004. Recurso Especial. Representação. Conduta vedada (art. 73, IV e VI, “b”, da Lei n. 9.504/97). Não configurada. Cassação do registro. Impossibilidade. Propaganda divulgada no horário eleitoral gratuito não se confunde com propaganda institucional. Esta supõe o dispêndio de recursos públicos, autorizados por agentes (art. 73, § 1º, da Lei n. 9.504/97). As condutas vedadas julgam-se objetivamente. Vale dizer, comprovada a prática do ato, incide a penalidade. As normas são rígidas. Pouco importa se o ato tem potencialidade para afetar o resultado do pleito. Em outras palavras, as chamadas condutas vedadas presumem comprometida a igualdade na competição, pela só comprovação da prática do ato. [...]. Recursos Especiais conhecidos, mas desprovidos. In: **Revista de Jurisprudência do TSE**, Brasília, DF, v.16, T.2, p.345.

⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 504789. Rel. Min. Paulo Gallotti. 21.08.07. Processo Penal. [...] 1. Não obstante predomine o entendimento de ser taxativo o rol de hipóteses de utilização do recurso em sentido estrito, esse rigor vem sendo abrandado, porque não se revela razoável sua estagnação, notadamente diante de constantes mudanças na legislação processual, sendo prudente, em determinadas situações, permitir que a ele se recorra. [...]. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.363, 17 set. 2007.

eleitorais que tratam do abuso genérico – e, também, a prova da potencialidade da conduta.

Incumbe ressaltar que a Colenda Corte Superior, mais do que nunca, tem oscilado, como um pêndulo, na exigência dos requisitos necessários para a procedência da representação por conduta vedada. Assim, por vezes, corroborando entendimento firmado na composição anterior⁵, aduz que basta a ocorrência dos atos proibidos para atrair as sanções da lei, sendo que o juízo de proporcionalidade incide, apenas, no momento da fixação da pena, e, em outras oportunidades⁶, embora com a mesma formação, tem exigido a prova de que a conduta vedada teve capacidade concreta de comprometer a igualdade entre os candidatos, o que, em síntese, equivale a exigir a prova da potencialidade de afetar a normalidade e legitimidade do pleito.

O presente trabalho, longe da pretensão de esgotar a matéria, busca perscrutar, em síntese, sobre as hipóteses materiais das condutas vedadas prevista no art. 73 da Lei das Eleições.

⁵ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 27.737. Rel. Min. José Augusto Delgado. 04.12.07. Recurso Especial Eleitoral. Eleições 2004. Conduta vedada. Captação ilícita de sufrágio. Realização de novo pleito. Eleições indiretas. Provimento. 1. A jurisprudência do TSE considera que a configuração da prática de conduta vedada independe de sua potencialidade lesiva para influenciar o resultado do pleito, bastando a mera ocorrência dos atos proibidos para atrair as sanções da lei. Precedentes: REspe n. 21.151/PR, Rel. Min. Fernando Neves, DJ de 27.6.2003; REspe n. 24.739/SP, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 28.10.2004; REspe n. 21.536/ES, Rel. Min. Fernando Neves, DJ de 13.8.2004; REspe n. 26.908, desta relatoria, DJ de 12.2.2007. 2. O juízo de proporcionalidade incide apenas no momento da fixação da pena. Precedentes: AgRg no REspe n. 25.358/CE, desta relatoria, DJ de 8.8.2006; REspe n. 26.905/RO, Rel. Min. Gerardo Grossi, DJ de 19.12.2006; REspe n. 26.908/RO, desta relatoria, DJ de 12.2.2007. 3. Quanto à captação ilícita de sufrágio, o TSE considera despidianda a potencialidade da conduta para influenciar no resultado do pleito. Precedentes: REspe n. 26.118/MG, Rel. Min. Gerardo Grossi, DJ de 28.3.2007; AG n. 3.510/PB, Rel. Min. Luiz Carlos Madeira, DJ de 23.5.2003; REspe n. 21.248/SC, Rel. Min. Fernando Neves, DJ de 8.8.2003; REspe n. 21.264/AP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 11.6.2004. 4. Uma vez reconhecida a captação ilícita de sufrágio, a multa e a cassação do registro ou do diploma são penalidades que se impõem ope legis. Precedentes: AgRg no RO n. 791/MT, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 26.8.2005; REspe n. 21.022/CE, Rel. Min. Fernando Neves, DJ de 7.2.2003; AgRg no REspe n. 25.878/RO, desta relatoria, DJ de 14.11.2006. 5. A jurisprudência do TSE tem compreendido que "[...] prevendo o art. 222 do Código Eleitoral a captação de sufrágio como fator de nulidade da votação, aplica-se o art. 224 do mesmo diploma no caso em que houver a incidência do art. 41-A da Lei n. 9.504/97, se a nulidade atingir mais da metade dos votos" (REspe n. 21.221/MG, Rel. Min. Luiz Carlos Madeira, DJ de 10.10.2003). 6. É descabida a diplomação dos candidatos de segunda colocação, haja vista a votação obtida pelo candidato vencedor, de 51,61% dos votos válidos. 7. Pelo princípio da simetria implicitamente correlacionado com o art. 81, § 1º, da CF, a renovação do pleito no último biênio do mandato ocorre em eleição indireta, a cargo do Poder Legislativo local. Precedentes: REspe n. 21.308/SC, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 21.6.2004; AgRg no MS/PE n. 3.634/PE, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 24.9.2007; Ag n. 4.396/MS, Rel. Min. Luiz Carlos Madeira, DJ de 6.8.2004; REspe n. 21.432/MG, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 25.6.2004; Cta n. 1.140/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 10.10.2005. 8. Recursos especiais providos para cassar o diploma dos recorridos por infringência ao art. 41-A da Lei n. 9.504/97, aplicar a penalidade cabível pela prática de conduta vedada (art. 73, §§ 4º e 5º, da Lei n. 9.504/97) e determinar a realização de eleição indireta no Município de Caxingó/PI. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.37, 01 fev. 2008. Seção 1.

⁶ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 25.758. Rel. Min. Antonio Cezar Peluso. 22.03.07. 1. Ação de investigação judicial eleitoral. Art. 73, I, III e V, da Lei n. 9.504/97. Prazo para ajuizamento até as eleições. Precedente. Preliminar de falta de interesse processual afastada. O prazo para ajuizamento de ação de investigação judicial eleitoral, com fundamento no art. 73 da Lei n. 9.504/97, vai até a data das eleições. 2. Influência no equilíbrio do pleito. Inexistência. Ausência de configuração de conduta vedada a agente público. Precedente. Recurso especial não admitido. Agravo improvido. Para configuração de conduta vedada a agente público, segundo os tipos da Lei das Eleições, o fato deve apresentar capacidade concreta para comprometer a igualdade do pleito. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.199, 11 abr. 2007. Seção 1.

2. AS HIPÓTESES MATERIAIS (ART. 73 DA LEI N. 9.504/97)

I – CEDER OU USAR, EM BENEFÍCIO DE CANDIDATO, PARTIDO POLÍTICO OU COLIGAÇÃO, BENS MÓVEIS OU IMÓVEIS PERTENCENTES À ADMINISTRAÇÃO DIRETA OU INDIRETA DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL, DOS TERRITÓRIOS E DOS MUNICÍPIOS, RESSALVADA A REALIZAÇÃO DE CONVENÇÃO PARTIDÁRIA.

A cessão e o uso de bens pertencentes à Administração Pública (*lato sensu*) é, ao lado da utilização de servidores públicos, a forma mais usual de caracterização do uso da máquina pública. Proíbe-se, *in casu*, o efetivo – e intencional⁷ – uso e cessão de bens da Administração que configurem benefício à candidata, partido ou coligação. Pune-se aquele ato que é praticado com o fim deliberado de causar benefício ou prejuízo indevido aos participantes do processo eletivo.

Tal vedação incide não somente em relação àqueles bens (móveis e imóveis) em que a Administração Pública é proprietária, abrangendo qualquer espécie de vínculo que a Administração Pública tenha em relação ao bem e, também, configura-se – a proibição – tanto na cessão ou uso a título gratuito como a título oneroso⁸. Por consequência, a expressão “pertencentes” deve ser compreendida de forma ampla, recebendo do intérprete, em colmatação ao seu conteúdo normativo, a adjetivação “a qualquer título”. Ou seja, é indiferente, pa-

⁷ O c. TSE, aduzindo que “a melhor interpretação do inciso I do art. 73 da Lei n. 9.504/97 é aquela no sentido de que a cessão ou o uso de bens públicos móveis ou imóveis em benefício de candidato ou partido ocorra de forma evidente e intencional”, entendeu não configurar a vedação do inciso I do art. 73 da Lei n. 9.504/97 o desfile de duas viaturas policiais, com sirenes e luzes ligadas, entregue pelo Governo do Estado à Município, sendo que, em um dos veículos encontrava-se uma candidata a vereadora. No entanto, entende-se que o caso concreto mereceria desfecho diverso, porquanto o ato de utilização do bem público foi praticado, diretamente, pela candidata a vereadora; daí, não há como acolher entendimento de que o uso não teve o cunho de intencional. O tipo sob comento, gize-se, veda tanto o uso como a cessão de bens públicos; basta, assim, que qualquer deles – o uso ou a cessão – seja intencional. In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 18.900. Rel. Min. Fernando Neves da Silva. 10.05.01. Conduta vedada - Art. 73, I, da Lei n. 9.504/97 - Uso de veículo - Polícia Militar - Caráter eventual - Conduta atípica. Cassação de registro - Representação - Art. 96 da Lei n. 9.504/97 - Possibilidade. 1 – [...]. 2. A aplicação da penalidade de cassação de registro de candidatura pode decorrer de violação ao art. 73 da Lei n. 9.504/97, apurada mediante representação prevista no art. 96 da mesma lei. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, v.1, p.211, 29 jun. 2001. Seção 1.

⁸ Conforme Caramuru Afonso Francisco: “O bem jurídico maior que se está a proteger com estas medidas não são as finanças públicas, como pode parecer *prima facie*, mas os princípios da impessoalidade, da moralidade e da igualdade de oportunidade entre os candidatos, como, aliás, é expresso o *caput* do art. 73 da Lei n. 9.504/97, como já se viu. Neste passo, pouco importa se a cessão foi gratuita ou onerosa, se houve diminuição ou não do patrimônio público. Basta ter ocorrido a cessão para que se tenha configurado o abuso de poder político, ainda que se comprove que houve até ganho patrimonial para o erário público num caso concreto”. Tal entendimento doutrinário deixa estreme de dúvidas que é irrelevante, para a configuração da conduta vedada prevista no inciso I, a comprovação de eventual prejuízo financeiro ao erário público. A justificativa é plausível a partir de uma análise da própria norma sob comento e, ainda, considerando eventual cotejo com a Lei de Improbidade Administrativa (art. 21, I, da Lei n. 8.429/92); se a improbidade administrativa – que exige um plus para sua configuração, caracterizado na presença do elemento subjetivo (*dolo* ou culpa) do agente – pode estar configurada independente de prejuízo ao erário, com muito mais razão deve ser admitida a conduta vedada – que reclama a figura do beneficiário –, ainda que sem prejuízo financeiro comprovado ao erário. Em verdade, pois, a caracterização da conduta vedada do inciso I do art. 73 prescinde de análise do aspecto pecuniário (do prejuízo ao erário), bastando, apenas, a prova da incidência da norma prevista. In: *Op. Cit.* p.90/91.

ra a incidência da norma, que a Administração Pública seja proprietária, possuidora, detentora, depositária ou, mesmo, locatária do bem. Somente tal interpretação é que será suficiente para a ampla proteção do princípio da igualdade entre os candidatos e, assim, preservar o bem jurídico eleito pelo legislador pátrio.

De outra parte, deve-se ressaltar que o c. TSE⁹ já entendeu que o ilícito não se configura quando envolva uso e cessão de bens de uso comum ou, mesmo, de área de uso compartilhado com a comunidade, concluindo-se que não incide na vedação mencionada a cessão ou o uso de local de fruição coletiva. No entanto, convém consignar que há possibilidade de ocorrência da conduta vedada, com desequilíbrio entre os contendores, quando o bem – embora de fruição coletiva – é cedido exclusivamente a determinado candidato, partido ou coligação, em detrimento dos demais participantes; assim, conclui-se que a conduta vedada em apreço se caracteriza não pela qualidade ou natureza do bem, mas pela forma como tal bem é utilizado ou cedido e, ainda, se o uso ou a cessão acarreta, efetivamente, privilégio ou vantagem para determinado candidato, com quebra da isonomia de oportunidade entre os concorrentes. A mera cessão ou uso de bens, por si só, não caracteriza a conduta vedada, sendo necessário, pois, que tal conduta seja realizada em benefício de candidato, partido político ou coligação. Assim, necessita-se da prova da vinculação, ainda que indireta, do uso (ou cessão) de bens públicos em prol de candidato, partido ou coligação, em detrimento dos demais participantes do pleito.¹⁰

⁹ O TSE já decidiu que “a vedação do uso de bem público, em benefício de candidato, não abrange bem público de uso comum” e, também, que a cessão ou utilização de bem, “de uso compartilhado com a comunidade”, que “poderia ter sido utilizado por qualquer candidato, observadas as formalidades de praxe” igualmente não se caracteriza como conduta vedada. In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo de Instrumento n. 4.246. Rel. Min. Luiz Carlos Lopes Madeira. 24.05.05. Agravo de Instrumento. Provento. Recurso Especial. Recebido como ordinário. Eleição estadual. Conduta vedada. Art. 73, I, II, e III, da lei n. 9.504/97. desprovido. [...]. Para a ocorrência de violação ao art. 73, II, da Lei n. 9.504/97, é necessário que o serviço seja custeado pelo erário, o que não restou caracterizado. O uso de serviço de servidores públicos na campanha eleitoral não se confunde com a prestação de segurança à autoridade que se candidata à reeleição. Recurso conhecido e desprovido. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.171, 16 set. 2005. Seção 1. No mesmo sentido:

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 24.865. Rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. 09.11.04. Recurso especial. Representação. Objetivo. Cassação. Registro. Candidato. Alegação. Utilização. Bem público. União. Administração. Exército. Realização. Showmício. Conduta vedada. Art. 73, I, da Lei n. 9.504/97. Improcedência. 1) O local da realização do evento em questão é área de uso compartilhado com a comunidade, onde, inclusive, ocorreu a festa do Peão de Boiadeiro, não caracterizando, a sua cessão, nenhum favorecimento por agente público ou instituição a determinado candidato, em desfavor dos demais. 2) Registre-se, ainda, que referido espaço poderia ter sido utilizado por qualquer candidato, observadas as formalidades de praxe, o que, em si, já retira da cessão o caráter de privilégio e desequilíbrio de forças entre os participantes do certame eleitoral. 3) Recurso provido para o fim de se julgar improcedente a representação. In: **Revista de Jurisprudência do TSE**, Brasília, DF, v.15, T.4, p.396.

¹⁰ Neste ponto, importante ressaltar a observação de Pedro Henrique Távora Niess: “Em outras palavras, se o ato decorre da autorização e observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie, a vedação não persiste, porque à disposição de qualquer interessado, preenchidos os requisitos devidos. De outro lado, se a cessão, ainda que irregular sob o ponto de vista administrativo, provoca a repartição do benefício igualmente entre todos os candidatos ao mesmo cargo, o prejuízo eleitoral não existe, porque nenhum deles terá sido favorecido em detrimento dos demais, subsista embora a infração para outros fins.” In: NIESS, Pedro Henrique Távora. **Direitos políticos** – elegibilidade, inelegibilidade e ações eleitorais. 2.ed. São Paulo: EDIPRO, 2000. p.55/56.

Com base em tal premissa – possibilidade de utilização do espaço público por qualquer candidato – o TSE entendeu

O disposto no inciso I do art. 73 da Lei n. 9.504/97 não restringe a utilização de imagens de bens públicos em atos de propaganda eleitoral, dentro do período regulamentar, já que a apresentação de imagens – positivas ou negativas –, dentro do contexto enfocado, insere-se dentro da dialética inerente ao processo eleitoral. A conduta vedada é o efetivo uso e cessão de bens públicos, e não a veiculação, reprodução ou divulgação de imagens de tais bens; da mesma sorte, entendeu o TSE que eventual manifestação de apoio a candidato, realizado em inauguração de obra pública e efetuado por exercente de mandato eletivo, cuja circunscrição não esteja sob disputa, não caracteriza a conduta vedada em apreço.¹¹

A vedação, extrai-se do próprio texto legal, abrange bens móveis e imóveis da Administração Direta e Indireta, de todos os entes públicos (Município, Estado ou União). Logo, a norma tem incidência ampla e não tem limite de circunscrição, ou seja, sempre que existir eleição – qualquer que seja (municipal ou geral) – incidirá a norma sob comento.

O inciso I do art. 73 prevê, em sua parte final, exceção expressa à conduta vedada de cessão ou uso de bens pertencentes à Administração Pública, permitindo, assim, a realização de convenção partidária em prédios públicos. Conquanto a previsão normativa permita a realização de convenção partidária, entende-se possível, sem prejuízo ao espírito da lei, a realização de eventos análogos (v.g., reunião de prévias) e, ainda, permite-se que as convenções realizadas não se restrinjam apenas àquelas que tenham o desiderato de escolher os candidatos ao pleito, estendendo-se às realizadas em um âmbito partidário. O § 3º do art. 37 da Lei n. 9.504/97 estatui, ainda, como exceção à incidência da norma prevista no inciso I do art. 73, a possibilidade de veiculação de propaganda eleitoral no âmbito do Poder Legislativo, a critério do estabelecido pela Mesa Diretora.

Por fim, a previsão estatuída pelo § 2º do art. 73 da Lei das Eleições, permite, modo sucinto, a seguinte distinção: de um lado, a vedação do inciso I não se aplica ao uso, em campanha, de transporte oficial pelo Presidente da

improcedente representação que visa à caracterização da conduta vedada, pelo fato de utilização de imóvel da União, administrado (e cedido) pelo Exército, para comício por candidatos ao pleito municipal. In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso especial Eleitoral n. 24.865. *Op. Cit.*

¹¹ A Corte Superior, embora por maioria (vencido o Ministro Marco Aurélio), entendeu que a manifestação de apoio externalizada pelo Presidente da República à candidata a Prefeito Municipal, por ocasião de inauguração de obra pública, não configurava a conduta vedada pelo inciso I do art. 73 da Lei das Eleições. Prevaleceu, no caso em tela, o entendimento que prestigiou a interpretação restritiva da vedação sob comento e a liberdade de manifestação de pensamento. In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 24.963. Rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. 10.03.05. Recurso especial. Representação. Condenação. Multa. Presidente da República. Discurso. Elogio. Administração. Candidata. Prefeita. Pedido. Voto. Ocasião. Inauguração. Obra pública. Alegação. Favorecimento. Candidatura. Improcedência. Ausência. Caracterização. Cessão. Uso. Bem público. Benefício. Candidatura. Prefeita. Prejuízo. Equilíbrio. Diversidade. Participante. Eleição. Configuração. Liberdade. Manifestação. Opinião. Inaplicabilidade. Art. 73, I, da Lei n. 9.504/97. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, v.1, p.171, 09 set. 2005. Seção 1.

República, obedecido o disposto no art. 76, o qual estabelece o ressarcimento de despesas com o uso do transporte oficial; de outro lado, permite que os candidatos aos cargos do Poder Executivo, e seus vices, nas três esferas, possam usar, na campanha, suas residências oficiais para atos que, em suma, não tenham caráter de ato público.

II – USAR MATERIAIS OU SERVIÇOS, CUSTEADOS PELOS GOVERNOS OU CASAS LEGISLATIVAS, QUE EXCEDAM AS PRERROGATIVAS CONSIGNADAS NOS REGIMENTOS E NORMAS DOS ÓRGÃOS QUE INTEGRAM.

Dispositivo similar já constava no artigo 40 da Lei n. 9.100/95. O presente inciso originou-se, fundamentalmente, do “Caso Humberto Lucena”, o qual teve seu mandato cassado, em face de ter ordenado, às custas da gráfica do Senado, a impressão de 130.000 calendários, com propaganda eleitoral em proveito próprio.¹²

O uso de materiais e serviços custeados pelos governos ou suas casas legislativas decorre da própria necessidade de organização e funcionamento dos Poderes Legislativo e Executivo e é consectário da própria autonomia administrativa e financeira desses poderes de Estado. Com efeito, visando a tornar mais efetivo o desempenho das atividades parlamentares, de regra, o Governo ou a Casa Legislativa respectiva traz previsão legal que custeia, aos exercentes de mandato eletivo, o uso de materiais e serviços, estabelecendo (e limitando), exemplificativamente, determinados gastos com despesas de correio, telefone, gasolina e impressos.

Daí, tem-se, em tese, por lícita a permissão de uso dos materiais e serviços, custeados pelos governos ou casas legislativas, desde que não excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram, já que somente o excesso de tais prerrogativas é que caracteriza a ilegalidade. Tal assertiva, porém, deve ser compreendida dentro de certos limites, já que não se pode desvincular o exercício do mandato eletivo do fim público, que é inerente à toda atividade administrativa. Assim, pois, conclui-se que não é permitido o uso de materiais e serviços, mesmo que observados os limites esta-

¹² TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Ordinário n. 12.244. Rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. 13.09.94. Recurso - Prazo - Acórdão - Assinatura - Ministério Público - Efeito. Na dicção da ilustrada maioria, em relação a qual guardo reservas, a assinatura do acórdão pelo órgão do Ministério Público não implica a respectiva intimação, começando a correr o prazo recursal somente da publicação no Diário da Justiça. Abuso de autoridade - Parlamentar - Serviço gráfico do Senado Federal. Consubstância abuso de autoridade a utilização do serviço gráfico do Senado Federal em confecção de calendários, contendo a imagem do parlamentar, e que tenham sido enviados aos cidadãos do estado no qual possui o domicílio eleitoral, ocorrendo a remessa em pleno ano destinado as eleições. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, p.25373, 23 set. 1994. Seção 1.

belecidos nos regimentos e normas dos órgãos que os integram, para fins exclusivamente privados, ainda que derivativos de propaganda eleitoral com vista à reeleição, porquanto evidente o desvio de finalidade na aplicação das respectivas verbas.¹³ Tal afirmação, porém, deve ser corretamente compreendida, porque, no caso concreto, por vezes, há imensa dificuldade em distinguir, por exemplo, se o conteúdo veiculado através do boletim informativo configura ato de prestação de contas da atividade exercida¹⁴ – o que, em tese, é permitido – ou, ao revés, caracteriza-se como propaganda eleitoral – o que é expressamente vedado pelo inciso II do art. 73 da Lei n. 9.504/97.

Neste sentido, evidente que, ainda que observada a limitação das prerrogativas, é descabido o uso de materiais e serviços, custeados pelo governo ou casa legislativa, como gastos de campanha eleitoral – mesmo que registrados

¹³ Na lição exarada por Francisco Afonso Caramuru: "Deste modo, ainda que se esteja diante de utilização de verba autorizada pelo regimento ou norma de órgão que integre, a autoridade não pode se promover pessoalmente mediante estes materiais e serviços, ainda que dentro de suas pretensas prerrogativas, pois a Constituição da República, que é a lei maior do país, não permite que a autoridade se promova com o uso de recursos públicos. Assim, ao contrário do que imaginaram os usuários de materiais e serviços, não se tem aqui uma permissão senão quantitativa, ou seja, é permitido que se usem materiais e serviços públicos, mas permanece intacta a total vedação qualitativa, ou seja, continua sendo proibido o uso de materiais e serviços públicos com o fim de promoção pessoal da autoridade que, para isso, nunca poderá utilizar-se de qualquer material ou serviço público". E prossegue, o doutrinador, em análise: "[...] mesmo que não haja promoção pessoal e que se esteja dentro dos limites previstos nas normas e regimentos, sempre se poderá invocar a questão do desvio de finalidade, porquanto as normas e regimentos deverão prever, com clareza e precisão, qual o propósito da utilização destes materiais e serviços, de forma que, não se tendo a utilização consoante os fins determinados, estaremos diante de nítida hipótese de desvio de finalidade que, conforme já analisamos, pode dar ensejo a anulação da votação e aplicação das sanções sobre os responsáveis." In: *Op. Cit.* p.103/104.

Em sentido similar, obtempera Antônio Carlos Martins Soares: "[...] se as verbas autorizadas, ainda que dentro dos limites regimentais, forem empregadas na confecção de materiais ou na prestação de serviços com a finalidade de promoção pessoal ou eleitoral, estará configurado o abuso do poder político." In: SOARES, Antônio Carlos Martins. *Direito Eleitoral* – questões controvertidas. São Paulo: Lúmen Júris, 2006. p.47.

¹⁴ Em julgado paradigmático, o c. TSE julgou improcedente representação por propaganda eleitoral extemporânea, que consistiu no envio, a todos os advogados inscritos na OAB, de boletim informativo que enaltecia o nome do representado bem como seus feitos como Presidente da Câmara dos Deputados. No caso em tela, o TSE concluiu que o boletim divulgado teve "o sentido inequívoco de informativo da atuação do recorrente no exercício do mandato do presidente da Câmara dos Deputados, no qual se põe em relevo o seu protagonismo nos fatos positivos da crônica da Casa, na primeira sessão legislativa sob sua presidência" e asseverou, ainda, que a propaganda eleitoral deve ser aferida "segundo critérios objetivos e não conforme a intenção oculta de quem a promove". In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 19.752. Rel. Min. José Paulo Sepúlveda Pertence. 12.11.02. I - Embargos de Declaração e prazo para outros recursos: Não interrupção se os embargos declaratórios forem corretamente declarados protelatórios: Inteligência do art. 275, § 4º, C. Eleitoral. 1. Julgados protelatórios os Embargos de Declaração, em princípio, será intempestivo o recurso especial, se nele se impugnar a declaração do caráter procrastinatório dos embargos. 2. Se houve, no acórdão, omissão sobre questão relevante de direito, anteriormente aventada, não são protelatórios os embargos de declaração opostos com fito de satisfazer o requisito de prequestionamento para o recurso especial. II - Propaganda eleitoral extemporânea (L. 9.504/97, art. 36, § 3º). Ineficiência. Informativo de atuação do representado como Presidente da Câmara dos Deputados, que não resulta em propaganda eleitoral. 1. O TSE tem considerado não constituir questão de fato, mas de sua qualificação jurídica - portanto, susceptível de deslinde em recurso especial -, saber, a partir do exame do seu texto, se a mensagem questionada constitui ou não propaganda eleitoral. 2. Boletins informativos de atuação parlamentar: licitude a qualquer tempo, se se conforma a publicação à Res./TSE 20.217, de 2.6.98, Eduardo Ribeiro. É da experiência comum que esse propósito de credenciar-se à disputa de novos mandatos eletivos dificilmente estará ausente dos informativos da atividade parlamentar de um homem público cujo perfil se enquadra no que se tem denominado - muitas vezes, com injusta coloração pejorativa -, de um "político profissional". 3. Ocorre que a lei expressamente permite sua veiculação à conta das câmaras legislativas, nos limites regimentais (L. 9.504/97, art. 73, II, a contrario sensu). O que se veda - na esteira da Res./TSE 20.217 - é que a publicação "tenha conotação de propaganda eleitoral", a qual, portanto, há de aferir-se segundo critérios objetivos e não conforme a intenção oculta de quem a promove. 4. Caso em que a conotação de propaganda eleitoral vedada é elidida se todo o conteúdo do boletim questionado tem o sentido inequívoco de informativo da atuação do recorrente no exercício do mandato de presidente da Câmara dos Deputados, no qual se põe em relevo o seu protagonismo nos fatos positivos da crônica da

e incluídos no limite legal do art. 26 da Lei das Eleições¹⁵, já que a vedação decorre do próprio art. 24, inciso II, da Lei n. 9.504/97, como assevera, com precisão, PEDRO ROBERTO DECOMAIN (*op. cit.*, p.353):

Mesmo tendo a lei aqui comentada feito referência às usuais prerrogativas dos mandatários, proibindo que estes se excedessem no seu uso, em período de campanha, tal não significa que delas possam desfrutar como recursos de campanha. Isso representaria uso de dinheiro público em campanha eleitoral, o que a presente lei veda, de forma expressa, em seu art. 24, inciso II.

Com efeito, se o art. 73, inciso II, permite o uso de materiais e serviços custeados pelos governos ou suas casas legislativas, desde que não ocorra o excesso nas prerrogativas, o art. 24, inciso II, veda o recebimento – direto, indireto, ainda que sob forma de publicidade de qualquer espécie –, por candidato ou partido, de doação em dinheiro ou estimável em dinheiro procedente de órgão da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional.

Por conseguinte, conquanto não transpareça de modo evidente, não é somente o desvio quantitativo que é repudiado pela legislação pátria. Com efeito, ainda que acolhida a compreensão restrita da incidência das condutas vedadas – na exata interpretação que tem sido delineada pelo c. TSE –, deve-se consignar que tanto o desvio quantitativo como o desvio qualitativo são repelidos pelo ordenamento legal.

Em outras palavras, se o artigo 73, inciso II, da Lei das Eleições repudia, expressamente, o excesso quantitativo das prerrogativas, tal premissa não afasta que, de igual modo, o desvio qualitativo é igualmente vedado pela legislação eleitoral (ou, mesmo, constitucional). Se não o for por interpretação sistemática ou extensiva do inciso II do art. 73 da Lei n. 9.504/97, o será pela genérica caracterização do abuso de poder, a ser apurado na forma apropriada. Conseqüente do exposto, o excesso qualitativo – seja no uso das prerrogativas para fins particulares ou, diretamente, eleitorais¹⁶ – é repellido pela legislação pátria. A

Casa, na primeira sessão legislativa sob a sua presidência. 5. Não lhe desnatura a licitude cuidar-se de um veículo que, enfatizando os pontos positivos da sua atuação na Presidência da Casa, na sessão legislativa de 2001, contém indisfarçada exaltação dos méritos do parlamentar responsável pela edição: admitida expressamente por lei a legitimidade de tais boletins, é manifesto que nenhum deles terá deixado de tocar os dados positivos da atuação parlamentar de quem lhe promove a publicação, ainda de quando não se tratasse do presidente da Câmara dos Deputados, mas, sim, do integrante mais humilde do seu "baixo clero". In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.135, 28 out. 2005. Seção 1.

¹⁵ Acrescente-se que, não obstante o registro do gasto eleitoral e a par da violação direta à norma prevista pelo art. 24 da Lei n. 9.504/97, a utilização de verba oriunda das prerrogativas parlamentares e/ou governamentais diretamente para utilização na campanha eleitoral, importaria, ainda, a violação do princípio da igualdade, criando um situação desigual para os candidatos a reeleição e os não-candidatos a reeleição.

¹⁶ Em recente decisão, o TSE corroborou decisão do Regional gaúcho, confirmando a cassação do registro de candidato a vereador, Presidente do Poder Legislativo, punido pelo fato de ter enviado cartas, com propaganda eleitoral a eleitores, cuja postagem foi paga pela Câmara de Vereadores do Município, tendo afastado o argumento defensivo de que houve ressarcimento de despesas ao erário. In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral

vedação contida no inciso II do art. 73 da Lei n. 9.504/97 deve ser corretamente compreendida, até mesmo para evitar distorção e incongruência do sistema. Assim, pois, embora se reconheça doutrina¹⁷ em sentido diverso, é proibida a utilização das prerrogativas em desacordo com o fim público, que é inerente ao mandato eletivo exercido pelo parlamentar ou governante.

Em apertada síntese, pois: se o excesso quantitativo, sem maiores delongas e *de per se*, constitui conduta vedada (art. 73, II), o excesso qualitativo, de seu turno, ou é abuso (genérico) de poder ou, alternativamente, por interpretação extensiva e sistemática e, mesmo, inconstitucionalidade parcial com redução de texto¹⁸, configura-se, do mesmo modo, como conduta vedada pela lei das eleições (Lei n. 9.504/97). De qualquer forma, indubitosa a ilegalidade (*lato sensu*) de ambos os excessos, seja na forma vedada pela Lei n. 9.504/97, seja na forma do abuso genérico (art. 22 da Lei Complementar n. 64/90; art. 262, inciso IV, do Código Eleitoral; art. 14, § 10º, da Constituição Federal).

n. 25.770. Rel. Min. Antonio Cezar Peluso. 06.03.07. ELEIÇÕES 2004. Recurso. Agravo. Regimental. Conduta vedada. Remessa de propaganda eleitoral pela Câmara de Vereadores. Art. 73, II, da Lei n. 9.504/97. Arguição de falsidade do instrumento de mandato. Falta de capacidade processual. Ausência de prequestionamento. Ilegitimidade da autora da representação. Disputa de pleito diverso. Inocorrência. Julgamento *extra petita*. Inexistência. Princípio do livre convencimento. Ressarcimento do valor da postagem. Irrelevância. Princípio da proporcionalidade. Matéria não prequestionada. Sustentação oral. Não cabimento. Execução. Possibilidade. Publicação do acórdão. Agravo regimental a que se nega provimento. 1. A arguição de falsidade de documento preclui, se não deduzida no prazo do art. 390 do Código de Processo Civil. 2. É parte legítima para propor representação fundada na Lei n. 9.504/97, a coligação que participa de eleição majoritária, ainda que a representação se refira a pleito proporcional. 3. Decisão que obedece ao princípio do livre convencimento fundamentado não caracteriza julgamento *extra petita*. 4. É irrelevante o ressarcimento das despesas, para descaracterização das condutas vedadas pelo art. 73 da Lei n. 9.504/97. 5. A aplicação do princípio da proporcionalidade, perante eventual irrelevância do ato, exige prequestionamento para cognição de recurso especial. 6. É inadmissível sustentação oral no julgamento de agravo regimental. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.159, 21 mar. 2007. Seção 1.

¹⁷ Conquanto sempre correto e judicioso, no caso concreto não se pode concordar com a assertiva de Pedro Henrique Távora Niess: "Dessarte, exemplificativamente, pode um parlamentar utilizar os impressos custeados por sua Casa para fazer propaganda atinente à sua reeleição, respeitada a quota que lhe é regularmente reservada, muito embora a confecção de material impresso e publicidade sejam consideradas gasto eleitoral, insuscetível de ser suportado pela Administração Pública (arts. 24, II, c/c art. 26 da Lei n. 9.504/97 e arts. 9º, IV, e 10, XIII, da Lei n. 8.429/92). Por artifício legal, portanto, os materiais e serviços custeados pelos Governos ou Casas Legislativas, que não excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram, 'pertencem' àqueles que dessas regalias gozam". In: **Op. Cit.** p.60.

¹⁸ O ensinamento de Fabio Medina Osorio é, por demais, esclarecedor e elucidativo: "Nenhuma prerrogativa regimental poderia autorizar agente público ao uso de carros oficiais em campanha política, ou papel, documentos, serviços de seus subordinados para a finalidade privada relativa ao pleito eleitoral, eis que semelhante autorização equivaleria a uma sentença de morte contra princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e probidade administrativas, sem falar no desprezo por múltiplos dispositivos legais que, sem dúvida, permanecem em vigor e não foram revogados pelo art. 73, II, da Lei n. 9.504/97, dada a generalidade e abstração desse último comando normativo. A ressalva contida no art. 73, II, da Lei n. 9.504/97, em sua parte final, se interpretada como autorização de que normas regimentais ou administrativas pudessem viabilizar o uso privado de materiais e serviços públicos, *data maxima venia*, acarretaria flagrante inconstitucionalidade do dispositivo legal, por afronta ao disposto no art. 37, *caput*, e parágrafo 4º, da Carta de 1988 e ao próprio princípio constitucional da isonomia, proporcionando chance de desequilíbrio nas eleições. Necessário que se interprete o art. 73, II, da Lei n. 9.504/97 com redução de texto, desprezando-se, por inconstitucional, a parte que remete às normas administrativas e regimentais suposto poder de criar prerrogativas de uso privado de materiais e serviços custeados pelos Governos e Casas Legislativas. É possível, ainda, interpretar o art. 73, II, da Lei n. 9.504/97 no sentido de que as prerrogativas ali mencionadas seriam aquelas compatíveis com o interesse público". OSÓRIO, Fábio Medina. O uso da máquina administrativa e as finalidades privadas dos agentes públicos: observações sobre a Lei n. 9.504/97 à luz da Constituição Federal de 1988. In: **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**, n.41, p.53/98, Porto Alegre, 2000.

Em sentido similar, Thales Tácito Cerqueira assevera: "Existe aqui uma evidente ambigüidade, pois o texto como está posto permeia uma verdadeira permissão, ao usar a expressão 'que excedam'. Todavia, apesar disto, inconcebível o uso destes materiais públicos etc. para fins particulares, mesmo que aquém das prerrogativas consignadas nos regimentos e normas

O c. TSE¹⁹, nas vezes em que enfrentou a matéria, tem acolhido a tese de que as prerrogativas inerentes aos mandatos eletivos circunscrevem-se ao fim público, admitindo, no máximo, a utilização de tais verbas para divulgação da atividade parlamentar, mas censurando – por configurado ato de abuso²⁰ – quando veiculada propaganda eleitoral.

A norma prevista pelo inciso II do art. 73 da Lei n. 9.504/97 tem ampla incidência, não sendo limitada pela circunscrição do pleito; assim, independentemente da espécie de eleição a ser realizada – se municipal ou geral –, forçoso reconhecer a incidência da norma e a respectiva limitação aos agentes públicos.

III – CEDER SERVIDOR PÚBLICO OU EMPREGADO DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA OU INDIRETA FEDERAL, ESTADUAL OU MUNICIPAL DO PODER EXECUTIVO, OU USAR DE SEUS SERVIÇOS, PARA COMITÊS DE CAMPANHA ELEITORAL DE CANDIDATO, PARTIDO POLÍTICO OU COLIGAÇÃO, DURANTE O HORÁRIO DE

dos órgãos que integram, pois do contrário violaria o princípio da igualdade, impessoalidade e moralidade. [...] Devemos assim, concluir pela inconstitucionalidade deste inciso II por violação da igualdade, impessoalidade e moralidade". CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **Preleções de Direito Eleitoral** – Direito material. T.I. São Paulo: Lúmen Júris, 2006. p.808.

Da mesma sorte, Roberto Amaral e Sérgio Sêrvulo da Cunha observam que: "[...] a ilicitude é absoluta, é o simples uso de recursos públicos, representados por serviços (inclusive os serviços prestados por funcionários de gabinetes de parlamentares) ou materiais (cuja confecção é custeada pelo erário), e não o excesso, que configura o crime de abuso de autoridade ou abuso político, implicando como implica o rompimento do equilíbrio que deve prevalecer na disputa eleitoral, donde inafastável abuso". AMARAL, Roberto; CUNHA, Sérgio Sêrvulo da. **Manual das Eleições**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.341.

¹⁹ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Consulta n. 714. Resolução n. 20.891. Rel. Min. Luiz Carlos Lopes Madeira. 09.10.01. Consulta formulada por deputado federal, em 5 itens, assim respondida: a) Itens 1 a 3 - sim, em termos. Vale dizer, contanto que a promoção pessoal não resulte em propaganda eleitoral antecipada ou, sendo realizada no período eleitoral, observe as restrições dos arts. 37 e seguintes da Lei n. 9.504/97, bem como não se configure abuso do poder econômico ou conduta vedada aos agentes públicos; b) Item 4 - todos os meios de publicidade são, em princípio, lícitos, observadas as considerações dos questionamentos anteriores; c) Item 5 - as normas da Portaria n. 5 da Câmara dos Deputados, como se deduz da sua própria ementa, não têm - nem poderiam ter - conteúdo eleitoral, não sendo cogitável examinar a compatibilidade entre normas de natureza e conteúdos diversos. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.422, 08 fev. 2002. Seção 1.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Consulta n. 444. Resolução n. 20.217. Rel. Min. Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira. 02.06.98. Deputados. Trabalhos gráficos. Possibilidade de que sejam fornecidos pela Câmara, no ano eleitoral, desde que relativos à atividade parlamentar e com obediência às normas estabelecidas em ato da Mesa, vedada sempre qualquer mensagem que tenha conotação de propaganda eleitoral. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.60, 26 jun. 1998. Seção 1.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Consulta n. 746. Resolução n. 20.974. Rel. Min. Fernando Neves da Silva. 07.02.02. Consulta - Câmara dos Deputados - Verba indenizatória do exercício parlamentar - Ressarcimento de gastos com divulgação de atividade parlamentar. 1. A divulgação da atividade parlamentar que caracterize propaganda eleitoral não pode ser paga pelo Poder Público. 2. Não é da competência da Justiça Eleitoral a análise de atos que não possuam finalidade eleitoral. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.192, 19 abr. 2002. Seção 1.

²⁰ Decidiu a Corte Superior que: "configura abuso de autoridade a utilização, por parlamentar, para fins de campanha eleitoral, de correspondência postada, ainda que nos limites da quota autorizada por ato da Assembléia Legislativa, mas cujo conteúdo extrapola o exercício das prerrogativas parlamentares". In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 16.067. Rel. Min. Maurício José Corrêa. 25.04.00. Recurso Especial recebido como Recurso Ordinário. Propaganda eleitoral. Parlamentar. Utilização de serviços. Assembléia Legislativa. Abuso de autoridade. Declaração de inelegibilidade. 1. [...] 2. A prática de conduta incompatível com a Lei n. 9.504/97, artigo 73, II, e com a Lei Complementar 64/90, enseja a declaração de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos três anos subseqüentes àquela em que se verificou o fato. Recurso parcialmente provido. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.56, 04 out. 2000. Seção 1.

EXPEDIENTE NORMAL, SALVO SE O SERVIDOR OU O EMPREGADO ESTIVER LICENCIADO.

É, ao lado da norma prevista no inciso I, das mais comezinhas espécies de abuso praticados na esfera eleitoral. Pune-se, alternativamente, duas condutas vedadas: a cessão do servidor (*lato sensu*) ou o uso de seus serviços. A cessão do servidor público ocorre a qualquer título e sob qualquer pretexto, ou seja, incide a norma sob comento na cessão a título gratuito, oneroso, eventual, transitória, definitiva; desimporta, ainda, aferir acerca de eventual irregularidade na cessão do servidor, na medida em que o fato de haver regularidade na cessão do servidor não traz licitude à conduta e tampouco afasta a incidência da norma sancionatória. O uso do serviço, do mesmo modo, ocorre em qualquer de suas espécies e formas.

Caracteriza-se como conduta vedada a cessão de servidor público e o uso de seus serviços “para comitês de campanha eleitoral”. A expressão adotada pelo legislador não é das mais felizes e precisa ser corretamente interpretada. Tomando por base o desiderato de preservação da isonomia de oportunidade entre os candidatos, deve-se ponderar que somente uma interpretação ampla da expressão em apreço é que poderá culminar em uma maior proteção ao bem jurídico albergado pela norma sancionatória das condutas vedadas. Por conseqüência, a expressão “para comitês de campanha eleitoral” corresponde, em apertada síntese, na vedação de cessão de servidor público e uso de seus serviços para a prática de atos de campanha – quaisquer que sejam –, em horário normal de expediente. Assim, a expressão “para comitês de campanha eleitoral” não se restringe à prática de ato exclusivo de pedido de voto ou ato de convencimento ao eleitor, incluindo qualquer atividade – ainda que de cunho burocrático – que tenha vinculação com o procedimento da campanha eleitoral do candidato, partido ou coligação. Pode conjecturar, *v.g.*, como exemplos de atos que devem ser englobados na expressão “para comitês de campanha eleitoral”, a condução de veículos e bens em atividade de campanha eleitoral, o agendamento de reuniões, comícios e entrevistas, a participação em atos de fiscalização do processo eleitoral perante a Justiça Eleitoral, a efetiva distribuição de material de propaganda. No mesmo toar, caracteriza a conduta vedada em apreço a cessão de servidores públicos, em horário de expediente e sem a respectiva licença, vinculados ao departamento de limpeza urbana, para preparar local destinado a comício de candidato que busca reeleição ao pleito ou é apoiado pelo atual mandatário da circunscrição. Portanto, a expressão “para comitês de campanha eleitoral” alcança qualquer atividade vinculada à campanha eleitoral do candidato, partido ou coligação, abrangendo tanto atividades de coordenação como de mera execução.

Desimporta, também, o vínculo estabelecido entre o servidor (*lato sensu*) e a Administração Pública, ou seja, pune-se e veda-se a utilização e cessão do servidor efetivo, concursado ou não, com contrato temporário, cargo em comissão, função comissionada. Nesse sentido, aliás, revela-se adequada a opção do legislador pela expressão “servidor público”, que apresenta sentido largo, de modo a abranger todo e qualquer vínculo que mantenha com a Administração Pública.

A redação dada ao inciso III do art. 73 da Lei n. 9.504/97 dirige-se, em análise preliminar, tão-somente ao servidor público vinculado ao Poder Executivo. Esta, ao menos, é a conclusão obtida através de uma interpretação literal do dispositivo, embora se reconheça a insuficiência de tal previsão legal. Ademais, ainda que prevaleça uma interpretação restritiva da norma sob comento – sendo sujeito ativo da conduta, apenas o servidor vinculado ao Poder Executivo –, tal premissa não possibilita concluir que é permitida a utilização indiscriminada de quaisquer outros servidores (desde que não vinculados àquele Poder), em horário de serviço, para atos de campanha eleitoral em benefício de candidato, partido político ou coligação partidária. Com efeito, evidente que nenhum servidor público, qualquer que seja o vínculo com a Administração Pública (em quaisquer de suas esferas ou Poderes), pode ser utilizado, ou cedido, para, durante o horário normal de expediente, realizar ato de campanha eleitoral em benefício de candidato, partido ou coligação. O servidor público sujeita-se ao fim público, ou seja, deve prestar – a sua atividade – um serviço voltado ao bem comum da sociedade; assim, durante o horário de expediente, veda-se-lhe toda e qualquer atividade de cunho particular, até mesmo – e principalmente – aquela voltada para ato de campanha eleitoral de quem quer que seja.

Daí, conclui-se: a cessão ou utilização de serviços de servidor público vinculado ao Poder Executivo, para realizar ato de campanha eleitoral, caracteriza-se como conduta vedada, a teor do disposto no inciso III do art. 73 da Lei n. 9.504/97; a cessão ou utilização de serviços de servidor público vinculado, de qualquer modo, com a Administração Pública (mas necessariamente não vinculado ao Poder Executivo), configura, evidentemente, ato ilícito. A questão que se impõe é a correta caracterização de qual espécie de ilícito que resta configurado: se conduta vedada ou se abuso de poder (genérico).

Em uma primeira vertente, poder-se-ia, a partir de uma interpretação sistemática, cogitar que o inciso III do art. 73 da Lei n. 9.504/97 dirige-se, indistintamente, a todo e qualquer servidor público, independentemente do vínculo que o liga à Administração Pública²¹. Assim, acolhendo-se, por analogia, a judiciosa

²¹ Thales Tácito Cerqueira observa que: “Esta cessão não se restringe aos servidores do Poder Executivo, mas do Poder Legislativo e Judiciário também, consoante artigo 24, inciso II”. In: Op. Cit. p.808.
No magistério de Roberto Amaral e Sérgio Sêrvulo da Cunha: “Nas proibições evidentemente se incluem, porque alcança-

lição, mencionada alhures, de FÁBIO MEDINA OSÓRIO, poder-se-ia cogitar uma inconstitucionalidade parcial com redução de texto do inciso III do art. 73 da Lei n. 9.504/97 e, pois, o dispositivo legal passaria a ter a seguinte redação:

[...] ceder servidor público ou empregado da administração direta ou indireta federal, estadual ou municipal, ou usar de seus serviços, para comitês de campanha eleitoral de candidato, partido político ou coligação, durante o horário de expediente normal, salvo se o servidor ou o empregado estiver licenciado.

Esta interpretação, ao que parece, é a que encontra maior lógica e razoabilidade dentro do âmbito protetivo do Direito Eleitoral, até mesmo porque as demais soluções, embora juridicamente plausíveis, encontram resistência em relação à efetividade de uma resposta eficaz do sistema repressivo eleitoral. De qualquer modo, inequívoco que esta interpretação dá tratamento igual à hipóteses similares e, assim, encontra-se com plena razoabilidade tal proposição, que preserva, na plenitude, o princípio da isonomia entre os candidatos.

Outra possibilidade existente é considerar que a cessão ou utilização de serviços de servidor público vinculado, de qualquer modo, com a Administração Pública (mas, necessariamente, não vinculado ao Poder Executivo), configura ato de abuso de poder político genérico²², a ser perseguido através da investi-

dos pelos mesmos princípios, os funcionários de autarquia ou de fundação mantida com recursos que tenham origem no poder público, tanto quanto o empregado de empresa ou entidade concessionária ou permissionária do serviço público, ou de entidade que receba contribuição derivada de disposição legal, ou entidade de classe (patronal ou sindical), ou de pessoa jurídica sem fins lucrativos que receba recursos do exterior". In: *Op. Cit.* p.342/343.

Peculiar é o entendimento de Pedro Roberto Decomain, para o qual a conduta vedada dirige-se aos servidores do Poder Executivo, Judiciário e do Legislativo, mas apenas àqueles que estejam a serviço da Casa, e não vinculados a um parlamentar específico. Nas palavras do autor: "O dispositivo refere-se apenas aos servidores e empregados do Poder Executivo. Quanto aos do Legislativo, de rigor deveria ser também a eles estendida. Surgiria aí, porém, a situação peculiar em que o assessor de determinado parlamentar ficaria proibido de pedir votos para ele, ainda que o fizesse sem prejuízo de suas funções normais. Talvez por essa razão é que os servidores do Poder Legislativo não tenham sido incluídos no dispositivo. Mas, evidentemente que a regra os abrange, quando se trata de servidores que não estejam a serviço especificamente de um determinado parlamentar, mas sim a serviço da Casa Legislativa como um todo. [...] Onde não se vislumbra qualquer justificativa, é para a ausência de expressa referência aos servidores do Poder Judiciário. É certo que o Judiciário goza de autonomia administrativa. Mas ninguém de sã consciência haveria de considerar inconstitucional, por ofensa a esta autonomia, a regra de Direito Eleitoral que proibisse a cessão de servidor público do Poder Judiciário para prestar serviços em comitê de campanha de partido ou candidato, em horário de expediente. A proibição, portanto, alcança também os servidores do Judiciário". DECOMAIN, Pedro Roberto. *Eleições* – Comentários à Lei n. 9.504/97. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2004. p.354.

Embora as judiciosas razões do doutrinador catarinense, entende-se que a melhor interpretação da regra é a inclusão, indistinta, de todo e qualquer servidor público, independentemente do vínculo que possua com a Administração Pública, ou seja, abrange inclusive os servidores do Tribunal de Contas e do Ministério Público. De outro vértice, não é razoável a exclusão de servidor do Legislativo vinculado a parlamentar; a um (e fundamental), porque todo o servidor deve prestar um serviço visando a um fim público (e não privado – de qualquer espécie); a dois, porque tal permissão significa uma violação ao princípio da igualdade de oportunidade em relação aos demais candidatos (que não possuem mandato eletivo) e, assim, não poderão usufruir de tal "mão-de-obra qualificada".

²² Caramuru Afonso Francisco aventa a incidência do abuso de poder genérico: "A proibição alcança apenas os servidores da administração direta ligados ao Poder Executivo, bem como os servidores da administração indireta, aqui entendidos os servidores das empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas e autarquias, conforme dispõe o próprio art. 73, § 1º, da Lei n. 9.504/97. Deste modo, lamentavelmente, vê-se que os servidores do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Ministério Público não se encontram abrangidos por esta proibição, o que é deplorável, eis que são tão servidores quanto os demais [...]. Trata-se de norma que deve ser, o quanto antes, alterada para que, de *lege ferenda*,

gação judicial eleitoral (art. 22 da Lei Complementar n. 64/90), de recurso contra di-plomação (art. 262, inciso IV, do Código Eleitoral) e da ação de impugnação ao mandato eletivo (art. 14, §10º, da Constituição Federal). Tal hipótese, porém, tem a dificuldade prática inerente à procedência das ações propaladas, tendo em vista a necessidade de prova de potencialidade de ofensa à lisura do pleito e, ainda, concede tratamento diverso à situações equiparadas.

A conduta vedada caracteriza-se, convém esclarecer, com a utilização e cessão do servidor “durante horário de expediente normal”²³, expressão que abrange, indistintamente, o horário normal de serviço e, também, eventual horário extraordinário. Excluem-se os horários de folga, o descanso semanal remunerado, as férias e licenças regulares, já que, em seu horário particular, é assegurado ao servidor toda e qualquer atividade – lícita – que lhe convenha. PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS, com propriedade, sintetiza a correta interpretação da hipótese sob comentário:

Em suma, enquanto à disposição da Administração – assim deve ser entendida a regra – não pode o trabalhador ser designado para (e/ou aceitar) contribuir com seus serviços para campanha eleitoral, como seria incorreto fazê-lo em relação a qualquer outra atividade.

Da mesma forma que as alíneas anteriores, a norma prevista pelo inciso III do art. 73 da Lei n. 9.504/97 tem ampla incidência, não sendo limitada pela circunscrição do pleito; assim, independentemente da espécie de eleição a ser realizada – se municipal ou geral –, forçoso reconhecer a incidência da norma e a respectiva limitação aos agentes públicos.

a proibição seja geral e abranja todos os poderes, pois não se pode conceber que se permita o uso dos recursos públicos para benefício de candidatos, partidos ou coligações, a tanto equivalendo o serviço de servidores e empregados públicos. De qualquer modo, entendemos que, constatada a utilização de servidores ou empregados dos outros poderes em comitês ou utilização de seus serviços em prol de candidatos, partidos ou coligações, estaremos diante de hipótese de desvio de poder de autoridade, que, além da responsabilização por improbidade administrativa, poderá ser invocado como causa de anulação da votação nos termos do art. 222 do Código Eleitoral”. In: *Op. Cit.* p.107.

²³ Caramuru Afonso Francisco aduz: “Destarte, deve-se entender por ‘horário de expediente normal’ não a jornada ordinária, mas todo o período de trabalho a ser remunerado pelo erário público ou, até mesmo, todo o período em que o servidor ou empregado seja obrigado a prestar serviços”. In: *Op. Cit.* p.105.

A seguir, o doutrinador referido apresenta a possibilidade do abuso na utilização de licenças por servidores público, aduzindo que: “[...] devemos verificar que, embora seja permitido que servidores ou empregados licenciados (al entendidos os que estejam em gozo de férias regulamentares) possam trabalhar para candidatos, partidos ou coligações, constitui nítido abuso de poder político a colocação em massa de servidores e empregados em licenças e férias no período eleitoral, precisamente para que a formação de um exército de ‘cabos eleitorais’ e de ‘servidores’ para candidatos, partidos e coligações. [...] Constatada esta situação anormal, não se terá a prática da infração que ora se trata, pois o inciso III afirma que se o servidor ou empregado estiverem licenciados estará descaracterizada a conduta, mas teremos hipóteses que se subsume ao inciso V do art. 73, pois terá ocorrido uma readaptação de vantagens de forma a dificultar o exercício funcional, única e exclusivamente com o propósito de beneficiar candidatos, partidos e coligações”. In: *Op. Cit.* p.106-107.

Deve-se registrar, no entanto, que o dia-a-dia da atividade forense tem indicado que a maior hipótese de burla desta conduta vedada é praticada pelos chamados “cargos em comissão”, os quais, de regra, não se submetem a cartão ponto, tornando extremamente dificultosa a correta e eficaz aplicação da norma em apreço. Em tais situações, porém, espera-se que a Justiça Eleitoral desempenhe, com veledade, a função de zelar pela incolumidade do pleito.

IV – FAZER OU PERMITIR USO PROMOCIONAL EM FAVOR DE CANDIDATO, PARTIDO POLÍTICO OU COLIGAÇÃO, DE DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE BENS E SERVIÇOS DE CARÁTER SOCIAL CUSTEADOS OU SUBVENCIONADOS PELO PODER PÚBLICO.

A presente previsão legal contém regra que visa a combater questão de difícil resolução prática, embora das mais recorrentes em períodos eleitorais. De fato, se costumeiramente, por força da injusta repartição de renda existente no país, a distribuição de bens de caráter social pelo Poder Público é fonte de personalismo desenfreado, a proximidade com o pleito – e a respectiva intenção de obter o benefício eleitoral a qualquer preço – traz importância geométrica à correta compreensão da conduta vedada em apreço. Infelizmente, nos dias atuais, mais do que nunca, alguns governantes parecem mais interessados na prática indiscriminada de atividades de cunho assistencialista – de resultados práticos duvidosos, mas com intensa repercussão prática na vida de pessoas determinadas (e necessitadas) –, em detrimento da execução de um plano de governo comprometido com metas e propostas de longo prazo, mas que objetivem ao bem comum (de toda a comunidade).

Em síntese apertada, o dispositivo sob comento veda a prática do assistencialismo (em sentido *lato*) – caracterizado pela distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo poder público –, vinculado à obtenção de vantagem, de qualquer espécie, eleitoral. Acrescentando-se, ainda, que a norma legal traz dois verbos nucleares factíveis de configurar o dito uso promocional, ou seja, tanto se caracteriza a conduta vedada através do “fazer” (praticar, realizar, executar...) como também do “permitir” (admitir, tolerar, consentir) o uso promocional, que se traduz em benefício eleitoral. O c. TSE²⁴, em determinada oportunidade, entendeu configurada a conduta

²⁴ Entendeu a Corte Superior que “a mera disposição, aos cidadãos, de serviço de cunho social custeado pela Prefeitura Municipal, por meio de ampla divulgação promovida em prol de candidatos a cargos eletivos, importa na violação do art. 73, IV, da Lei das Eleições”. In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 20.353. Rel. Min. Raphael de Barros Monteiro Filho, 17.06.03. Agravo Regimental. Provimento. Recurso Especial. Art. 73, IV, da Lei n. 9.504/97. Serviço de cunho social custeado pela prefeitura municipal, posto à disposição dos cidadãos. Ampla divulgação. Ocorrência da prática vedada, a despeito de seu caráter meramente potencial. Responsabilidade dos candidatos, pela distribuição dos impressos, defluente da prova do cabal conhecimento dos fatos. Art. 22, XV, da LC n. 64/90. A adoção do rito desse artigo não impede o TRE de aplicar a cassação do diploma, prevista no art. 73, § 5º, da Lei n. 9.504/97, bem como não causa prejuízo à defesa. Art. 14, § 9º, da CF/88. Não implica nova hipótese de inelegibilidade prever-se a pena de cassação do diploma no referido art. 73, § 5º, da Lei n. 9.504/97. Dissídio pretoriano. Não-ocorrência. Ausência do cotejo analítico. Aplicação da Súmula n. 291/STF. Recurso não conhecido. [...] - A responsabilidade dos candidatos pela distribuição dos impressos deflui da circunstância de que tinham cabal conhecimento dos fatos, tanto que acompanharam pessoalmente a distribuição daquele material. - Ainda que adotado o rito previsto no art. 22 da LC n. 64/90, não está o Regional impedido de aplicar a cassação do diploma estabelecida no art. 73, § 5º, da Lei n. 9.504/97. Precedentes. Também não há falar que isso importe em prejuízo à defesa. - Não consiste em nova hipótese de inelegibilidade a previsão, no indigitado art. 73, § 5º, da Lei n. 9.504/97, da pena de cassação do diploma, que representou tão-somente o atendimento, pelo legislador, de um anseio da sociedade de ver diligentemente punidos os candidatos beneficiados pelas condutas ilícitas descritas nos incisos I a IV e VI desse artigo. - Inviável o dissídio pretoriano alegado, à falta do indispensável cotejo ana-

vedada, pela mera disposição de serviço de cunho social custeado pelo Poder Público, entendendo desnecessária, para a configuração do ilícito, a prova do efetivo uso do serviço disponibilizado. Em outra ocasião, porém, com formação diversa, a Corte exigiu a prova da efetiva distribuição dos bens ou serviços, para a incidência da conduta vedada.²⁵

Convém esclarecer, de logo, que, em princípio, não é proibida a distribuição gratuita de bens e serviços social pelo Poder Público; logo, não se exige a cessação da atividade assistencial porventura desenvolvida²⁶. Veda-se é o uso

lítico. Incidência do Verbetes Sumular n. 291/STF. Recurso especial de que não se conhece. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.156, 08 ago. 2003. Seção 1.

²⁵ Na hipótese, concluiu que "para a configuração da infração ao art. 73, IV, da Lei n. 9.504/97 faz-se necessária a efetiva distribuição de bens e serviços de caráter social". In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo de Instrumento n. 5.817. Rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. 16.08.05. Representação. Candidato a prefeito. Art. 73, IV, da Lei n. 9.504/97. Programa habitacional. Doação de lotes. Decisão regional. Condenação. Alegação. Julgamento *ultra petita*. Não-configuração. Cassação. Registro ou diploma. Alegação. Hipótese de inelegibilidade. Improcedência. Precedentes. Conduta vedada. Configuração. Necessidade. Comprovação. Elementos. Ilícito eleitoral. 1. A delimitação da demanda não ocorre em função da fundamentação jurídica dada pela parte na inicial, mas sim pelos fatos postos à apreciação do julgador, além do que compete a este a tarefa de subsunção desses fatos à norma. 2. Conforme já assentado por esse Tribunal, "os limites do pedido são demarcados pela *ratio petendi* substancial, segundo os fatos imputados à parte" (Acórdãos n.s 3.066 e 3.363). 3. É pacífica a jurisprudência da Casa no sentido de que as sanções de cassação de registro de candidatura ou de diploma previstas em diversos dispositivos da Lei n. 9.504/97 (arts. 41-A, 73, 74, e 77) não implica inelegibilidade. 4. Em relação à condenação fundada no art. 73, IV, da Lei n. 9.504/97 aplica-se a regra do art. 257 do Código Eleitoral, que estabelece que "os recursos eleitorais não terão efeito suspensivo", resultando, portanto, a imediata execução da decisão. 5. Averiguada a necessidade de implementação das providências administrativas para adoção de programa social, mostra-se óbvia a necessidade de rapidez por parte do administrador público, em face da natureza da situação e ponderando, ainda, o advento das restrições impostas pela lei eleitoral, com a proximidade do pleito, não se podendo, simplesmente, por meio dessa circunstância, se inferir o intento eleitoral do candidato. 6. Um candidato em campanha normalmente é instado a se manifestar sobre determinado programa que implementou ou pretende implementar, sendo assim permitido que se manifeste sobre ele, não podendo daí concluir-se o indevido uso promocional a que se refere o art. 73, IV, da Lei n. 9.504/97. 7. Com relação às condutas vedadas, é imprescindível que estejam provados todos os elementos descritos na hipótese de incidência do ilícito eleitoral para a imputação das severas sanções de cassação de registro ou de diploma. 8. [...] Agravo de instrumento provido. Recurso especial conhecido e provido. Liminar deferida na Medida cautelar por ora mantida. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.172, 16 set. 2005. Seção 1.

²⁶ [...] 2. A Lei das Eleições veda fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público (art. 73, IV). Não se exige a interrupção de programas nem se inibe a sua instituição. O que se interdita é a utilização em favor de candidato, partido político ou coligação. [...] In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Embargos de Declaração em Recurso Especial Eleitoral n. 21.320. Rel. Min. Luiz Carlos Lopes Madeira. 09.11.04. Embargos de Declaração no Recurso Especial Eleitoral processado como ordinário. 1. Configurada a conduta vedada (art. 73 da Lei n. 9.504/97), incide a sanção de multa prevista no seu § 4º. Além dela, nos casos que o § 5º indica, o candidato ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma. Não se exige fundamentação autônoma. [...] 3. As contradições a serem consideradas em embargos de declaração são as do próprio acórdão - contradição interna ou contradição nos próprios termos ou nas próprias proposições. Não se consideram contradições a ensejar embargos de declaração as divergências que se estabelecem entre as correntes que se formam no julgamento. 4. Fita VHS. Degravação. Se o representante deixa de apresentar, juntamente com a fita, a degravação, não havendo impugnação do representado, pode a fita VHS ser reconhecida como prova válida. 5. Não se confundem validade da prova com o seu valor para o deslinde da causa. Se a prova não é inválida, considera-se o seu valor probante na decisão de mérito. No incidente de falsidade não caberia pronunciamento sobre o conteúdo da prova. 6. Se o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento sobre o incidente de falsidade da prova, não há mais questionamento sobre a sua validade. 7. Nos embargos de declaração é inoportuno o enfrentamento de temas em relação aos quais não se impunha manifestação no julgamento, especialmente quando não estejam diretamente ligados à omissão ou à contradição apontadas. 8. Os embargos de declaração não se prestam para introduzir novos temas, até então não considerados. As omissões que devem ser consideradas nos embargos de declaração dizem com os fundamentos deduzidos no recurso ou nas contra-razões ou sobre vícios de procedimento que se verificarem no próprio acórdão. 9. A contrariedade dos votos com a prova é tema para novo julgamento. 10. É despropositado pretender manifestação do Tribunal sobre preceitos constitucionais, lançados de cambulhada, sem maiores explicitações pertinentes a omissões ou contradições. 11. A jurisprudência firme da Corte é no sentido de que o vice-governador está numa relação de subordinação em relação ao governador, sendo atingido pela decisão que cassa o registro ou o diploma pela prática de conduta vedada. 12. Compete ao Tribunal Superior Eleitoral determinar os termos da execução das suas decisões. 13. Nas eleições disputadas em segundo turno (CF, art. 77, § 3º; Lei

promocional, em benefício de partido, candidato ou coligação, desta atividade desenvolvida.²⁷

A correta compreensão do dispositivo sob comento inclui, na expressão²⁸ “serviços de caráter social”, a prestação de serviços médicos, jurídicos e odontológicos pelo Poder Público, ao passo que a “distribuição gratuita de bens” abrange a entrega de material de construção, escolar, medicamentos, vestuários e alimentos. Embora o dispositivo legal refira-se à distribuição gratuita de bens e serviços, entende-se que, no caso concreto, mesmo a distribuição onerosa pode configurar a conduta vedada pelo inciso IV do art. 73. Com efeito, imagine-se que, na proximidade da eleição, um determinado Município passa a oferecer à população, por custo simbólico, medicamentos e serviços (v.g., exames médicos) de alto custo, vinculando esta distribuição de bens e/ou serviços a determinado candidato, partido ou coligação. Tal hipótese, sem embargo da adjetivação “gratuita”, cunhada pelo legislador, caracteriza-se, em interpretação sistemática, como conduta vedada, na medida em que importa violação patente ao princípio da isonomia de oportunidade entre os candidatos.

A norma prevista pelo inciso IV do art. 73 da Lei n. 9.504/97 tem ampla incidência, não sendo limitada pela circunscrição do pleito; assim, independentemente da espécie de eleição a ser realizada – se municipal ou geral –, forçoso reconhecer a incidência da norma e a respectiva limitação aos agentes públicos. A Lei n. 11.300/06, convém registrar, criou nova espécie de conduta vedada, através do acréscimo do parágrafo 10 ao artigo 73 da Lei n. 9.504/97, tipo normativo que, embora de incidência mais ampla e sanção menos gravosa (já que não prevê a sanção de cassação do registro ou diploma), apresenta certa similitude com o inciso IV.

n. 9.504/97, art. 2º, § 1º), considera-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos. Não-incidência, na situação posta, da norma do art. 224 do Código Eleitoral. 14. Cassado o diploma de governador de estado, eleito em segundo turno, pela prática de ato tipificado como conduta vedada, deve ser diplomado o candidato que obteve o segundo lugar. Rejeitados os primeiros embargos. Recebidos os segundos. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, v.1, p.162, 17 jun. 2005. Seção 1.

²⁷ Pedro Henrique Távora Niess, com clareza, observa: “Mas é defeso, a quem as executa, transmutar em operação eleitoral a obra social, ou permitir que assim seja feito. Contra isso se revolta o legislador. [...] Isso não quer dizer que o idealizador do benefício, ou quem o pôs em prática, não possa propalar a sua iniciativa a fim de esclarecer os eleitores sobre sua atuação política, prestando-lhes conta do mandato recebido. A distribuição dos bens ou serviços é que não pode ser promocionalmente utilizada, dando ensejo a qualquer tipo de retribuição, já que feita gratuitamente. A entrega de uma cesta básica, v.g., com pedido ostensivo de voto, ou acompanhada de ‘santinho’ de candidato, desvirtua o propósito original do ato, sacrificando o princípio da moralidade administrativa [...]”. In: *Op. Cit.* p.6.

Na acepção de Pedro Roberto Decomain: “Nessa distribuição não pode haver a vinculação a qualquer partido, coligação ou candidato, no momento da entrega do bem ou da prestação do serviço”. In: *Op. Cit.* p.354.

²⁸ Para Caramuru Afonso Francisco: “Por serviços de caráter social deve-se entender não só toda e qualquer programa ou ação do Poder Público relativo à assistência social, como toda iniciativa que tenha como substrato erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, CR) ou que tencione o primado do trabalho e vise ao bem-estar e a justiça sociais (art. 193 CR)”. In: *Op. Cit.* p.108.

V – NOMEAR, CONTRATAR OU DE QUALQUER FORMA ADMITIR, DEMITIR SEM JUSTA CAUSA, SUPRIMIR OU READAPTAR VANTAGENS OU POR OUTROS MEIOS DIFICULTAR OU IMPEDIR O EXERCÍCIO FUNCIONAL E, AINDA, EX OFFICIO, REMOVER, TRANSFERIR OU EXONERAR SERVIDOR PÚBLICO, NA CIRCUNSCRIÇÃO DO PLEITO, NOS TRÊS MESES QUE O ANTECEDEM E ATÉ A POSSE DOS ELEITOS, SOB PENA DE NULIDADE DE PLENO DIREITO, RES-SALVADAS:

- A) A NOMEAÇÃO OU EXONERAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO E DESIGNAÇÃO OU DISPENSA DE FUNÇÕES DE CONFIANÇA;**
- B) A NOMEAÇÃO PARA CARGOS DO PODER JUDICIÁRIO, DO MINISTÉRIO PÚBLICO, DOS TRIBUNAIS OU CONSELHOS DE CONTAS E DOS ÓRGÃOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA;**
- C) A NOMEAÇÃO DOS APROVADOS EM CONCURSOS PÚBLICOS HOMOLOGADOS ATÉ O INÍCIO DAQUELE PRAZO;**
- D) A NOMEAÇÃO OU CONTRATAÇÃO NECESSÁRIA À INSTALAÇÃO OU AO FUNCIONAMENTO INADIÁVEL DE SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS, COM PRÉVIA E EXPRESSA AUTORIZAÇÃO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO;**
- E) A TRANSFERÊNCIA OU REMOÇÃO EX OFFICIO DE MILITARES, POLICIAIS CIVIS E DE AGENTES PENITENCIÁRIOS.**

Trata-se de norma que objetiva, em apertada síntese, evitar a utilização indevida do quadro de pessoal da Administração Pública com interferência na igualdade de oportunidade entre os candidatos. Busca-se evitar que interesses políticos prevaleçam em detrimento do bom andamento da Administração Pública, acarretando, assim, no período vedado, injustificáveis atos de perseguições ou favorecimentos políticos. No dizer de ANTÔNIO CARLOS MARTINS SOARES²⁹:

A objetividade jurídica deste dispositivo é impedir que os agentes públicos, na condição de candidatos, possam tirar vantagens do poder de autoridade insito ao próprio cargo, função ou emprego que exercem na Administração Pública, ou, ainda, valerem-se dessa condição para perseguir desafetos políticos.

Dúvida de monta ocorre acerca da abrangência da vedação sob comento. Com efeito, de um lado existe doutrina³⁰ – de cunho restritivo – que entende a

²⁹ *Op. Cit.* p.49.

³⁰ Neste sentido, é o ensinamento de Pedro Roberto Decomain, para quem o inciso V é aplicável: "aos servidores e empregados públicos da Administração Direta e das autarquias, qualquer que seja a natureza do vínculo com elas mantido. Não, porém, aos empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista. Seu vínculo com seu pessoal é regido pela legislação trabalhista comum, e em relação a eles não incidem as proibições de admissão, demissão sem justa causa, ou remoção". In: *Op. Cit.* p.355.

inaplicação do inciso V do art. 73 da Lei n. 9.504/97 aos empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista; de outro lado, reconhecida a existência de doutrina³¹ que aduz alcance ampliativo à vedação mencionada. Entende-se, em suma, que as vedações são dirigidas a todos os servidores públicos que mantêm, de qualquer modo, vínculo (relação de trabalho ou emprego) com o Poder Público, inclusive, pois, os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista. Conforme lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*apud*, GASPARINI, Diogenes, *op. cit.* p.160), servidores públicos são: “todos aqueles que mantêm com o Poder Público relação de trabalho, de natureza profissional e caráter não eventual, sob vínculo de dependência”. Portanto, a expressão tem um cunho ampliativo e abrange, indistintamente, o servidor estatutário e o celetista, inclusive o servidor com contrato temporário³²; não, porém, os denominados agentes políticos, até mesmo porque, em regra, ausente a característica de hierarquia nas relações havidas por esta categoria.

A conduta vedada em apreço possui uma limitação geográfica (“circunscrição do pleito”, na exata forma definida pelo art. 86 do Código Eleitoral) e temporal (três meses antes do pleito até a posse dos eleitos) definidas.

Divide-se, basicamente, em quatro partes autônomas: vedação à nomea-

³¹ Caramuru Afonso Francisco obtempera que: “De pronto, vemos que o legislador utilizou-se de uma expressão ampla, a saber, ‘servidor público’, precisamente para fugir da expressão restrita ‘funcionário público’, vez que se refere esta última tão-somente a quem estiver ocupando um cargo mediante aprovação em concurso. A expressão ‘servidor público’, aliás, foi cunhada pelo próprio constituinte [...], como se depreende do teor do art. 37 e seus incisos e parágrafos da Constituição da República. [...] A questão, porém, não é tão simples assim, tendo em vista que mister se faz compreender o alcance da expressão ‘administração indireta’, a qual abrange, conforme cristalizado no direito administrativo pátrio (em especial, pelo professor José Cretella Júnior no seu já clássico ‘Administração Indireta’), tanto a empresa pública quanto a sociedade de economia mista, nos termos do Decreto-Lei n. 200/1967. Deste modo, se está sujeita à vedação o ocupante de cargo ou função em empresa pública ou sociedade de economia mista, é evidente que as normas a respeito de contratação e qualquer outra forma de alteração no quadro de pessoal destas entidades também estão sujeitas à vedação constante deste inciso do art. 73, pois não faria sentido algum submeter à qualidade de agentes públicos os seus dirigentes e não se estender que as alterações nelas não estejam igualmente vedadas”. In: *Op. Cit.* p.110/111.

³² O TSE assentou que a contratação (e demissão) de servidores temporários, nos três meses antes da eleição até a posse, constitui conduta vedada e, por consequência, não se enquadra na exceção da alínea “a” (nomeação ou exoneração de cargos em comissão) do inciso V do art. 73 da Lei n. 9.504/97. In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Embargos de Declaração em Recurso Especial Eleitoral n. 21.167. Rel. Min. Fernando Neves da Silva. 21.08.03. Embargos de declaração - Contradição - Inexistência. 1. A contratação e demissão de servidores temporários constitui, em regra, ato lícito permitido ao administrador público, mas que a lei eleitoral torna proibido, nos três meses que antecedem a eleição até a posse dos eleitos, a fim de evitar qualquer tentativa de manipulação de eleitores. 2. A contratação temporária, prevista no art. 37, IX, da Constituição Federal, possui regime próprio que difere do provimento de cargos efetivos e de empregos públicos mediante concurso e não se confunde, ainda, com a nomeação ou exoneração de cargos em comissão ressalvadas no art. 73, V, da Lei n. 9.504/97, não estando inserida, portanto, na alínea a desse dispositivo. 3. Para configuração da conduta vedada pelo art. 73 da Lei das Eleições, não há necessidade de se perquirir sobre a existência ou não da possibilidade de desequilíbrio do pleito, o que é exigido no caso de abuso de poder. 4. As condutas vedadas no art. 73 da Lei n. 9.504/97 podem vir a caracterizar, ainda, o abuso do poder político, a ser apurado na forma do art. 22 da Lei Complementar n. 64/90, devendo ser levadas em conta as circunstâncias, como o número de vezes e o modo em que praticadas e a quantidade de eleitores atingidos, para se verificar se os fatos têm potencialidade para repercutir no resultado da eleição. 5. O uso da máquina administrativa, não em benefício da população, mas em prol de determinada candidatura, reveste-se de patente ilegalidade, caracterizando abuso do poder político, na medida em que compromete a legitimidade e normalidade da eleição. 6. Embargos rejeitados. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, v.1, p.122, 12 set. 2003. Seção 1.

ção, contratação ou qualquer forma de admissão ou demissão sem justa causa; vedação à supressão ou readaptação de vantagens; vedação a outros meios de dificultar ou impedir o exercício funcional; vedação de remoção, transferência ou exoneração *ex officio*.

Em primeira instância, existem vedações em relação ao ingresso – seja através de nomeação, contratação ou qualquer forma de admissão – e também em relação ao desligamento – demissão sem justa causa – na Administração Pública. Dito de outro modo, ainda que observadas as formalidades legais e administrativas, quaisquer das formas de movimentação administrativa exaustivamente enumeradas no inciso sob comento caracterizam-se como condutas vedadas. Não importa, portanto, e é despidendo, eventual cotejo da legalidade administrativa do ato praticado, dado que, se realizado no período crítico, possui presunção de ilicitude na esfera eleitoral, com a quebra da igualdade entre os candidatos. No entanto, *a contrario sensu*, é possível a demissão por justa causa e, ainda, é possível, no período vedado, a realização de concurso público, consoante entendimento externalizado pelo c. TSE³³.

A norma proibitiva alcança, também, a vedação de supressão ou readaptação de vantagens, no prazo legal. DIOGENES GASPARINI, didaticamente, classifica as vantagens pecuniárias³⁴ em adicionais (por tempo de serviço e de função), gratificações (de serviço – *v.g.*, risco de vida, serviços extraordinários – e pessoais – *v.g.*, salário-família, salário-educação) e indenizações (ajudas de custo, diárias e transporte). Restam, pois, proibidas, nos três meses antes

³³ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Consulta n. 1.065. Resolução n. 21.806. Rel. Min. Fernando Neves da Silva. 08.06.04. Consulta. Recebimento. Petição. Art. 73, V, Lei n. 9.504/97. Disposições. Aplicação. Circunscrição do pleito. Concurso público. Realização. Período eleitoral. Possibilidade. Nomeação. Proibição. Ressalvas legais. 1. As disposições contidas no art. 73, V, Lei n. 9.504/97 somente são aplicáveis à circunscrição do pleito. 2. Essa norma não proíbe a realização de concurso público, mas, sim, a ocorrência de nomeações, contratações e outras movimentações funcionais desde os três meses que antecedem as eleições até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito. 3. A restrição imposta pela Lei n. 9.504/97 refere-se à nomeação de servidor, ato da administração de investidura do cidadão no cargo público, não se levando em conta a posse, ato subsequente à nomeação e que diz respeito à aceitação expressa pelo nomeado das atribuições, deveres e responsabilidades inerentes ao cargo. 4. A data limite para a posse de novos servidores da administração pública ocorrerá no prazo de trinta dias contados da publicação do ato de provimento, nos termos do art. 13, § 1º, Lei n. 8.112/90, desde que o concurso tenha sido homologado até três meses antes do pleito conforme ressalva da alínea "c" do inciso V do art. 73 da Lei das Eleições. 5. A lei admite a nomeação em concursos públicos e a consequente posse dos aprovados, dentro do prazo vedado por lei, considerando-se a ressalva apontada. Caso isso não ocorra, a nomeação e consequente posse dos aprovados somente poderão acontecer após a posse dos eleitos. 6. Pode acontecer que a nomeação dos aprovados ocorra muito próxima ao início do período vedado pela Lei Eleitoral, e a posse poderá perfeitamente ocorrer durante esse período. 7. Consoante exceções enumeradas no inciso V, art. 73, as proibições da Lei n. 9.504/97 não atingem as nomeações ou exonerações de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança; as nomeações para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República; as nomeações ou contratações necessárias à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do chefe do Poder Executivo e as transferências ou remoções *ex officio* de militares, de policiais civis e de agentes penitenciários. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.02, 12 jul. 2004. Seção 1.

³⁴ Vantagens pecuniárias, na concepção de Diogenes Gasparini, são: "[...] acréscimos estipendiários em razão do tempo de serviço ou decorrentes da natureza ou local de trabalho, conhecidas como adicionais e gratificações, instituídas e reguladas pela maioria dos estatutos [...]. A par dos adicionais e gratificações, o Estatuto federal criou as indenizações (arts. 51 a 60)". In: GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.205/206.

do pleito até a posse dos eleitos, a eliminação ou readaptação de todas estas vantagens – seja na espécie de adicionais, gratificações ou indenizações.

Ainda acolhendo as noções da esfera administrativista, é vedada, *ex officio*, a remoção, transferência ou exoneração de servidor público. De outro vértice, é permitido o pedido de remoção ou transferência voluntária do servidor público, bem como é possível o pedido de exoneração mediante requerimento do interessado. Existem situações pontuais, contudo, em que inexistente a voluntariedade no pedido de remoção, transferência ou exoneração do agente público, sendo o servidor forçado, de qualquer modo – seja através de mero ato de constrangimento público, seja por meio de assédio (moral ou sexual), seja por meio de grave ameaça (*v.g.*, perda do emprego ou perseguição política) – a adotar conduta tida por espontânea. Por evidente, configurado, em tais casos, o ato de abuso de poder, como já decidido pelo TSE, porque caracterizada a conduta vedada consistente em “dificultar ou impedir o exercício funcional”.

Nesta alínea, por fim, a vedação abrange, ainda, quaisquer outros meios de dificultar ou impedir o exercício funcional. Trata-se, em verdade, de cláusula genérica, que visa preservar o bom andamento da atividade administrativa, evitando que interesses políticos sobreponham-se à correta e eficaz prestação do serviço público. Por conseguinte, qualquer meio de dificultar ou impedir o exercício funcional de servidor público, que ocorra dentro do período vedado, resta proibido pela legislação eleitoral. Cumpre consignar que o c. TSE³⁵ entendeu que se caracteriza como conduta vedada aos agentes públicos a realização de reuniões com servidores públicos sem estabilidade, com o fim de ameaçá-los com represálias, e, também, vinculando a manutenção ou extinção do vínculo de cargos em comissão ao sabor dos interesses eleitorais dos mandatários.

As exceções, de seu turno, são cinco.

Excepciona, a lei eleitoral na alínea “a”, a nomeação e exoneração de cargos em comissão e a designação ou dispensa de funções de confiança, previstos no art. 37, inciso V, da Constituição Federal. A justificativa do legislador é que a mesma precariedade que permite a admissão do servidor é a que faculta o seu desligamento, ainda que no período glosado. No entanto, vê-se com reserva a permissão desta discricionariedade ao administrador, dado que, possibilita, indistintamente, sejam efetuadas verdadeiras perseguições políticas, em

³⁵ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 21.167. Rel. Min. Fernando Neves da Silva. 08.04.03. Recurso especial - Admissão e dispensa de servidores temporários - Conduta vedada - Art. 73, V, da Lei n. 9.504/97 - Dificultar ou impedir o exercício funcional - Caracterização - Reexame de fatos e provas - Impossibilidade - Atos que podem também configurar abuso do poder político a ser apurado por meio de investigação judicial, na forma do art. 22 da Lei Complementar n. 64/90. Recursos especiais não conhecidos. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, v.1, p.95, 13 jun. 2003. Seção 1.

pleno período crítico da campanha eleitoral, com inegável prejuízo à continuidade administrativa. Razão assiste à PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS³⁶, quando observa que: “nada justifica o tratamento desigual destes com os demais servidores, o que, pelo contrário, frustra o objetivo primordial do legislador que é, em todos os casos, assegurar o equilíbrio do pleito.” Assim, a restrição sob comento deve interpretação razoável, com o desiderato de preservar o princípio da igualdade entre os candidatos, na medida em que é cláusula que, sem o devido temperamento, permite, através da nomeação de cargos em comissão e funções de confiança, a arregimentação de um verdadeiro exército de cabos eleitorais, além de atrair o voto dos familiares e dependentes dos beneficiários da ilicitude.

Permite, também, o legislador eleitoral, dentro do período vedado, a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais ou conselhos de contas e dos órgãos da Presidência da República (alínea “b”). Entende-se possível, porém, a par da nomeação (investidura) de tais agentes, também seja realizada a remoção e promoção, bem como qualquer outra espécie de movimentação na carreira. Com efeito, se a legislação admite o mais (“nomeação”) parece evidente que não proscree o menos (“remoção ou promoção”). A possibilidade de movimentação em tais carreiras decorre do vínculo diferenciado que é mantido com a atividade estatal, já que tais cargos não guardam, dentro da estrutura de cada carreira, vínculo de subordinação e hierarquia, sendo, ao contrário, dotados das características de vitaliciedade e inamovibilidade, a par da consagrada independência funcional. Por conseqüência, tais cargos estão, em regra, alheios aos interesses político-eleitorais e, daí, não recebem o influxo legislativo da alínea comentada. No mesmo sentido, é o escólio de PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS³⁷, conquanto exista doutrina³⁸ que professe interpretação extensiva à exceção mencionada, concluindo pela aplicação da ressalva a todos os servidores do Poder Judiciário, do Ministério Públi-

³⁶ *Op. Cit.* p.66.

³⁷ Nas palavras de Távora Niess: “Ressalva-se, nesta alínea, apenas a nomeação, dentre todas as possibilidades enumeradas no inciso V, e pelo que deste consta (proibindo genericamente a nomeação) e de sua letra “c” (permitindo a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados em tempo hábil), parece forçoso concluir que a investidura aqui permitida refere-se tão-só aos cargos de Juiz, inclusive pelo quinto constitucional, de membros do Ministério Público e dos Conselhos ou Tribunais de Contas, além daqueles que compõem a Presidência da República, cuja imprescindibilidade não admite acomodação em qualquer cláusula restritiva, no tocante ao tempo de homologação do concurso”. In: *Op. Cit.* p.67.

³⁸ Caramuru Afonso Francisco aduz que: “[...] lamentavelmente, vê-se que os servidores do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Ministério Público não se encontram abrangidos por esta proibição, o que é deplorável, eis que são tão servidores quanto os demais [...]”. In: *Op. Cit.* p.107.

Embora, em uma interpretação literal do dispositivo e notadamente em face à opção do legislador pela expressão “servidor público” (e não agente público) compreenda-se a conclusão do renomado doutrinador, entende-se que não há motivo razoável para dispensar tratamento privilegiado aos servidores públicos do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Tribunal ou Conselho de Contas e dos órgãos da Presidência da República em detrimento dos demais servidores públicos, apenas porque vinculados ao Poder Legislativo ou Executivo. Ademais, é entendimento sedimentado que a exceção à regra geral, que é o caso da alínea “b” do inciso V do art. 73, deve ser interpretada restritivamente.

co, dos tribunais ou conselhos de contas e dos órgãos da Presidência da República.

É possível, ainda, mesmo dentro do período vedado, a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo, ou seja, até três meses antes do pleito (alínea “c”), porquanto tais atos, desde que em observância ao regramento legal (*v.g.*, observância da ordem de classificação dos candidatos e dos prazos regulares para posse e nomeação), são considerados como regulares dentro da relação administrativa. Em resposta à consulta formulada por interessado, o TSE³⁹ entendeu que a norma sob comento não restringe a realização de concurso público, e sim, apenas, a contratação, nomeação e outras movimentações funcionais dos servidores públicos, dentro do período vedado.

Cabível, também, seja realizada, mesmo dentro do período proibido, a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do chefe do Poder Executivo (alínea “d”). A exceção exige com requisitos cumulativos: o serviço público deve ser caracterizado como essencial; a nomeação ou contratação deve ser necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de tal serviço; deve haver prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo. Serviço público é todo aquele prestado pela Administração Pública, direta ou indireta, e, mesmo, por seus delegados; no entanto, a concepção de serviço público essencial, por evidente, é mais restrita. Calcada na previsão do § 1º do art. 9º da Carta Republicana – que, ao tratar do direito de greve dos trabalhadores, prevê que caberá à lei específica a definição dos serviços ou atividades essenciais – parte da doutrina eleitoral⁴⁰ concluiu que são caracterizados como serviços essenciais, para os fins da alínea “d” do inciso V do art. 73 da Lei n. 9.504/97, aqueles previstos pelo art. 10 da Lei n. 7.783/89 (Lei da Greve). A contratação deve, ainda, ser necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável do serviço público essencial, ou seja, na hipótese concreta, para justificar a contratação, deve-se caracterizar que a instalação ou o funcionamento do serviço sob comento não pode ser adiada, prorrogada ou, de qualquer forma, preterida. Com efeito, se a instalação ou funcionamento do serviço pode ser, de qualquer modo, protelada, inexistindo na procrastinação prejuízo ao interesse público, o legislador conclui que não precisa ser efetuada no período crítico. Por fim, a par do preenchimento de todos os requisitos mencionados, é necessário e indispensável que haja a prévia (ou seja, antecedente) e expressa (manifesta, terminante,

³⁹ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Consulta n. 1.065. *Op. Cit.*

⁴⁰ Calha trazer a registro, neste sentido, o ensinamento de Antonio Carlos Martins Soares - *Op. Cit.* p.51; e Caramuru Afonso Francisco - *Op. Cit.* p.114.

categorica) autorização do Chefe do Poder Executivo⁴¹, através do respectivo ato normativo fundamentado. Segundo ANTÔNIO CARLOS MARTINS SOARES⁴²:

Tendo presente que cabe à Justiça Eleitoral apreciar a presença dos requisitos a que alude o supramencionado dispositivo, o ato normativo baixado pelo Presidente, Governador ou Prefeito deverá ser fundamentado, com a demonstração explícita de que se trata de serviço público essencial e inadiável. A exigência de ato normativo alcança, também, as prestadoras de serviços terceirizadas.

Por fim, permite a legislação, ainda, no período vedado, a transferência ou remoção *ex officio* de militares, policiais civis e de agentes penitenciários (alínea "e"). A motivação do legislador, *in casu*, esteia-se em razões de segurança pública e soberania nacional, as quais, evidentemente, não podem ficar condicionadas a interesses eleitorais. Tem-se por entendimento sedimentado que a permissão não é extensiva à contratação dos membros das guardas municipais (art. 144, § 8º, da Constituição Federal), os quais não exercem função de polícia judiciária ou policiamento ostensivo. No magistério de CARAMURU AFONSO FRANCISCO⁴³:

[...] o legislador excluiu expressamente a polícia rodoviária federal, a polícia ferroviária federal, as polícias civis e as guardas municipais, que, deste modo, não estão abrangidas pela exceção legal e não podem sofrer modificação em sua estrutura administrativa e nem seus servidores serem removidos ou transferidos durante o período da campanha eleitoral.

A sanção específica para os atos praticados em inobservância ao inciso V do art. 73 da Lei n. 9.504/97 é a nulidade de pleno direito de tais atos, sem prejuízo, por evidente, da aplicação das sanções na esfera eleitoral. Convém, ainda, registrar que o parágrafo único do art. 21 da Lei Complementar n. 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal) dispõe, da mesma forma, que:

[...] é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa

⁴¹ Para o TSE "a autorização referida na alínea "d" do inciso V do art. 73 da Lei n. 9.504/97 deve ser específica para a contratação pretendida e devidamente justificada" e, ainda, "o fato de se tratar de contratação de pessoal para prestar serviços essenciais e inadiáveis não afasta a necessidade de que, no período a que se refere o inciso V do art. 73 da Lei n. 9.504/97, haja expressa autorização por parte do chefe do Executivo". In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 4.248. Rel. Min. Fernando Neves da Silva. 20.05.03. Agravo de instrumento. Agravo regimental. Contratação de pessoal - Art. 73, V, da Lei n. 9.504/97 - Surto de dengue - Serviço essencial e inadiável - Convênio - Assinatura e aditamento - Anterioridade - Pleito - Chefe do Poder Executivo - Autorização - Alínea "d" - Não-ocorrência. 1. [...]. Agravo a que se nega provimento. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.100, 29 ago. 2003. Seção 1.

⁴² *Op. Cit.* p.51/52.

⁴³ *Op. Cit.* p.121.

de pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular respectivo do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20.

VI – NOS TRÊS MESES QUE ANTECEDEM O PLEITO:

O inciso VI do artigo 73 da Lei n. 9.504/97 possui lapso temporal delimitado (três meses antes do pleito); porém, excepcionalmente e em casos específicos, é possível a extensão temporal do lapso de incidência da norma, com o fim de evitar o esvaziamento do dispositivo sob comento, a partir de atos praticados com o evidente e deliberado fim de ludibriar a regra geral, causando prejuízo ao princípio da igualdade de oportunidade entre candidatos, partidos ou coligações.

A) REALIZAR TRANSFERÊNCIA VOLUNTÁRIA DE RECURSOS DA UNIÃO AOS ESTADOS E MUNICÍPIOS, E DOS ESTADOS AOS MUNICÍPIOS, SOB PENA DE NULIDADE DE PLENO DIREITO, RESSALVADOS OS RECURSOS DESTINADOS A CUMPRIR OBRIGAÇÃO FORMAL PREEXISTENTE PARA A EXECUÇÃO DE OBRA OU SERVIÇO EM ANDAMENTO E COM CRONOGRAMA PREFIXADO, E OS DESTINADOS A ATENDER SITUAÇÕES DE EMERGÊNCIA E DE CALAMIDADE PÚBLICA.

O dispositivo decorre do reconhecimento expresso do sistema de arrecadação tributária existente na Constituição Federal, que se caracteriza pela concentração de recursos na União em detrimento dos entes públicos das demais esferas. Trata-se de norma que visa a obstaculizar, no período próximo à realização do pleito, a proliferação de repasse de verbas públicas a simpatizantes políticos da mesma agremiação partidária em prejuízo de seus opositores. Em verdade, pretende-se, ao máximo, diminuir a esfera de discricionariedade na liberação de verbas públicas não-obrigatórias por lei, já que, habitualmente, constata-se que a transferência de tais valores – e a conseqüente materialização de obra ou serviço à comunidade beneficiada – acarreta inequívoco bônus eleitoral ao administrador público. Daí, portanto, a regra que veda, nos três meses antes da eleição, a transferência voluntária de recursos entre os entes da federação; excepciona-se, porém, os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para a execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado e, ainda, os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública. PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS⁴⁴ observa

⁴⁴ *Op. Cit.* p.70.

que, através do preceito:

[...] opõe-se o legislador à transferência de verbas que, podendo ser momentaneamente dispensada, possa refletir, por via oblíqua, na vontade do eleitor quando do seu comparecimento às urnas, propelida a votação por uma administração que se lhe exhibe eficiente em tempo importante.

Transferência voluntária⁴⁵, para o dispositivo legal, é, *a contrario sensu*, toda aquela que não decorre de determinação legal (constitucional ou não) ou judiciária. Não importa o instrumento jurídico que prevê a transferência de recursos (v.g., por contrato, convênio, consórcio); inexistindo determinação legal ou judicial que ampare a transferência e não comprovada a incidência da exceção legal, caracteriza-se a conduta vedada, ressalvando-se, no entanto, que o TSE já entendeu pela descaracterização da vedação sob comento quando o recurso é voluntariamente transferido à pessoa jurídica de direito privado.⁴⁶

O art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000) traz o conceito de transferência voluntária e estabelece, no parágrafo 1º, os requisitos respectivos. Segundo predita lei:

[...] entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos cor-

⁴⁵ No ensinamento de Caramuru Afonso Francisco: “[...] Estas transferências, a qualquer título, que foram vedadas são as transferências voluntárias, ou seja, aquelas que não decorrem de normas que determinam a repartição das receitas tributárias, transferências estas que são impostas por lei e que, portanto, não são fruto de uma discricção da autoridade nem de uma opção do governante. Devem ser entendidas aqui como transferências voluntárias todas aquelas que não decorrem das normas de repartição das receitas tributárias, que se encontram previstas nos arts. 157 a 162 da Constituição da República, e em algumas outras regras contidas nas Disposições Constitucionais Transitórias [...]. Salvo esta repartição das receitas tributárias, entendemos que todas as demais transferências estão vedadas a partir dos três meses antes do pleito, ainda que previstos em instrumentos contratuais ou até atos normativos instituídos por programas, planos ou projetos que decorrem de uma opção do governante, não de uma imposição constitucional ou de natureza constitucional (leis complementares ou regulamentares da Constituição)”. In: *Op. Cit.* p.126/127.

Em sentido similar, embora mais completo porque abrange a transferência de recurso oriunda de determinação judicial, Pedro Henrique Távora Niess observa que: “Não são voluntárias, mas necessárias, as transferências de recurso constitucional ou legalmente impostas, ou as determinadas pelo Judiciário e aquelas que visam a atender situações de emergência e de calamidade pública”. In: *Op. Cit.* p.71.

⁴⁶ O TSE já decidiu que “a transferência de recursos do governo estadual a comunidades carentes de diversos municípios não caracteriza violação ao art. 73, VI, a, da Lei n. 9.504/97, porquanto os destinatários são associações, pessoas jurídicas de direito privado”, concluindo que “a regra restritiva do art. 73, VI, “a”, da Lei n. 9.504/97 não pode sofrer alargamento por meio de interpretação extensiva de seu texto”. Embora as razões do julgado, convém registrar que tal interpretação permite que o chefe do Poder Executivo da municipalidade beneficiada, valendo-se do aparente vazio legislativo, angarie incalculável vantagem eleitoral, sob o argumento de que intercedeu na liberação das verbas para os beneficiários. Assim, caso prevaleça a interpretação dada pela Corte Superior, incumbirá aos prejudicados eleitoralmente com a liberação da verba, dentro da dialética da campanha eleitoral, demonstrar a realidade dos fatos, sem embargo da reconhecer-se como consumado, e praticamente irrecuperável, o prejuízo eleitoral causado pelo aporte dos recursos, ainda mais quando o número de beneficiados é expressivo dentro do colégio de votantes. Portanto, entende-se que a interpretação do TSE deve receber alargamento, para incluir na vedação, igualmente, pessoas jurídicas de direitos privado, mormente quando comprovada vinculação destas com o ente público municipal, sob pena de restar malferido o princípio da igualdade de oportunidade entre os candidatos. In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Reclamação n. 266. Rel. Min. Carlos Mário da Silva Velloso. 09.12.04. Eleitoral. Agravo Regimental. Reclamação. Liminar indeferida. Conduta vedada. Transferência voluntária de recursos dos estados aos municípios. Art. 73, VI, “a”, da Lei n. 9.504/97. Violação à decisão na Consulta-TSE n. 1.062. Não-configuração. Improcedência. 1- [...]. 2- [...] (Ac. n. 16.040, rel. Min. Costa Porto). 3- Agravo regimental não provido. 4- Reclamação julgada improcedente. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, v.1, p.115, 04 mar. 2005. Seção 1.

rentes ou de capital o outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação legal, constitucional ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

Portanto, como assevera HELY LOPES MEIRELLES⁴⁷:

[...] estão fora do conceito [de transferência voluntária], portanto, as transferências efetuadas com base nas normas constitucionais que disciplinam a repartição das receitas tributárias (arts. 157-162) e os recursos destinados à seguridade social, inclusive os destinados ao SUS.

Duas são as exceções à proibição de transferência voluntária: os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para a execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado e, ainda, os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública.

É possível, portanto, dentro do prazo de três meses antes da eleição, a transferência voluntária de recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para a execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado. Obrigação formal é aquela contraída dentro do regramento legal, em observância ao disposto na Lei n. 4.320/64 e na Lei n. 8.666/93. A preexistência, *in casu*, significa anterioridade ao período vedado (três meses antes do pleito). Da mesma forma, a obra ou o serviço, para o qual o recurso está sendo destinado, já deve estar em andamento, inclusive com todo o cronograma prefixado. Obra ou serviço em andamento significa aquela já fisicamente iniciada, mas ainda não concluída. Não prescinde, pois, a ressalva legal, do início de fato da obra ou serviço⁴⁸. Acrescente-se, ainda, que todos os três requisitos (obrigação

⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.245.

⁴⁸ Nos termos do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes: "[...] para atrair a ressalva contida no art. 73, VI, "a", não basta a mera celebração do convênio ou a formalização dos procedimentos preliminares; é indispensável a sua efetiva execução física antes do início do período da vedação.". In: TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 25.324. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. 07.02.06. Art. 73, VI, "a", da Lei n. 9.504/97. Convênio celebrado com o governo do estado para a pavimentação de ruas e construção de casas populares. Transferência voluntária de recursos no período vedado, destinados à execução de obra fisicamente iniciada nos três meses que antecedem o pleito. Resolução-TSE n. 21.878, de 2004. À União e aos Estados é vedada a transferência voluntária de recursos até que ocorram as eleições municipais, ainda que resultantes de convênio ou outra obrigação preexistente, quando não se destinem à execução de obras ou serviços já iniciados fisicamente. Recursos Especiais desprovidos. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.126, 17 fev. 2006. Seção 1.

A correta amplitude da vedação foi profundamente analisada em consulta, através de despacho do então Presidente do TSE, Ministro Sepúlveda Pertence, referendado, após, pelo Pleno. Em síntese, o Ministro Pertence afastou o parecer do Consultor-Geral da União que – sob a premissa de que fundamental é a "existência formal do convênio ou contrato até noventa dias antes da eleição", pois, assim, "todos os requisitos legais e formais anteriores à obra ou serviço estão atendidos", sendo "a execução da obra ou serviço é no mínimo uma consequência administrativamente necessária, lógica e tão legítima como os atos que os determinaram" – aduziu que "obra ou serviço em andamento não é só a que está fisicamente em andamento, mas também a que vai estar, no tempo próprio e na forma compatível, em execução conforme as praxes e costumes da época e da natureza respectiva". Partindo da necessidade de uma "interpretação da legislação eleitoral à vista da significação dos fatos no seu campo normativo específico", o Ministro Pertence referiu que: "não se pode abstrair, na inteligência da vedação legal a interpretar, de um dado da experiência comum: os momentos culminantes de impacto eleitoral da realização de uma obra pública é, antes de sua inauguração - também objeto de preocupação da lei (Art. 77) -

formal preexistente; execução de obra ou serviço em andamento; cronograma prefixado) devem estar, de modo concomitante, presentes, a fim de caracterizar a ressalva à regra geral.⁴⁹

A outra exceção legal – permissiva da transferência voluntária de recursos no período glosado – consiste na destinação de recursos destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública. Por evidente, tanto a situação de emergência como a de calamidade pública devem ser devidamente reconhecidas pela autoridade competente, à qual incumbe observar todos os requisitos legais exigíveis à espécie para a correta caracterização da situação excepcional⁵⁰. Não é possível, porém, ainda que sob o pretexto da ocorrência de situação de emergência, que o administrador público pratique excesso na distribuição de recursos oriundos da transferência voluntária, sob pena de quebra da isonomia entre os participantes do prélio. Assim, é vedado ao administra-

o do começo da percepção física da execução da obra. Para o eleitor comum, não são os trâmites burocráticos que necessariamente a precedem, mas o início da construção que faz visível a concretização do empreendimento governamental e aguça a expectativa dos benefícios que a sua conclusão possa trazer ao público: é a partir daí que se tem uma, como é da linguagem cotidiana uma "obra em andamento". Esse valor simbólico do começo efetivo da construção da obra que dá a medida do seu impacto eleitoral - é que a lei veda seja propiciado, na antevéspera dos pleitos, locais, por transferências voluntárias de verbas públicas das entidades maiores da Federação." Prosseguiu, ainda, o Ministro Pertence: "[...] é preciso convir em que a interpretação que restringe às obras cuja execução física esteja "em andamento" a possibilidade de transferências voluntárias de verbas federais ou estaduais ao municípios, no período eleitoral, não constitui demasia capaz de desarticular ou frustrar o desenvolvimento de toda a administração pública. Cuida-se, afinal, de apenas um trimestre de vigência da proibição, da qual, por outro lado, se ressalva a transferência de recursos "destinados a atender situações de emergências e de calamidade pública". De sua vez, a vedação não compreende a celebração de novos convênios, mas apenas a transferência efetiva dos recursos. Certo, da observância da proibição legal, somada à proximidade do término do mandato dos prefeitos, pode resultar que um convênio firmado com correligionários de fé somente venha a ser executado com adversários jurados: a eventualidade, contudo, homenageia a impessoalidade da administração, o que faz bem à República.". Então, concluiu o Ministro: "De tudo, *ad referendum* do Tribunal, respondo negativamente à consulta para assentar que, por força do disposto no art. 73, VI, "a", da L. 9504/97, é vedado à União e aos Estados, até as eleições municipais, a transferência voluntária de recursos aos Municípios - ainda que constitua objeto de convênio ou de qualquer outra obrigação preexistente ao período - quando não se destinem à execução já fisicamente iniciada de obras ou serviços, ressalvadas unicamente as hipóteses em que se faça necessária para atender a situação de emergência ou de calamidade pública.". In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Consulta n. 1.062. Resolução n. 21.878. Rel. Min. Carlos Mário da Silva Velloso. 12.08.04. Consulta. Eleições 2004. Impossibilidade de transferência de recursos entre entes federados para execução de obra ou serviço que não esteja em andamento nos três meses que antecedem o pleito. Incidência da vedação do art. 73, VI, "a", da Lei n. 9.504/97. Decisão referendada pela corte. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.76, 16 set. 2004. Seção 1.

⁴⁹ Como bem observa Caramuru Afonso Francisco: "Todavia, observe-se que o legislador fala em obra ou serviço em andamento, com cronograma prefixado, ou seja, impossível será iniciar-se obras ou serviços no período dos três meses que antecedem ao pleito, ainda que tal tenha sido contratado ou firmado antes do prazo, pois tal contrato ou estipulação serão nulos de pleno direito. O que se está a proteger é a continuidade do serviço público e não abrir uma brecha para o início de obras e serviços no período eleitoral [...]. Prossegue, com razão, referido doutrinador: "Outra exigência para que se possa fazer a transferência é a de que haja cronograma prefixado, ou seja, que o instrumento contratual, o programa, o projeto, o convênio prevejam, com clareza, o repasse de recursos dentro do período eleitoral. Prefixado quer dizer fixado com antecedência e esta fixação deve ter sido feita antes do período de três meses antes do pleito.". E, a seguir, conclui: "[...] qualquer orientação que tenha sido efetuada por um governo no sentido de, no ano da eleição, estabelecer de forma generalizada a fixação de repasses de recursos a determinados governantes a ele politicamente alinhados no período dos três meses antecedentes ao pleito configurará desvio do poder de autoridade e, como tal, poderá ser alvo de nulificação tanto no campo do direito administrativo como do direito eleitoral.". In: **Op. Cit.** p.127/128.

⁵⁰ Nas palavras de Caramuru Francisco Afonso: "[...] para que a transferência se possa fazer, mister se faz que as regras existentes sobre defesa civil tenham sido observadas, com a regular instauração do estado de calamidade pública, somente após o que se poderão tratar de repasses de recursos". Acrescentando, ainda, que "[...] mister se faz considerar que o encaminhamento dos recursos se faça para a região atingida de forma equânime e dentro dos princípios da igualdade, para que não se caracterize o desvio do poder de autoridade, caso se verifique que a ajuda é mais célere e efetiva aos governantes politicamente alinhados em detrimento dos adversários políticos". In: **Op. Cit.** p.129.

dor, ainda que caracterizada a hipótese legal de calamidade pública, realizar a transferência de recursos em valores superiores aos que seriam necessários para sofrear a situação excepcional, na medida em que, do mesmo modo, restaria frustrada a igualdade de oportunidade entre os candidatos em período crítico, o que é terminantemente proibido pela legislação eleitoral.

A par das sanções tipicamente eleitorais, a norma sob comento prevê, como efeito específico da conduta vedada do inciso VI, alínea “b”, a nulidade de pleno direito do ato realizado.

B) COM EXCEÇÃO DA PROPAGANDA DE PRODUTOS E SERVIÇOS QUE TENHAM CONCORRÊNCIA NO MERCADO, AUTORIZAR PUBLICIDADE INSTITUCIONAL DOS ATOS, PROGRAMAS, OBRAS, SERVIÇOS E CAMPANHAS DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS OU DAS RESPECTIVAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA, SALVO EM CASO DE GRAVE E URGENTE NECESSIDADE PÚBLICA, ASSIM RECONHECIDA PELA JUSTIÇA ELEITORAL.

A norma analisada, em síntese, proíbe, no prazo previsto pela legislação eleitoral, a autorização de propaganda institucional, ressalvados aqueles produtos e serviços que tenham concorrência no mercado e os casos de grave e urgente necessidade pública, devidamente reconhecida pela Justiça Eleitoral. Como explicita a própria norma legal, a vedação à publicidade institucional incide nos três meses que antecedem o pleito.

De início, importa estabelecer uma correta compreensão do que caracteriza a publicidade ou propaganda institucional para, após, apontar as exceções da vedação legal, e, ainda, as conseqüências da violação das normas previstas na Lei das Eleições e na Constituição Federal. O legislador constitucional estabeleceu que:

[...] 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 de servidores públicos (§1º do art. 37 da Constituição Federal).

Não há como negar à Administração Pública, como gênero, a divulgação de suas atividades de governo, até mesmo como consectário do princípio constitucional da publicidade, inserto no *caput* do art. 37 da Carta Republicana. É, pois, a propaganda institucional – a par de um direito do cidadão (de ser informado acerca da aplicação dos recursos públicos arrecadados) – uma forma de expressão do princípio da publicidade dos atos da Administração Pública, não obstante aquela divulgação tenha de, necessariamente, observar determinados

limites. Com efeito, a fim de evitar o abuso e a distorção da liberdade de comunicação dada aos entes públicos, foram estabelecidos limites legais para impedir que o personalismo do agente público sobreponha-se ao caráter informativo, educativo ou de orientação social que deve constar da publicidade a ser divulgada. Veda-se, em suma, a violação ao princípio da impessoalidade⁵¹; ou, na forma escolhida pelo legislador constitucional, na propaganda institucional não podem constar “nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou de servidores públicos”.

Parece evidente que o legislador constituinte erigiu o direito à informação das atividades de governos à categoria de interesse público dos próprios administrados. Estes têm o dever de exigir transparência e retidão do administrador público, o que importa conceber uma concepção de propaganda institucional adstrita aos seus limites legais, sem transbordar para atos que denotem promoção pessoal, seja de autoridade ou grupo exercente ou vinculado ao poder. O desiderato do legislador constitucional, ao consagrar o princípio da impessoalidade, é vedar a utilização na propaganda institucional, ainda que de modo indireto ou sub-reptício, de promoção pessoal tanto de autoridade ou servidor como de grupo (partido político, associação, sociedade, sindicato, etc.) que exerça, ou tenha relação de afinidade, com o poder governamental.

Para ser válida, pois, a publicidade institucional deve agregar, ao interesse público, o caráter educativo, informativo ou de orientação social. JUDITH MARTINS COSTA, em parecer exarado junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (Parecer Coletivo n. 05/90⁵², acolhido pelo Tribunal Pleno em 09.05.1990), após asseverar que o desvio de finalidade da publicidade institucional é “vício de caráter objetivo, pouco importando, pois, a intenção do agente, se agiu de boa ou má-fé”, explica que a divulgação tem caráter educativo:

[...] quando servir à educação ou formação da comunidade. Por exemplo, a que esclarecer sobre perigos de doenças, campanhas de aleitamento materno, ou, ainda, sobre o exercício do direito ao voto, o zelo

⁵¹ Para José Afonso da Silva: “O princípio ou regra da impessoalidade da Administração Pública significa que os atos e providimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário. Este é um mero agente da Administração Pública, de sorte que ele não é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que manifesta a vontade estatal. [...] Logo, as realizações da administrativo-governamentais não são do funcionário ou autoridade, mas da entidade pública em nome de que as produzira. A própria Constituição dá uma consequência expressa a essa regra, quando, no § 1º do art. 37, proíbe que conste nome, símbolo ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos em publicidades de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos”. In: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p.570.

⁵² TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Parecer Coletivo n. 05. Rel. Dra. Judith Martins Costa. 09.05.90. Consulta. Limites constitucionais à divulgação de obras, atos, serviços ou campanhas do Poder Público. Discernimento entre publicidade e propaganda. Hipóteses de vedação constitucional. Responsabilidade do administrador público. Princípios informadores da ação administrativa. Disponível em <www.tce.rs.gov.br/Pareceres_ASC/Pareceres_ate_96/index.php> Acesso em 20 fev. 2008.

com os equipamentos públicos, entre outras de semelhante caráter. Terá caráter informativo quando a sua finalidade for a de informar⁵³ a população, exemplificativamente, sobre um serviço que é posto à sua disposição, ou uma obra que lhe será de utilidade, ou uma campanha realizada em benefício da própria comunidade. Aí se incluem, também, as campanhas para a divulgação de produtos do município ou Estado (v.g., a 'Festas da Maçã, da Uva, Pêssego, Vinho', etc.) ou de incentivo ao turismo, uma vez que essas atividades, além de atraírem divisas, servem também para informar a população de outras regiões acerca de eventos úteis à produção, ao comércio ou ao lazer. Informações úteis à população, portanto. Terá caráter misto, informativo-educativo a transmissão radiofônica de sessões legislativas, desde que devidamente amparada em dotações orçamentárias específicas, não induzir à promoção pessoal de um ou de alguns parlamentares ou partidos, isto é, quando não for direcionada à louvação direta ou indireta de quem quer que seja. Observa-se que, nas comunidades do interior do Estado, notadamente, é de utilidade para a população o acompanhamento, por esta via, dos trabalhos legislativos. Os critérios de moralidade, razoabilidade e utilidade pública, evidentemente, conformarão os limites a que estão adstritos os ordenadores de despesa. À evidência, supõe-se ainda, para a licitude de tal procedimento, a conformidade às normas do Decreto-Lei n. 2.300/86. Terá, por fim, o sentido de orientação social quando o seu objetivo for o de orientar ou conscientizar a população acerca de fatos e/ou valores relevantes para a comunidade. Assim, v.g., a cidadania, as liberdades públicas, o direito ao voto, ao patriotismo.

Neste passo, ainda, extrai-se excerto de voto do Ministro Octávio Galloti⁵⁴, que demonstra a diretriz interpretativa que baliza o respeito ao princípio da impessoalidade: "o conteúdo educativo, informativo ou de orientação social há de ter como alvo a utilidade e o proveito da comunidade, não o interesse, mesmo legítimo, do administrador".

A jurisprudência eleitoral tem entendido que é vedada a publicidade institucional, ainda que de forma indireta⁵⁵, e que há necessidade de a publicidade

⁵³ Evidente que a informação prestada sobre o serviço posto à disposição, sob o pretexto de divulgação de publicidade institucional, ainda que praticada antes do período glosado, não pode incidir na vedação prevista no inciso IV do art. 73 da Lei n. 9.504/97.

⁵⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 208.114. Rel. Min. Octavio Gallotti. 18.04.00. Ação popular. Publicação custeada pela Prefeitura de São Paulo. Ausência de conteúdo educativo, informativo ou orientação social que tivesse como alvo a utilidade da população, de modo a não se ter o acórdão recorrido como ofensivo ao disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal. Recurso extraordinário de que, em consequência, por maioria, não se conhece. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.73, 25 ago. 2000.

⁵⁵ Para o TSE "a norma do art. 73, VI, "b", da Lei n. 9.504/97 veda toda e qualquer publicidade institucional nos três meses anteriores à eleição, ainda que realizada de forma indireta, excetuando-se apenas a propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado e os casos de grave e urgente necessidade pública reconhecida pela Justiça Eleitoral, o que visa evitar sejam favorecidas aquelas autoridades ou servidores públicos que estejam em campanha eleitoral, provocando uma injustificada desigualdade entre os candidatos e comprometeria a lisura do pleito", concluindo que "a mencionada regra proibitiva não admite publicidade institucional, ainda que realizada sem ofensa ao art. 37, § 1º, da

ser custeada pelos cofres públicos⁵⁶ para a caracterização da propaganda institucional. No entanto, em determinado caso concreto, o TSE⁵⁷ entendeu não caracterizada a conduta vedada, em face da distinção entre propaganda institucional e propaganda turística, ainda que custeada pelos cofres públicos e veiculada em período vedado.

Constituição Federal". In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 21.171. Rel. Min. Fernando Neves da Silva. 17.06.04. Representação. Evento. Município. Convites. Menção. Apoio. Governo estadual. Contrapartida. Show artístico. Contratação. Publicidade institucional indireta. Conduta vedada. Art. 73, VI, "b", da Lei n. 9.504/97. Infringência. Multa. Dissenso jurisprudencial. Não-configuração. Reexame de matéria fática. Impossibilidade. Prequestionamento. Ausência. 1. A exceção estabelecida no art. 73, § 3º, da Lei n. 9.504/97 expressamente preceitua que as condutas explicitadas se aplicam aos agentes públicos das esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa. [...] ou seja, mesmo que tenha exclusivo caráter educativo, informativo ou de orientação social. Recurso especial parcialmente conhecido, mas improvido. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.163, 06 ago. 2004. Seção 1.

⁵⁶ Decidiu a Corte Superior que "a conduta vedada prevista no art. 73, inciso VI, letra "b", da Lei n. 9.504/97, somente se caracteriza nas hipóteses de publicidade institucional, o que implica necessariamente dispêndio de recursos públicos autorizado por agentes públicos." In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo de Instrumento n. 5.565. Rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. 21.06.05. Agravo de Instrumento. Recurso Especial. Representação. Conduta vedada. Art. 73, inciso VI, letra "b", da Lei n. 9.504/97. Publicidade institucional. Não-caracterização. Ausência. Ato administrativo. Agente público. Autorização. Presunção. Responsabilidade. Não-comprovação. Dispêndio. Recursos públicos. 1. Não é admissível a cassação de diploma pelo ilícito do art. 73, inciso VI, letra "b", da Lei n. 9.504/97, com fundamento em presunção. 2. Esta Casa já assentou que, para restar caracterizada a infração do art. 73, inciso VI, letra "b", da Lei n. 9.504/97, é necessária a comprovação do ato de autorização de veiculação de publicidade institucional. 3. [...]. 4. Cabe ao autor da representação o ônus da prova tanto do ato de autorização quanto do fato de a publicidade ser custeada pelo Erário, na medida em que se cuida de fatos constitutivos do ilícito eleitoral. 5. Esta Corte Superior, no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 21.320, rel. Min. Luiz Carlos Madeira, de 9.11.2004, decidiu que compete a este Tribunal determinar os termos da execução das suas decisões. Agravo provido. Recurso Especial provido. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.175, 26 ago. 2005. Seção 1.

No mesmo sentido: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 25.120. Rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. 21.06.05. Recurso especial. Conduta vedada. Publicidade institucional. Período proibido. Ausência. Comprovação. Autorização. Presunção. Não-caracterização. Permissão. Necessidade. Demonstração. Dispêndio. Recursos públicos. 1. Para restar demonstrada a responsabilidade do agente público pelo cometimento do ilícito eleitoral instituído pelo art. 73, inciso VI, letra "b", da Lei n. 9.504/97, é indispensável a comprovação de que o suposto autor da infração tenha autorizado a veiculação de publicidade institucional nos três meses que antecedem o pleito, não se podendo presumir a responsabilidade do agente público. 2. A conduta vedada prevista no art. 73, inciso VI, letra "b", da Lei n. 9.504/97, somente se caracteriza nas hipóteses de publicidade institucional, o que implica necessariamente dispêndio de recursos públicos autorizados por agentes públicos. Recurso especial provido. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.152, 19 ago. 2005. Seção 1.

⁵⁷ Interessante precedente, pois, a decisão recentemente externalizada pelo TSE, na qual entendeu que a divulgação, por meio de *folder*, de atrações turísticas do município, sem referência à candidatura do Prefeito à reeleição, não caracteriza-se como propaganda institucional e, assim, pode ser veiculada, mesmo que em período vedado e custeada pelos cofres públicos. In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 25.299. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. 06.12.05. Agravo Regimental. Recurso Especial. Art. 73 da Lei n. 9.504/97. Propaganda institucional. Não-configuração. Divulgação, por meio de *folder*, de atrações turísticas do município, sem referência à candidatura do Prefeito à reeleição. Inexistência de conotação eleitoral. Agravo desprovido. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.170, 03 fev. 2006. Seção 1.

Na hipótese dos autos, foi veiculado *folder*, pelo Município de Capinzal/SC, com pequeno histórico, fotos antigas e de vista aérea, além de informações sobre a altitude, número de habitantes, clima, atividades comerciais do Município, mencionando, ainda, os principais eventos culturais da comunidade, sendo que o juízo *a quo* entendeu que o *folder* requerido caracteriza-se como material publicitário com fins turísticos, não havendo de se cogitar como existente propaganda de atos, programas, obras, serviços e campanhas da atual administração municipal. Concluiu o julgador que sequer a inclusão da logomarca do Município no *folder* caracteriza a infração à norma constitucional. O Min. Relator Gilmar Mendes asseverou: "Não me parece razoável impedir um prefeito candidato à reeleição de dar ciência à comunidade das atrações turísticas do Município, dos serviços postos à sua disposição ou mesmo – se fosse o caso, o que não ocorreu – das realizações da prefeitura. Até porque as atividades desse prefeito não se encerram no período eleitoral; ele nem mesmo está obrigado a afastar-se do cargo. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que não se deve pretender que a ação governamental seja ocultada da população devido a eventuais reflexos eleitorais, hipótese essa que seria inadmissível. O que se pode e deve evitar são os excessos advindos dessa divulgação. Na hipótese dos autos, não houve excesso algum a ser reprimido, pois se tratou de divulgação de atrações turísticas da cidade, sem nenhuma relação com a administração do prefeito eleito. (...)." Em suma, o acórdão traçou distinção entre a propaganda turística – que entendeu permitida – e a propaganda institucional – que é vedada. A distinção efetuada é razoável, desde que, sob o pretexto de divulgação turística, não permita a obtenção

Não obstante a legislação mencione apenas a conduta de autorizar a publicidade institucional, entende-se, por evidente, que a proibição alcança, também, a própria veiculação da publicidade institucional, pois, se é vedado o menos (mera autorização), parece óbvia a vedação do mais (veiculação da publicidade). Neste sentido é o entendimento francamente majoritário na doutrina⁵⁸ e jurisprudência⁵⁹ especializada, a qual aduz, ainda, que o ônus da prova da autorização da publicidade institucional incumbe ao autor da representação.⁶⁰

A norma sob comento é aplicável, por força de expressa previsão legal, aos “órgãos públicos ou das respectivas entidades da administração indireta”, ou seja, veda-se a publicidade institucional, nos três meses antes do pleito, tanto à administração direta, quanto à administração indireta.⁶¹

de bônus eleitoral, com a inclusão de slogan, na propaganda veiculada, que personalize, ou de qualquer modo identifique, o administrador público, em prejuízo aos demais concorrentes ao pleito.

⁵⁸ Segundo o magistério de Olivar Coneglian: “O texto se refere a ‘autorizar’. Pode parecer, na primeira leitura, que a autorização não pode ser dada nos três meses que antecedem a eleição, mas a própria publicidade poderia ser feita neste período, desde que a autorização tivesse ocorrido antes disso. Engano. O objetivo da lei foi coibir a propaganda institucional ou oficial no período de três meses anterior à eleição. Dessa forma, nem a autorização, nem a própria propaganda podem ocorrer nesse período. Proceder à autorização com antecedência, para propaganda a se realizar na véspera ou às portas do pleito, é burlar a lei e ofender o objetivo da norma proibitiva. Aliás, a própria exceção final (propaganda urgente e necessária com a chancela da Justiça Eleitoral) mostra, justamente, que a proibição atinge a própria propaganda, e não apenas a sua autorização. Se se pudesse autorizar antes do prazo, para fazer propaganda depois, a exceção não teria razão de ser.” In: CONEGLIAN, Olivar. **Propaganda eleitoral** – de acordo com o Código Eleitoral e a Lei n. 9.504/97. 6.ed. São Paulo: Juruá, 2004. p.81/82.

⁵⁹ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 21.106. Rel. Min. Fernando Neves da Silva. 08.05.03. Recursos especiais. Representação. Propaganda institucional veiculada em período vedado. Art. 73, VI, “b”, da Lei n. 9.504/97. 1. O art. 73, VI, “b”, da Lei n. 9.504/97 veda a veiculação de propaganda institucional nos três meses anteriores ao pleito, mesmo que tenha sido autorizada antes deste período. Precedentes da Corte. 2. Para a imposição da multa do art. 73, § 8º, da Lei n. 9.504/97, é imperioso que o candidato tenha sido efetivamente beneficiado pela propaganda ilegal. 3. Primeiro recurso especial não conhecido. Segundo recurso especial conhecido e provido. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.286, 01 ago. 2003. Seção 1.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 25.096. Rel. Min. Luiz Carlos Lopes Madeira. 09.08.05. Recurso Especial. Conduta vedada (art. 73, VI, “b”, Lei n. 9.504/97). Para que se configure a conduta vedada no art. 73, VI, “b”, da Lei n. 9.504/97, basta a veiculação da propaganda institucional nos três meses anteriores ao pleito, independentemente de a autorização ter sido concedida ou não nesse período. Não se verifica a divergência jurisprudencial quando o entendimento constante dos acórdãos paradigmas já se encontra superado. Recurso Especial conhecido e desprovido. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.173, 16 set. 2005. Seção 1.

No mesmo sentido:

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo de Instrumento n. 4.365. Rel. Min. Ellen Gracie Northfleet. 16.12.03. Agravo de Instrumento. Art. 73, VI, “b”, da Lei n. 9.504/97. Autorização e veiculação de propaganda institucional. Basta a veiculação de propaganda institucional nos três meses anteriores ao pleito para que se configure a conduta vedada no art. 73, VI, “b”, da Lei n. 9.504/97, independentemente de a autorização ter sido concedida ou não nesse período. Porém, em se tratando de placas referentes a obras, é necessário que se tenha a comprovação da responsabilidade efetiva do candidato para que lhe seja aplicável a pena pecuniária (art. 73, § 4º, da Lei n. 9.504/97). Precedentes. Provedimento do agravo para que subam os autos principais. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.94, 13 fev. 2004. Seção 1.

⁶⁰ Segundo o TSE: “cabe ao autor da representação o ônus da prova tanto do ato de autorização quanto do fato de a publicidade ser custeada pelo Erário, na medida em que se cuida de fatos constitutivos do ilícito eleitoral. [...] Agravo provido. Recurso Especial provido.” In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo de Instrumento n. 5.565. *Op. Cit.*

⁶¹ Para Caramuru Afonso Francisco: “[...] a proibição abarca tanto a administração direta quanto a indireta, estando incluída nesta noção não só as autarquias, as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as fundações públicas, como também todas as concessionárias ou permissionárias de serviços públicos bem assim eventuais empresas que estejam a prestar serviços terceirizados a estas entidades [...]”. In: **Op. Cit.** p.130.

Na lição de Diogenes Gasparini, a administração indireta ou descentralização administrativa poder ocorrer com a transferência da titularidade e da execução do serviço público da Administração Pública competente para uma pessoa jurídica de direito público, especialmente criada pelo Estado para este fim (caso das autarquias e da fundação pública) ou com o trespasse do simples desempenho ou mera execução do serviço público da Administração Pública competente para uma pessoa jurídica de direito privado, criada por particular (sociedade civil, comercial, industrial), que assumirá a posição de

O c. TSE⁶² tem entendido, ainda, que é possível – e, assim, não configura conduta vedada aos agentes públicos – a manutenção de placas colocadas anteriormente ao período proscrito; porém, ressalva a Corte Superior que a permanência das placas em período vedado somente é possível se nelas não constarem expressões que possam identificar autoridades, servidores ou administrações cujos dirigentes estejam em campanha eleitoral.

A vedação sob comento é restrita à circunscrição cujos mandatos estejam sob disputa, consoante disposição expressa do § 3º do art. 73 da Lei n. 9.504/97; logo, possível, em tese⁶³, a publicidade institucional no âmbito municipal,

concessionária ou permissionária, ou instituída pelo Estado (empresa pública, sociedade de economia mista), que assumirá a posição de delegatária. In: *Op. Cit.* p.280/281.

⁶² Assim, v.g., decidiu-se admissível: “[...] a manutenção de placas de obras públicas colocadas anteriormente ao período previsto no art. 73, VI, “b”, da Lei das Eleições, desde que delas não constem expressões que possam identificar autoridades, servidores ou administrações cujos dirigentes estejam em campanha eleitoral. Precedentes. [...]” In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 24.722. Rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. 09.11.04. Representação. Art. 73, VI, “b”, da Lei n. 9.504/97. Prefeito. Candidato a reeleição. Placas. Divulgação. Obras e serviços da municipalidade. Veiculação. Momento anterior. Período vedado. Infração. Não-configuração. 1. Não procede a alegação de perda de objeto de recurso ao fundamento de que, em sede de representação, somente poderia ser decretada a cassação do registro caso a decisão condenatória fosse proferida até a proclamação dos eleitos, na medida em que o art. 73 da Lei n. 9.504/97 possui expressa previsão de cassação tanto do registro como do diploma, nos termos do respectivo § 5º desse dispositivo, não se aplicando o que decidido pela Casa no Acórdão n. 4.548. 2. O Tribunal tem admitido a manutenção de placas de obras públicas colocadas anteriormente ao período previsto no art. 73, VI, “b”, da Lei das Eleições, desde que delas não constem expressões que possam identificar autoridades, servidores ou administrações cujos dirigentes estejam em campanha eleitoral. Precedentes. 3. Considerando as circunstâncias postas no acórdão regional, não há como pressupor que a propaganda institucional veiculada em momento anterior ao período vedado, conforme reconheceu a instância ad quem, e durante ele mantida configure a conduta tipificada no art. 73, VI, “b”, da Lei n. 9.504/97. In: *Revista de Jurisprudência do TSE*, v.16, T.1, p.300.

No mesmo sentido:

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 19.326. Rel. Min. José Paulo Sepúlveda Pertence. 16.08.01. Propaganda institucional em período vedado (Lei 9.504/97, art. 73, § 4º) - Mensagens intermitentes, colocadas em relógios eletrônicos instalados em pontos de grande convergência de público. 1. Incontroverso o fato de que foram veiculadas mensagens alusivas à ação administrativa da Prefeitura em momento anterior à vedação, legal dos três meses que antecedem o pleito. 2. A permanência de placas em obras públicas, antes do período vedado, é admissível, desde que delas não constem expressões que possam identificar autoridades, servidores ou administrações cujos dirigentes estejam em campanha eleitoral (Precedentes: Representação 57 e Recurso Especial 19.323). 3. Recurso especial conhecido e provido. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, v.1, p.140, 05 out. 2001. Seção 1.

Nesta senda, cumpre consignar o entendimento de Olivar Coneglian, para quem: “[...] a administração pública não precisa retirar placas permanentes de obras. Assim, se o município (em processo de eleição municipal) está construindo uma escola em cujo tapume se exhibe uma placa com referência à mesma obra, essa placa não precisa ser retirada no período da vedação. Não se admite, porém, a colocação de uma placa nova nesse período, mesmo que a obra tenha sido iniciada nesse tempo”. No entanto, considerando o entendimento externalizado pelo TSE, a praxe tem sido a colocação de faixas impedindo que seja visualizada qualquer expressão ou slogan que possa identificar autoridades, servidores ou administrações cujos dirigentes estejam em campanha eleitoral. In: *Op. Cit.* p.83.

⁶³ A colocação de que, “em tese”, é possível a publicidade pelo Município quando da realização das eleições gerais justifica-se. Com efeito, por vezes, diante de circunstâncias concretas, pode ser extremamente condenável – e, pois, vedada – a veiculação de publicidade institucional, no período glosado, realizada pelo Município quando da eleição geral. Tome-se como exemplo, hipoteticamente, que em determinado Município – cujo mandatário é filiado a partido político idêntico ao do Presidente da República ou Governador do Estado –, às vésperas do pleito (no período vedado), passe a divulgar, sistematicamente e por toda a extensão geográfica, publicidade institucional municipal, contendo, porém, a menção expressa de que as obras locais foram financiadas pelo governo estadual ou federal. Nesta hipótese, pois, entende-se que o intérprete não pode ser ingênuo, de modo a admitir que possa o administrador, aproveitando-se de lacuna legal, burlar a lei, realizando publicidade institucional de modo indireto; sobreleva-se, no caso concreto, que o indiscriminado elogio, ainda que indireto, realizado por administrador, vinculado partidária e ideologicamente a administrador de esfera distinta, não possa servir como subterfúgio ao descumprimento da lei. Não é outro, aliás, o entendimento de Thales Tácito, que observa: “[...] é de se frisar que a propaganda institucional irregular da União e dos Estados poderá configurar propaganda eleitoral indireta no âmbito dos Municípios se os governantes daqueles entes estiverem aberta e notoriamente apoiando determinados candidatos no pleito municipal.” In: *Op. Cit.* p.798.

quando da realização das eleições gerais; possível a publicidade na esfera estadual e federal, em época de eleições municipais.

Possibilita, a legislação eleitoral, a veiculação de publicidade institucional, dentro dos três meses que antecedem ao pleito, em duas situações específicas: produtos e serviços que tenham concorrência no mercado⁶⁴ e nos casos de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral. Nesta última hipótese (“grave e urgente necessidade pública”), será lícita a publicidade somente quando haja autorização prévia⁶⁵ da Justiça Eleitoral, a qual reconhece, com antecedência, a grave e urgente necessidade pública. Ou seja, o interessado na veiculação da publicidade institucional submete o pedido ao Poder Judiciário e busca licença para divulgá-la; no entanto, incumbe ao petionário a prova da “grave e urgente necessidade pública.”

Importante ressaltar: a regra geral, consagrada na alínea “b” do inciso VI do art. 73 da Lei n. 9.504/97, é a vedação ampla e irrestrita à propaganda institucional⁶⁶. Neste sentido, é desnecessário qualquer cotejo com eventual influência no pleito ou, mesmo, com qualquer interesse ou reflexo da publicidade no processo eleitoral. A norma é clara: excepciona-se, de modo abrangente, o princípio da ampla publicidade. De outra parte, o interessado em veicular a publicidade institucional deve provar, de modo irrefutável, a incidência de “grave e urgente necessidade pública”. Incumbe à Justiça Eleitoral analisar, apenas, se ocorre, ou não, a hipótese de “grave e urgente necessidade pública”. Não é possível, assim, à Justiça Eleitoral – que tem a atribuição de autorizar o pedido – supor ou imaginar que, em regra, é permitida a divulgação de propaganda

⁶⁴ Na dicção de Caramuru Afonso Francisco são, exemplificativamente, produtos e serviços que tem concorrência no mercado, os “produtos bancários ou financeiros, combustíveis e outros derivados do petróleo, serviços de telecomunicação e outros”; no entanto, convém repisar que somente aqueles produtos e serviços que tenham concorrência no mercado (v.g., Banco do Estado do Rio Grande do Sul, Petrobrás) é que são exceção à vedação legal. In: *Op. Cit.* p.130.

⁶⁵ Pedro Henrique Távora Niess traz raciocínio interessante: “Havendo grave e urgente necessidade, a publicidade poderá ser autorizada pelo agente público competente. A gravidade e a urgência da necessidade permitem a comunicação imediata, mas não se tem por caracterizadas essas qualificações senão após o pronunciamento da Justiça Eleitoral que, provocada, deverá sobre o assunto manifestar-se sem demora. Embora recomendável a consulta prévia, nenhum inconveniente motiva o reconhecimento posterior da legalidade do ato, ficando o agente pressuroso sujeito às sanções cabíveis quando não aprovada a medida que tomou (art. 73, §§4º a 8º e art. s. 74 e 78), com repercussão nas agremiações e candidatos beneficiados (§§8º e 9º). Frise-se, contudo, mais uma vez, que a lei não coloca a autorização da Justiça como pressuposto da ilicitude da atuação do agente, o que seria eventualmente incompatível com a necessidade de grave e urgente da propagação: basta que aquela reconheça que a ação deste foi acertada, embora seja melhor que a autorização judicial proceda o ato do administrador, quando possível.”. Convém repisar a parte final do ensinamento do doutrinador paulista, dado que, efetivamente, coaduna-se com o texto legal a prévia autorização para veiculação da publicidade institucional. Com efeito, prevalecendo o entendimento da possibilidade da autorização *a posteriori*, em caso de a Justiça Eleitoral entender que não restou comprovada a existência da ressalva legal (isto é, quando a Justiça Eleitoral entender que não é o caso de grave e urgente necessidade pública), mesmo que se conclua pelo cabimento de restrição por conduta vedada, o infrator pode assumir o risco de papalar a divulgação, já que o desequilíbrio do pleito restará inevitável e não há garantia de que a sanção de cassação do registro ou do diploma será, efetivamente, aplicada, em face de eventual cotejo do princípio da proporcionalidade na aplicação da pena. In: *Op. Cit.* p.72.

⁶⁶ No mesmo sentido, é o magistério de Olivar Coneglian: “A alínea ‘b’ desse inc. VI proíbe toda e qualquer propaganda institucional ou oficial. Essa alínea tem justamente por objetivo inviabilizar a publicidade oficial ou institucional. A meta visada pelo legislador foi colocar um parapeito neste tipo de propaganda no mesmo período de campanha eleitoral”. In: *Op. Cit.* p.81/82.

institucional, desde que não haja influência ou conteúdo eleitoral na propagação pretendida. Como mencionado, o raciocínio é inverso: a vedação à publicidade é ampla e irrestrita, e o interessado deve comprovar a “grave e urgente necessidade pública”; não há espaço – ou discricionariedade – para deferir a autorização da publicidade institucional, sob o argumento de que a veiculação não tem conteúdo eleitoral. Repisa-se: o que é censurado é a veiculação de propaganda institucional (apenas), e não propaganda institucional com reflexo na esfera eleitoral.

A *mens legis* do art. 73, inciso VI, alínea “b”, é suficientemente clara: proíbe-se toda e qualquer propaganda institucional durante o período vedado pela legislação eleitoral. Compreende-se a preocupação do legislador, ainda mais com o instituto da reeleição, na medida em que a desenfreada utilização de publicidade institucional durante o período vedado importa em inegável vantagem àqueles que estão à frente da Administração Pública, importando na quebra do princípio da igualdade em relação aos demais candidatos. Porém, cumpre consignar que o c. TSE⁶⁷ tem decisões que, preconizando o princípio da reserva legal proporcional, vêm esvaziando a aplicabilidade da conduta vedada sob comentário, na medida em que a adoção de tal interpretação importa, ainda que de modo indireto, em um incentivo para a perpetuação de atos abusivos em

⁶⁷ Pode-se citar como exemplo de um certo esvaziamento do art. 73 da Lei n. 9.504/97, o precedente no qual, houve o descerramento de placa, na qual constou o nome do Governador (candidato a reeleição), em inauguração de obra pública, no período vedado, devidamente autorizada pela Justiça Eleitoral, em face da urgência e gravidade do caso. No caso em tela, o Relator Ministro Gilmar Mendes, embora tenha reconhecido a incidência do suporte fático da norma sob comentário, asseverou o art. 73 deve ser compreendido no “contexto de uma reserva legal proporcional, sob pena de violação a outros princípios constitucionais”, concluindo que a intervenção da Justiça Especializada deverá ocorrer de “forma minimalista, com o cuidado para que não haja alteração da própria vontade popular”; no entanto, convém referir que, inobstante as razões expostas pelo eminente Ministro, no julgado em referência foi aplicada, apenas, a sanção pecuniária. In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 4.592. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. 03.11.05. Propaganda institucional. Obra pública. Solenidade de descerramento de placa inaugural com nome do chefe do Executivo local. Ausência de violação ao art. 73, VI, “b”, da Lei n. 9.504/97. Proibições contidas na Lei Eleitoral devem ser entendidas no contexto de uma reserva legal proporcional, sob pena de violação a outros princípios constitucionais. Agravo desprovido. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.142, 09 dez. 2005. Seção 1.

No mesmo sentido, o c. TSE entendeu que a divulgação, no Diário Oficial do Município, de atos meramente administrativos, sem referência a nome, nem divulgação de imagem do candidato à reeleição, não configura o ilícito previsto no art. 73, inciso VI, alínea “b”, da Lei n. 9.504/97. No julgado, o Relator Ministro Gilmar Mendes, embora tenha reconhecido a existência da propaganda institucional em período vedado, concluiu que “não houve engrandecimento dos feitos, nem adjetivação dos fatos, nem referência às eleições vindouras a caracterizar excesso na divulgação dos atos de gestão da Prefeitura – divulgação essa, frise-se, que constitui atividade inerente à função exercida pelo administrador público. Observe-se que sequer houve menção ao nome ou à imagem do então prefeito, mas apenas o relato de fatos ligados à administração. É de se ressaltar que esse fato não representaria nenhum dano às eleições, visto que prefeito nem era candidato.” Sem embargo das judiciosas razões do nobre Ministro do TSE, as argumentações expendidas em seu voto carecem de fundamentação legal e não encontram amparo no ordenamento jurídico brasileiro; ao revés, as razões do voto do Relator vão de encontro de toda doutrina e jurisprudência já consolidada acerca do tema, além de consistir em direta e inequívoca afronta à letra da lei. Ademais, repise-se, eventual cotejo do princípio da proporcionalidade é matéria a ser sopesada quando do sancionamento, e não como forma de evitar a incidência da norma, em um reconhecimento do princípio da insignificância no Direito Eleitoral. In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 25.086. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. 03.11.05. Agravo Regimental. Recurso Especial. Art. 73 da Lei n. 9.504/97. Propaganda Institucional. A divulgação, em Diário Oficial do Município, de atos meramente administrativos, sem referência a nome nem divulgação de imagem do candidato à reeleição, não configura o ilícito previsto no art. 73, VI, “b”, da Lei n. 9.504/97. Observância ao princípio da proporcionalidade. Agravo Regimental desprovido. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.97, 02 dez. 2005. Seção 1.

relação à veiculação de propaganda institucional, com o manifesto desequilíbrio entre os participantes do prélio eleitoral.

Em apertada síntese, a publicidade institucional ilegal, que viola o princípio da impessoalidade (art. 37, §1º, CF), pode configurar, a um só tempo, ato a ser perquirido em ação de improbidade administrativa ou em ação popular, a ser apurado na Justiça Comum (Estadual ou Federal) e, havendo prova da repercussão ou influência na seara eleitoral, pode caracterizar-se como abuso de autoridade (art. 74 da Lei n. 9.504/97), a ser perseguido na forma de investigação judicial eleitoral. De outra parte, mesmo a propaganda institucional dita legal (ou seja, sem violação ao princípio da impessoalidade), se autorizada ou veiculada no período vedado (03 meses antes do pleito), caracteriza-se como conduta vedada e deve ser apurada pela Justiça Eleitoral, através de representação por descumprimento à Lei das Eleições ou, a critério do autor, investigação judicial eleitoral.

C) FAZER PRONUNCIAMENTO EM CADEIA DE RÁDIO E TELEVISÃO FORA DO HORÁRIO ELEITORAL GRATUITO, SALVO QUANDO, A CRITÉRIO DA JUSTIÇA ELEITORAL, SE TRATAR DE MATÉRIA URGENTE, RELEVANTE E CARACTERÍSTICA DAS FUNÇÕES DE GOVERNO.

Caracteriza-se também como conduta vedada aos agentes públicos a realização de pronunciamento em cadeia de rádio e televisão fora do horário eleitoral gratuito, salvo quando, pela situação concreta, a Justiça Eleitoral autorizar tal veiculação, reconhecendo a matéria como urgente, relevante e característica das funções de governo. O pronunciamento em cadeia – seja em rádio ou televisão – consiste em valioso e eficaz meio de comunicação do mandatário com a comunidade representada, configurando-se como necessária ferramenta que assegura o direito à informação da coletividade. Existem situações de relevância ímpar em que o administrador público tem como fundamental a convocação de cadeia de rádio ou televisão para que possa buscar comunicação profícua com seus representados. Entretanto, inquieta-se o legislador com a possibilidade de uso eleitoreiro desta discricionariedade pelo administrador público, causando quebra do princípio igualitário entre os candidatos.

Preocupa-se o legislador, fundamentalmente, em assegurar que o administrador, utilizando-se da prerrogativa de prestar contas à comunidade dos atos de governo, não obtenha, às vésperas da realização do pleito, vantagem de tal privilégio, em detrimento dos demais pretendentes ao mandato eletivo. A regra, pois, restringe a possibilidade de manifestação dos candidatos a mandato eletivo ao âmbito do horário eleitoral gratuito; a conduta vedada, portanto, é pronuncia-

mento através de cadeia⁶⁸ de rádio e televisão fora do horário eleitoral gratuito, e não mera entrevista transmitida através de rádio ou televisão.

Excepcionalmente, quando a Justiça Eleitoral reconhecer a urgência e relevância da matéria, é possível o pronunciamento em cadeia de rádio e televisão. A exigência de somente ser constituída cadeia de rádio e televisão através de autorização da Justiça Eleitoral não caracteriza ofensa à governabilidade, pois a necessidade de equilíbrio do pleito não pode ser desprezada e, de qualquer sorte, havendo a configuração da urgência, existe plena possibilidade de formação da cadeia, mediante permissão da Justiça Eleitoral.

Centra-se a ressalva à caracterização da conduta vedada em relação às atividades “características das funções de governo”; afasta-se, assim, a possibilidade de, mediante pronunciamento em cadeia, haver manifestações de cunho eleitoral, partidário e/ou pessoal. De outro vértice, reconhecida a possibilidade de reeleição para os cargos do Poder Executivo, somente através de uma minuciosa atividade de joeiramento realizada pela Justiça Eleitoral é que se pode afastar a possibilidade de que tais pronunciamentos, às vésperas do pleito, transmudem-se em atos indiretos de campanha eleitoral. Tal vedação não se olvide, a teor do § 1º do art. 73, é dirigida aos agentes públicos, na ampla concepção dada pelo legislador eleitoral, e não apenas aos candidatos a mandatos eletivos; por conseguinte, não é possível, por exemplo, a um secretário municipal ou chefe de gabinete, sem amparo na exceção legal, fazer pronunciamento em cadeia, sob pena de ofensa à norma proibitiva.

À exemplo do previsto para a alínea “b” do inciso VI, incumbe à Justiça Eleitoral, entendendo presentes os requisitos legais, autorizar o pronunciamento em rede. Matéria urgente é aquela cuja necessidade seja iminente e indispensável, tendo de, necessariamente, haver o pronunciamento dentro do período proscrito, sob pena de ineficácia do teor da comunicação a ser efetivada. É exemplo de matéria urgente o chamado à população em caso de vacinação, quando houver surto ou epidemia. Matéria relevante é aquela considerada de grande valor e importância, com inegável interesse social e comunitário. Para configurar-se a exceção à regra proibitiva, os requisitos de urgência e relevância devem estar cumulativamente presentes, a par de, como exige a norma, tratar-se de matéria “característica das funções de governo”.

⁶⁸ A Corte Superior negou provimento à recurso especial, concluindo que, por vedado o reexame de provas, deveria ser mantida a decisão do Regional que entendeu por atípica a conduta – porque não houve convocação de cadeia de rádio, e sim mera entrevista em rádio com manifestação de apoio à determinado candidato –, além de não vislumbrar, no caso em tela, potencialidade de a conduta vedada influir no resultado do pleito. In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 25.671. Rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. 04.04.06. Representação. Conduta vedada. Art. 73, VI, “c”, da Lei n. 9.504/97. Prefeito. Pronunciamento. Rádio local. Favorecimento. Candidato. Decisão regional. Improcedência. Ausência. Tipicidade e potencialidade. Recurso especial. Violação legal e dissenso jurisprudencial. Não-configuração. Orientação do acórdão recorrido em consonância com a atual jurisprudência da Casa. Agravo regimental a que se nega provimento. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, p.101, 26 maio 2006. Seção 1.

A conduta vedada em apreço, a teor do disposto no § 3º do art. 73 da Lei das Eleições, possui limite de circunscrição; assim, quando da realização das eleições municipais, é permitido, indistintamente, o pronunciamento nas esferas estadual e federal, enquanto nas eleições gerais é permitido o pronunciamento em cadeia no âmbito municipal. Calha referir, da mesma sorte que em relação à publicidade institucional, que existe a possibilidade de burla à norma proscribida quando, nas eleições gerais, o Prefeito Municipal de um grande centro urbano utiliza-se da cadeia em rede e, nas entrelinhas da matéria a ser exposta, faz manifestação em benefício de determinado candidato a Governador ou à Presidência da República.

VII – REALIZAR, EM ANO DE ELEIÇÃO, ANTES DO PRAZO FIXADO NO INCISO ANTERIOR, DESPESAS COM PUBLICIDADE DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS OU DAS RESPECTIVAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA, QUE EXCEDAM A MÉDIA DOS GASTOS NOS TRÊS ÚLTIMOS ANOS QUE ANTECEDEM O PLEITO OU DO ÚLTIMO ANO IMEDIATAMENTE ANTERIOR À ELEIÇÃO, PREVALECENDO O QUE FOR MENOR.

A conduta vedada, na hipótese em causa, consiste na realização de despesas com publicidade, dos órgãos públicos ou das entidades da administração indireta, acima da média dos gastos dos três últimos anos anteriores ao pleito ou do último ano anterior à eleição, prevalecendo o menor. Enquanto o inciso VI preocupa-se com o período do trimestre anterior ao pleito, o inciso VII tem por desiderato a cobertura do prazo antecedente ao previsto no inciso anterior, ou seja, desde o início do ano até o dia imediatamente anterior ao trimestre que precede a eleição.

Dentro deste período (desde o início do ano da eleição até antes dos três meses que antecedem o pleito), são permitidos gastos com publicidade, desde que, no entanto, não excedam a média prevista na norma legal. Em caso de divergência de valores, entre a média dos gastos nos três últimos anos e do último ano imediatamente anterior ao pleito, o legislador optou, claramente, que deve prevalecer o menor valor. Em outras palavras, basta que o valor dos gastos com publicidade seja excedente à média do menor dos valores mencionados para que se caracterize a conduta vedada em apreço. Correta a observação de PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS⁶⁹: “[...] não é dado ao agente público optar pela média que melhor atenda aos seus interesses: são proibidos os gastos que excedam uma ou outra das importâncias alvitradas, isto é, qualquer delas”.

⁶⁹ *Op. Cit.* p.77.

O desiderato legislativo, aqui, mais uma vez, é soffrear a tendência – quase compulsiva – dos administradores de, em ano eleitoral, difundir publicidade institucional de modo massivo e incessante, culminando por, ainda que oblíqua e inconscientemente, afetar a voluntariedade de opção de sufrágio do eleitor. PEDRO ROBERTO DECOMAIN⁷⁰ assim traduz o espírito do legislador:

[...] o que o dispositivo pretende é que os gastos com publicidade, mesmo aquela a ser veiculada antes dos três meses antecedentes ao pleito, não sejam maiores do que os realizados nos anos anteriores. O legislador pretendeu impedir, também através deste dispositivo, que a publicidade oficial, embora indiretamente, pudesse servir como meio de difusão e propaganda de candidaturas, pretensão que não caracteriza nenhum disparate, principalmente quando se considera, mais uma vez, a possibilidade de uma reeleição para mandato consecutivo, dos Chefes dos Poderes Executivo, responsáveis por essa publicidade, que por vezes se denomina “institucional”, mas com freqüência, embora de modo velado, acaba na verdade por violar o § 1º do art. 37 da Constituição Federal.

Em síntese, tenciona, aqui, o legislador, evitar que, sob o pretexto da perfectibilização do princípio da publicidade, o administrador, em verdade, vinculando umbilicalmente o seu nome com a atividade de governo, concretize forma indireta de financiamento público de campanha. Deve ser considerado como despesa com publicidade, tanto o dispêndio efetivo de pecúnia para aquisição de espaço, como o gasto advindo de doação indireta – que é o implementado através de recebimento de tempo ou espaço, em meio de comunicação social, em troca de isenção tributária ou qualquer outra vantagem, à empresa proprietária do respectivo veículo de comunicação. No caso em que determinada empresa de televisão, por exemplo, em troca de determinado favor, cede espaço para que haja veiculação da publicidade institucional pela administração pública configura-se a burla ao regramento legal, devendo ser procedido o cálculo do *quantum* gasto em publicidade pelo valor de mercado, em proporção aos minutos cedidos.

A conduta vedada sob comento não possui limite de circunscrição, sendo, portanto, proscrito a qualquer ente da federação (União, Estado, Distrito Federal ou Município) e qualquer que seja a eleição a ser realizada (municipal ou geral). Nas raras vezes que enfrentou a matéria, o TSE⁷¹ adotou entendimento

⁷⁰ *Op. Cit.* p.358.

⁷¹ Para o TSE: “é automática a responsabilidade do governador pelo excesso de despesa com a propaganda institucional do estado, uma vez que a estratégia dessa espécie de propaganda cabe sempre ao chefe do executivo, mesmo que este possa delegar os atos de sua execução a determinado órgão de seu governo”, concluindo que “também é automático o benefício de governador, candidato à reeleição, pela veiculação da propaganda institucional do estado, em ano eleitoral, feita com gastos além da média dos últimos três anos”. In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 21.307.

de que é automático o benefício do Chefe do Executivo pelos gastos com publicidade em desacordo com o inciso VII do art. 73 da Lei n. 9.504/97, concluindo também pela automaticidade de sua responsabilidade.

VIII – FAZER, NA CIRCUNSCRIÇÃO DO PLEITO, REVISÃO GERAL DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS QUE EXCEDA A RECOMPOSIÇÃO DA PERDA DE SEU PODER AQUISITIVO AO LONGO DO ANO DA ELEIÇÃO, A PARTIR DO INÍCIO DO PRAZO ESTABELECIDO NO ART. 7º DESTA LEI E ATÉ A POSSE DOS ELEITOS.

Veda-se, em síntese, qualquer recomposição que exceda o repique inflacionário, seja qual for a denominação dada àquele acréscimo financeiro. Em outras palavras, resta proibido, pela norma legal, todo e qualquer aumento real na remuneração do servidor público, como já assentado pelo TSE⁷². Assim, entende-se que a expressão “revisão geral da remuneração” não pode receber uma interpretação meramente literal, que não apresente eficácia para barrar os – constantes e oportunos – atos de abuso praticados pelos mandatários de plantão. Infelizmente, porém, a jurisprudência eleitoral tem enveredado por outro caminho, que surpreende mais pela ingenuidade do que, propriamente, pelo esvaziamento da norma, embora se reconheça que, a prevalecer o atual posicionamento dos tribunais eleitorais, ter-se-á uma conduta vedada, apenas, para fins cosméticos. Não é outro, aliás, o escólio de PEDRO ROBERTO DECOMAIN⁷³:

[...] o que o dispositivo proíbe, portanto, é a concessão geral de aumentos reais de remuneração dos servidores públicos. Reajustes meramente inflacionários, para reposição de perda do poder aquisitivo ao longo do ano da eleição, estes são admitidos. [...] O que não se permite é o aumento real de salários. Conceder aumentos além da inflação pretérita, havida até o momento da concessão, ao pretexto de que seriam destinados a cobrir expectativa de inflação futura, até a posse dos eleitos, também não se admite. Na realidade, aí se está a mascarar aumento real, cuja concessão é proibida.

Como mencionado alhures, porém, o TSE, apegado a uma interpretação

Rel. Min. Francisco Peçanha Martins. Rel. designado Min. Fernando Neves da Silva. 14.10.03. Propaganda institucional estadual. Governador. Responsabilidade. Ano eleitoral. Média dos últimos três anos. Gastos superiores. Conduta vedada. Agente público. Art. 73, VII, da Lei n. 9.504/97. Prévio conhecimento. Comprovação. Desnecessidade. 1. [...] Recurso conhecido e provido. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.146, 06 fev. 2004. Seção 1.

⁷² TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Consulta n. 1.086. Resolução n. 21.812. Rel. Min. Luiz Carlos Lopes Madeira. 08.06.04. Consulta. Eleição 2004. Revisão geral da remuneração servidor público. Possibilidade desde que não exceda a recomposição da perda do poder aquisitivo (inciso VIII do art. 73 da Lei n. 9.504/97). In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.105, 09 ago. 2004. Seção 1.

⁷³ *Op. Cit.*, p. 358.

literal da expressão “revisão geral da remuneração”, tem trilhado outro caminho, que, infelizmente, tem dado ensanchas a condutas que, efetivamente, rompem por completo o princípio da isonomia entre os candidatos. Para o TSE⁷⁴:

[...] a revisão geral da remuneração deve ser entendida como sendo o aumento concedido em razão do poder aquisitivo de moeda e que não tem por objetivo corrigir situações de injustiça ou de necessidade de revalorização profissionais de carreiras específicas.

Assim, resta aberta a porta para que os administradores, às vésperas do pleito (quando não na própria semana decisiva), determinem a reestruturação de diversas carreiras de servidores públicos, com aumentos extremamente significativos e profundo impacto da folha de pagamento. Pode-se cogitar, assim, exemplificativamente, que, o administrador público, acautelando-se contra o rigor da Lei de Responsabilidade Fiscal, tenha em vista aquelas carreiras com o maior número de servidores, propiciando-lhes aumentos bastante expressivos, para que seja obtido expressivo bônus eleitoral. Bastaria ao administrador, justificar, de modo pueril, que se trata de uma reestruturação de carreira e, ainda que tenha sido inerte durante todo o tempo anterior do mandato, caso adotada a interpretação atual do TSE, seria descogitada a caracterização da conduta vedada em apreço. Neste passo, convém registrar que, recentemente, a sociedade brasileira assistiu perplexa – e sem reação – à conduta de candidato a reeleição ao Executivo que, através da edição de medidas provisórias e sob o pretexto de que se tratava de reestruturação de carreiras e modificação dos planos de cargos, concedeu aumento de até 190% do valor real do salário e atingiu cerca de 85% dos servidores públicos federais, sem que tal ato tivesse qualquer conseqüência na esfera eleitoral.

Assiste plena razão à PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS⁷⁵:

⁷⁴ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Consulta n. 782. Resolução n. 21.296. Rel. Min. Fernando neves da Silva. 12.11.02. Revisão geral de remuneração de servidores públicos - Circunscrição do pleito - Art. 73, inciso VIII, da Lei n. 9.504/97 - Perda do poder aquisitivo - Recomposição - Projeto de lei - Encaminhamento - Aprovação. 1. O ato de revisão geral de remuneração dos servidores públicos, a que se refere o art. 73, inciso VIII, da Lei n. 9.504/97, tem natureza legislativa, em face da exigência contida no texto constitucional. 2. O encaminhamento de projeto de lei de revisão geral de remuneração de servidores públicos que exceda à mera recomposição da perda do poder aquisitivo sofre expressa limitação do art. 73, inciso VIII, da Lei n. 9.504/97, na circunscrição do pleito, não podendo ocorrer a partir do dia 9 de abril de 2002 até a posse dos eleitos, conforme dispõe a Resolução/TSE n. 20.890, de 9.10.2001. 3. A aprovação do projeto de lei que tiver sido encaminhado antes do período vedado pela lei eleitoral não se encontra obstada, desde que se restrinja à mera recomposição do poder aquisitivo no ano eleitoral. 4. A revisão geral de remuneração deve ser entendida como sendo o aumento concedido em razão do poder aquisitivo da moeda e que não tem por objetivo corrigir situações de injustiça ou de necessidade de revalorização profissional de carreiras específicas. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.133, 07 fev. 2003. Seção 1.

Também já decidiu a Corte Superior que: “a aprovação, pela via legislativa, de proposta de reestruturação de carreira de servidores não se confunde com revisão geral de remuneração e, portanto, não encontra obstáculo na proibição contida no art. 73, inciso VIII, da Lei n.º 9.504, de 1997.” In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Consulta n. 772. Rel. Min. Fernando Neves da Silva. 02.05.02. [...]. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.120, 12 ago. 2002. Seção 1.

⁷⁵ Op. Cit. p.78.

Ataca-se a revisão geral, indistintamente concedida, com o propósito escuso, ou sem esse objetivo, mas com o mesmo efeito de propiciar o clima para que essa expressiva parcela de trabalhadores propenda pela continuidade administrativa.

Reitera-se, no ponto: a prevalecer uma interpretação literal da expressão “revisão geral da remuneração” ter-se-á, por consectário, a absoluta ineficácia da norma sancionatória. A diretriz interpretativa do julgador deve, no caso em tela, exercer um cotejo entre a conduta do administrador público para com o funcionalismo público em todo o transcorrer do mandato eletivo; assim, se, durante a legislatura, o mandatário foi leniente e omissivo em relação aos servidores públicos terminando por, apenas no período glosado, conceder revisão nos proventos do funcionalismo, tem-se um elemento importante de convicção acerca da prática de ilícito eleitoral (conduta vedada) pelo administrador público.

A conduta vedada prevista no inciso VIII, por força da redação dada ao próprio texto legal, está adstrita à circunscrição do pleito, e incidindo a concessão de benesses aos servidores fora dos limites da circunscrição pode-se, a entender prevalente ainda a interpretação restrita às condutas vedadas, perquirir acerca de eventual abuso de poder genérico, conforme precedente do TSE.⁷⁶

Por fim, cumpre registrar, ainda, que o lapso temporal de incidência material da conduta vedada do inciso VIII do art. 73 é a partir do início do prazo estabelecido no art. 7º desta Lei e até a posse dos eleitos. O artigo 7º da Lei n. 9.504/97, em verdade, somente prevê prazo em seu parágrafo primeiro, quando estabelece que, na hipótese de omissão do estatuto partidário, o órgão de deliberação nacional deve estatuir as normas relativas à convenção para escolha dos candidatos, tendo o prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias antes das eleições para publicação no Diário Oficial da União. A princípio, nenhuma é a vinculação

⁷⁶ Segundo o TSE: “a concessão de benefícios a servidores públicos estaduais nas proximidades das eleições municipais podem caracterizar abuso do poder político, desde que evidenciada, como na hipótese, a possibilidade de haver reflexos na circunscrição do pleito municipal, diante da coincidência de eleitores.” In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 26.054. Rel. Min. Francisco Cesar Asfor Rocha. 08.08.06. Recurso Especial. Pleito municipal. Concessão de benefícios a servidores públicos estaduais. Proximidade da eleição. Favorecimento a candidato a prefeito. Abuso do poder político. Ação de investigação judicial eleitoral. Art. 22 da LC n. 64/90. Procedência. Inelegibilidade. Conduta vedada. Art. 73 da Lei n. 9.504/97. Multa. Inexistência de omissão e de nulidade dos acordões do TRE. Impossibilidade de reexame de prova. Aplicação de multa em investigação judicial. Falta de prequestionamento. Candidato não eleito. Abuso do poder. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido. I - Não há o que se falar em afronta aos arts. 275, II, do CE e 535, II, do CPC, quando a decisão regional enfrenta todas as matérias pontuadas no recurso. II - Se as instâncias ordinárias assentaram estar configurado abuso de poder político, por serem os fatos incontroversos e potencialmente capazes de influir no pleito, não se pode rever esta conclusão sem o reexame do quadro fático. Incidência das Súmulas nos 7/STJ e 279/STF. III - [...]. IV - Inexistência de nulidade da decisão proferida em investigação judicial que apure, em eleições municipais, abuso do poder e contrariedade a dispositivos da Lei Eleitoral, por ser o juiz eleitoral competente para ambas as ações e por ser o rito do art. 22 da LC n. 64/90 mais benéfico para as partes que o procedimento previsto no art. 96 da Lei n. 9.504/97. V - Não é fator suficiente para desconfigurar o abuso do poder político de que cuida o art. 22 da LC n. 64/90, o fato de o candidato por ele beneficiado não ter sido eleito, pois o que se leva em consideração na caracterização do abuso do poder são suas características e as circunstâncias em que ocorrido. VI - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, p.169, 25 ago. 2006. Seção 1.

entre o prazo fixado no parágrafo primeiro do art. 7º com a restrição à concessão de revisão geral de remuneração dos servidores. Aparentemente, o prazo do início da realização das convenções partidárias para a escolha dos candidatos (10 de junho do ano eleitoral), por já estabelecer a correlação de forças do prélio eleitoral, é que poderia ser utilizado como o limite legal. No entanto, forçoso reconhecer que a adoção de prazo tão exíguo importa, também, na iminente possibilidade de burla ao princípio da isonomia entre os candidatos. Daí, pois, embora a – aparente – ausência de vinculação material entre as normas, a adoção do prazo mais longo, previsto no § 1º do art. 7º da Lei n. 9.504/97, é que estabelece uma real e efetiva proteção ao bem juridicamente tutelado. Deve-se ponderar, ainda, no mesmo toar, que o prazo de 180 dias – previsto pelo art. 7º, § 1º – coincide com o mais largo prazo de desincompatibilização da Lei das Inelegibilidades, encontrando, então, neste ponto, coerência com o desiderato de proteção e equilíbrio que deve pautar a disputa eleitoral, ao largo de qualquer influência nociva à manifestação de voto do eleitorado. Neste sentido, aliás, recentemente, embora por maioria, decidiu o colendo TSE.⁷⁷

§ 10. NO ANO EM QUE SE REALIZAR ELEIÇÃO, FICA PROIBIDA A DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE BENS, VALORES OU BENEFÍCIOS POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, EXCETO NOS CASOS DE CALAMIDADE PÚBLICA, DE ESTADO DE EMERGÊNCIA OU DE PROGRAMAS SOCIAIS AUTORIZADOS EM LEI E JÁ EM EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA NO EXERCÍCIO ANTERIOR, CASOS EM QUE O MINISTÉRIO PÚBLICO PODERÁ PROMOVER O ACOMPANHAMENTO DE SUA EXECUÇÃO FINANCEIRA E ADMINISTRATIVA.

O § 10 do art. 73 da Lei n. 9.504/97 prevê uma nova hipótese de conduta vedada e foi acrescentado pela minirreforma eleitoral realizada recentemente através da Lei n. 11.300/06. Esta conduta vedada apresenta certa vinculação com a estabelecida pelo inciso IV do mesmo artigo 73, conquanto algumas distinções fundamentais: no inciso IV, veda-se, em suma, o uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, da distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público; no § 10, de outra parte, a regra é a – ampla – proibição da distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública.

⁷⁷ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Consulta n. 1.229. Resolução n. 22.252. Rel. Min. José Gerardo Grossi. 20.06.06. Remuneração - Servidor público - Revisão - Período crítico. Vedação - Artigo 73, inciso VIII, da Constituição Federal. A interpretação - literal, sistemática e teleológica - das normas de regência conduz à conclusão de que a vedação legal apanha o período de cento e oitenta dias que antecede às eleições até a posse dos eleitos. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, p.130, 01 set. 2006. Seção 1.

Por conseguinte, para a incidência do § 10: prescinde-se do uso promocional da distribuição gratuita dos bens (basta a distribuição em si); a distribuição gratuita vedada é de qualquer bem (e não apenas dos de caráter social ou assistencial); é vedada também a distribuição gratuita de qualquer valor ou benefício por parte da Administração Pública. Se, de um lado, bem é algo voltado para saciar uma necessidade de alguém, valor significa a medida de determinada coisa que deflui poder de aquisição; benefício, *in casu*, tem larga acepção, incluindo a prestação de serviços, realização de obras e, ainda, a inclusão em programas habitacionais, educacionais, sociais e assistenciais, além de isenção de débito ou tributo. A gratuidade exigida pelo legislador deve ser corretamente compreendida, alcançando, de igual modo, a distribuição de bens, valores e benefícios em troca de valores irrisórios ou meramente simbólicos. Em verdade, pois, a regra é que o bem ou benefício a ser distribuído deve observar o preço estabelecido pelo mercado e, para não ser considerado como gratuito, não pode apresentar preço vil.

O bem, valor ou benefício a ser distribuído gratuitamente, de modo inequívoco, proporciona uma vantagem ou proveito ao beneficiado, sendo elementar o estabelecimento de uma relação de gratidão do beneficiário, seus familiares e dependentes com o benfeitor, criando-se um vínculo que torna exigível, a qualquer momento, a satisfação do favor realizado. Se a distribuição gratuita de qualquer bem, valor ou benefício é feita somente a partir do ano eleitoral, o legislador estabelece uma presunção objetiva de quebra da paridade entre os candidatos, fundamentalmente porque é regra da experiência comum que a retribuição do favor recebido – seja através do recebimento gratuito de bem, valor ou benefício – é efetivada através da forma de voto àquele que proporcionou a distribuição ou à quem for indicado.

O norte interpretativo para concluir pela ilicitude da conduta vedada em apreço, necessariamente, leva a um cotejo da ação administrativa realizada durante todo o mandato exercido. Assim, o legislador preceitua que é ilícita a distribuição gratuita de bens, valores e benefícios que ocorra a partir do ano eleitoral, mas ressalva os casos derivados de situações excepcionais (calamidade pública e estado de emergência) e as ações preexistentes (programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior). A exceção derivada à situação excepcional guarda justificativa na necessidade premente de prestar qualquer forma de assistência ao corpo social atingido pela calamidade pública e estado de emergência, sob pena de frustração do fim básico do Estado – que é o bem comum geral. A ressalva para os programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior demonstra que o legislador reconhece – e dispensa tratamento diferenciado – entre o administrador que possui um plano de governo de médio e longo prazo,

em cujo projeto inclui-se a prestação de serviços assistenciais aos necessitados, daquele administrador desprovido de uma estratégia governamental minimamente duradoura, que privilegia ações imediatistas, ao sabor da variabilidade das circunstâncias; distingue-se, portanto, o administrador que possui um método de governo determinado e com planejamento, do administrador oportunista, que faz da necessidade alheia um instrumento de benefício próprio.

Deve-se ponderar, contudo, que é igualmente ilícita a conduta que privilegia, intencionalmente, o excessivo aumento de distribuição de bens, valores e benefícios, ainda que albergados pela exceção à regra geral, em ano eleitoral. Desta feita, caracteriza-se o abuso de poder se, ainda que calcado em plano governamental estável, com programa social autorizado em lei e já em execução orçamentária, o administrador – futuro candidato a reeleição – inicia a distribuição gratuita de bens, valores e benefícios, no primeiro ano do mandato, com determinado valor, havendo aumento progressivo da benesse nos anos subsequentes, até que, no ano eleitoral, a distribuição atinja valores excessivamente acima da média dos exercícios anteriores; se, por força de legalidade estrita, não se entender o ato como conduta vedada, pode-se cogitar, *in casu*, de abuso de poder político e econômico, a ser apurado na esfera apropriada.

A vedação do § 10 é dirigida à Administração Pública, em sua acepção ampla, alcançando todos os entes da administração direta, indireta e fundacional. Como mencionado alhures, excepciona, a legislação eleitoral, entendendo como lícita, a distribuição gratuita de bens, valores e benefícios, ainda que em ano eleitoral, nos casos de calamidade pública, estado de emergência ou em caso de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior.

Tanto a hipótese de calamidade pública como de estado de emergência devem, de igual modo, estar devidamente previstas em lei específica ou no respectivo decreto, não bastando, como justificativa, a mera alegação fática da existência da situação excepcional. Portanto, a autoridade que reconhece a calamidade pública e o estado de emergência tem o dever de justificar e demonstrar a existência da situação fática excepcional, sob pena de responsabilização.

Observados os requisitos na esfera administrativa⁷⁸ e devidamente com-

⁷⁸ Hely Lopes Meirelles leciona que: "A transposição de recursos é uma contingência de toda Administração diante da variabilidade dos fatos e da modificação das condições que atuaram na elaboração do orçamento; e, por isso mesmo, é admitida dentro de critérios técnicos e legais. Havendo necessidade de transposição, total ou parcial, de dotação de um elemento para outro, dentro ou fora da mesma unidade orçamentária, será indispensável que, por lei especial, se anule a verba inútil ou sua parte excedente e se transfira o crédito resultante dessa anulação para a dotação insuficiente. Essa exigência constitucional, todavia, não se aplica aos casos em que se admite dotação global (programas especiais de trabalho, entidades da Administração indireta), nos quais a discriminação das parcelas se faz por decreto do Executivo ou por ato do

provada a situação excepcional, entende-se possível a distribuição gratuita de bens e benefícios adquiridos por meio de créditos extraordinários e transposição de recursos orçamentários, desde que não haja excesso na repartição. Ou seja, dito de outro modo, não é possível ao administrador, sob o pretexto de abrigo em uma situação excepcional, transformar o ato de calamidade pública (ou estado de emergência) em benefício eleitoral, distribuindo bens para pessoas outras, além das efetivamente necessitadas e, da mesma sorte, não é possível que o administrador, sob o argumento de sofrear a situação excepcional, supra deficiências orçamentárias para além do necessário – seja através da abertura de créditos (suplementares, especiais ou extraordinários), seja através da transposição de recursos –, valendo-se do excesso para obter bônus eleitoral.

Também é exceção legal, que torna lícita a conduta, a distribuição gratuita de bens, valores e benefícios, mesmo em ano de eleição, quando houver autorização legal e o programa já estiver em execução orçamentária no exercício anterior. Busca-se, assim, evitar a criação de mecanismos oportunistas e demagógicos que, mais do que o bem-estar da comunidade, propiciem vantagens de cunho eleitoral ao mandatário de plantão.

A incidência do § 10 do art. 73 da Lei n. 9.504/97, acrescentado pela Lei n. 11.300/06, traz à baila um conflito aparente entre o princípio da continuidade administrativa e princípios basilares do Direito Eleitoral – seja sob o aspecto da isonomia de oportunidade entre os candidatos, seja sob o pálio da normalidade e legitimidade do pleito. Neste diapasão, não se pode olvidar que o princípio da continuidade administrativa, que é de fundamental importância para a sustentação da autonomia gerencial do ente público estatal, continua subsistindo em toda sua inteireza, até mesmo porque prestigiado, igualmente, na esfera eleitoral, pelo legislador constituinte, que admitiu a possibilidade de reeleição para o Chefe do Poder Executivo, para um período subsequente, sem a necessidade de desincompatibilização (art. 14, § 5º, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 16/97).

Deste modo, as restrições impostas ao administrador público, em sede eleitoral, devem coexistir em harmonia com as regras de administração pública, não podendo – sem justo motivo – haver a paralisação ou modificação de execução (seja quantitativa ou qualitativa) na prestação dos serviços públicos, com prejuízo ao cidadão. Configura-se como justo motivo – para restringir, em ano eleitoral, a distribuição de bens, valores e benefícios pela administração

dirigente da entidade, na forma estatutária, conforme o caso, com possibilidade de alteração por ato da mesma natureza".
In: *Op. Cit.* p.269.

pública – a quebra do princípio da igualdade de oportunidades entre os candidatos ou, ainda, a perturbação da normalidade do pleito. Com base em tal premissa, aliás, o legislador estabeleceu condicionantes básicas para a continuidade de determinados atos administrativos, exigindo que haja autorização legal, com programa em execução orçamentária no exercício anterior, para que seja possibilitada a distribuição gratuita de bens, valores e benefícios em ano eleitoral.

Incumbe ao intérprete, ante a aparente antinomia principiológica, reconhecer a existência do princípio da continuidade administrativa, mesmo no período crítico eleitoral, já que a prestação do serviço público deve ser perene, e, ao mesmo tempo, buscar, de modo intransigente, a preservação dos princípios do Direito Eleitoral. Não é possível, ainda que sob o pretexto da continuidade administrativa, permitir a quebra na paridade entre os candidatos ao prélio ou qualquer deturpação na legitimidade do pleito, porquanto é função basilar do Direito Eleitoral a preservação da higidez da manifestação de vontade do corpo eleitoral.

A prestação dos serviços públicos em ano eleitoral, inclusive através da distribuição de bens, valores e benefícios, desde que observados os requisitos legais condicionantes, por força do § 10 do art. 73 da Lei n. 9.504/97, não pode ser intermitente⁷⁹. Da mesma forma, a possibilidade de uso indevido ou deturpação de valores, benefícios e bens não pode servir como instrumento de desequilíbrio na disputa eleitoral, de modo a corromper a intenção de voto do eleitor. Um dos fundamentos elementares do próprio instituto da reeleição é permitir que o exercente do mandato eletivo possa receber aprovação do corpo eleitoral, por decorrência natural de seu mérito administrativo, e não por determinada conduta praticada, de modo intencional, em pleno período crítico, mas que, forçosamente, incute no eleitorado a – errônea – impressão de que a recondução do mandatário é a opção mais adequada.

Em verdade, pois, da correta interpretação da expressão “execução orçamentária” depende, e em muito, a eficácia da norma em apreço. Orçamento⁸⁰, em suma, consiste na previsão de receita e estimativa de receita; de seu turno, na percuciente lição de HELY LOPES MEIRELLES⁸¹:

[...] a execução do orçamento é de ser feita com o fiel atendimento do

⁷⁹ Na dicção de Diogenes Gasparini: “[...] o princípio da continuidade administrativa nem sempre significa atividade ininterrupta, sem intermitência, mas tão-só regular, isto é, de acordo com a sua própria natureza ou forma de prestação. [...] Para a continuidade é irrelevante, nesses casos, o intervalo de tempo entre uma e outra das atuações públicas”. In: *Op. Cit.* p.16.

⁸⁰ José Afonso da Silva assevera que orçamento: “é o processo e o conjunto integrado de documentos pelos quais se elaboram, expressam, se aprovam, se executam e se avaliam os planos e programas de obras, serviços e encargos governamentais, com estimativa de receita e fixação das despesas de cada exercício financeiro”. In: *Op. Cit.* p.622.

⁸¹ *Op. Cit.* p.709.

que ele dispõe, quer quanto à arrecadação, quer quanto à despesa. Executar é cumprir o determinado. Em matéria orçamentária as verbas de despesa têm destinação própria e específica: não podem ser estornadas, desviadas ou aplicadas em fins diversos dos indicados nas respectivas rubricas, embora lícita e necessária a nova despesa. [...] Qualquer modificação orçamentária depende de lei especial prévia, salvo as transposições de verbas dentro das dotações globais, que podem ser feitas por decreto do Executivo [...].

Portanto, acolhendo o magistério do consagrado administrativista, curial que execução orçamentária pressupõe a efetivação do previsto no orçamento, não sendo suficiente, pois, a mera previsão orçamentária ou, mesmo, a aprovação do orçamento. Prestigia-se, na esteira da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000), os projetos e atos governamentais em andamento, até mesmo em face do princípio da continuidade administrativa.

Por consectário, não é possível que haja a retomada, em ano eleitoral, de programa social cuja execução tenha sido interrompida em oportunidade anterior. De igual sorte, é proibida a distribuição de bens ou benefícios, cujos recursos financeiros utilizados na aquisição tenham sido previstos e aprovados no orçamento do exercício anterior, à pessoa que tenha sido cadastrada no ano eleitoral. Deve-se registrar, neste diapasão, que a ressalva legal pressupõe a prévia execução orçamentária – e não a mera aprovação do orçamento –, além da conclusão de que o cadastramento em ano eleitoral consiste em evidente possibilidade de manipulação dos beneficiários, com quebra da normalidade do pleito.

Na mesma senda, é vedada, em ano eleitoral, a continuidade de repasse de recursos à entidade executora, para fins de distribuição de bens, valores e benefícios, ainda que já tenha havido o início de repasse e que o convênio tenha sido firmado no exercício anterior; no ponto, convém registrar, mais uma vez, a vedação da norma incide sobre a conduta de distribuição de bens e valores, sendo despicienda a época em que realizado o convênio, e, havendo a interrupção do repasse de recursos em ano não-eleitoral, não pode haver a retomada dos repasses em pleno ano crítico.

Para a perfectibilização da exceção legal, no entanto, entende-se que, a par dos requisitos cumulativos previstos no § 10 (existência de lei autorizativa e de execução orçamentária do programa), por evidente, a despesa legalmente prevista deve ter correspondência no respectivo orçamento do ente público. Em outras palavras, a par dos requisitos da legislação eleitoral, curial é que o administrador observe, do mesmo modo, a legislação constitucional e, também, a previsão da Lei de Responsabilidade Fiscal.

A atribuição do Ministério Público para acompanhamento da execução

financeira e administrativa dos programas em execução orçamentária é medida que decorre da própria Constituição Federal e está umbilicalmente vinculada à própria função inerente à instituição ministerial. Tal atribuição, registre-se, incumbe ao Ministério Público Eleitoral – não importando se a verba liberada para aquisição de bens ou benefícios é de origem municipal, estadual ou federal – e deve ser exercida com o fito de assegurar a isonomia de oportunidade entre os candidatos, partidos ou coligações. Por evidente, não pode o órgão ministerial imiscuir-se em questão vinculada ao mérito administrativo, que pertence exclusivamente ao administrador, mas pode (e deve) postular a sustação de qualquer ato que, aparentemente albergado no princípio da continuidade administrativa, tenha reflexos inquestionáveis na igualdade de forças entre os participantes do prélio. No entanto, se a fiscalização do Ministério Público Eleitoral deve ser plena e incessante, a intervenção da Justiça Eleitoral, sustando a conduta vedada, exige cautela e somente deve ser levada a efeito em casos em que exista prova suficiente de que determinado ato causou rompimento do equilíbrio de oportunidade entre os candidatos.

A comprovação material da conduta vedada prevista no § 10 do art. 73 da Lei n. 9.504/97 leva à incidência da sanção pecuniária aos infratores, além da possibilidade de exclusão dos partidos beneficiados da distribuição dos recursos do fundo partidário. Cabível, de igual modo, o pedido de suspensão imediata da conduta perpetrada pelo agente público, com suporte no art. 73, § 4º, da Lei n. 9.504/97. Não é possível, porém, a aplicação de sanção de cassação do registro ou do diploma, que é restrita aos incisos I, II, III, IV e V do art. 73; ressalva-se, contudo, a hipótese de caracterização do ato de abuso de poder político ou econômico, que poderá, igualmente, ser apurado na esfera apropriada.

3. CONCLUSÃO

A preservação da higidez da consciência do eleitor, no momento do exercício do sufrágio, constitui, sem dúvida, em tarefa das mais árduas e primordiais para os aplicadores do Direito. Reconhecida a fragilidade do sistema preventivo na esfera especializada, tal desiderato somente pode ser obtido através da contenção aos atos de corrupção, fraude e abuso que permeiam o processo eleitoral.

A edição da Lei n. 9.840/99, estabelecendo a sanção de cassação do registro ou diploma para determinadas hipóteses de condutas vedadas, constituiu-se em grande avanço na consecução de um sistema repressivo na esfera

eleitoral, sendo fato público e notório o elevado número de detentores de mandato eletivo afastados do exercício de suas funções, em face de registros e diplomas cassados. Se, de um lado, a atitude vigilante da Justiça Eleitoral é motivo de satisfação; de outra parte, deve-se atentar para que – sob o sedutor argumento de combate aos abusos (*lato sensu*) – não se termine por utilizar o Poder Judiciário como substitutivo da vontade popular. Com efeito, o atual momento reclama, acima de tudo, prudência, sobriedade e cautela dos intérpretes das lides eleitorais, buscando-se a preservação do princípio da igualdade de oportunidade entre os candidatos e, do mesmo modo, evitando-se o apelo – dissimulado – à esfera judicial, com o intuito único de afastar a derrota sofrida nas urnas.

Através da correta compreensão dos aspectos materiais das condutas vedadas, busca-se contribuir para a manutenção do equilíbrio entre o princípio da igualdade de forças e de oportunidade entre os candidatos e a preservação da continuidade administrativa – sem espaço para o desvirtuamento dos recursos materiais, humanos, financeiros e de comunicação por parte dos administradores e agentes públicos, em benefício de determinado candidato, partido ou coligação –, tendo por objetivo final o aperfeiçoamento do processo democrático, conservando-se incólume de vícios a manifestação de vontade externalizada pelo corpo eleitoral.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Manual das eleições**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **Preleções de Direito Eleitoral – Direito Material**. T.I. São Paulo: Lúmen Júris, 2006.
- CONGLIAN, Olivar. **Propaganda eleitoral** – de acordo com o Código Eleitoral e a Lei n. 9.504/97. 6.ed. São Paulo: Juruá, 2004.
- COSTA, Judith Martins. Parecer Coletivo n. 05/90. Disponível em: <www.tce.rs.gov.br/Parecer_ASC/Parecers_ate_96/index.php> Acesso em 20 fev. 2008.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. **Eleições** – Comentários à Lei n. 9.504/97. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2004.
- FRANCISCO, Caramuru Afonso. **Dos abusos nas eleições** - a tutela jurídica da legitimidade e normalidade do processo eleitoral. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- GARCIA, Émerson. **Abuso de poder nas eleições** – meios de coibição. São Paulo: Lúmen Júris, 2000.
- GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- NISS, Pedro Henrique Távora. **Direitos Políticos** – elegibilidade, inelegibilidade e ações eleitorais. 2.ed. São Paulo: EDIPRO, 2000.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- OSÓRIO, Fábio Medina. O Uso da Máquina Administrativa e as Finalidades Privadas dos Agentes Públicos: observações sobre a Lei n. 9.504/97 à luz da Constituição Federal de 1988. In: **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**. n.41, 2000.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- SOARES, Antônio Carlos Martins. **Direito Eleitoral** – questões controvertidas. São Paulo: Lúmen Júris, 2006.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O ARTIGO 236 DO CÓDIGO ELEITORAL

*Dr. Cláudio da Silva Leiria**

1. Introdução. 2. Motivação histórica e evolução legislativa da vedação à prisão no período eleitoral. 3. Hipóteses de cabimento da prisão nos prazos do art. 236 do Código Eleitoral. 4. Releituras do art. 236 do Código Eleitoral. 4.1. Revogação e inconstitucionalidade. 4.2. Vedação à prisão somente para crimes eleitorais. 4.3. Cabimento de prisão provisória por ordem judicial. 4.4. O significado do verbo “prender” do *caput* do art. 236 do Código Eleitoral. 5. Visão crítica dos posicionamentos externados nos itens 4.1, 4.2, 4.3 e 4.4. 6. Colisão de direitos fundamentais. 6.1. Do direito fundamental à segurança. 6.2. Crimes hediondos, roubo e crimes dolosos contra a vida. 7. As sentenças aditivas. 7.1. Rebatendo as críticas às decisões ou sentenças aditivas. 8. Conclusões articuladas.

1. INTRODUÇÃO

As disposições do artigo 236 da Lei 4.767/65 (Código Eleitoral), ao proibirem a prisão de eleitor nos cinco dias que antecedem as eleições até 48 horas depois do seu encerramento (salvo em casos de flagrante delito, sentença condenatória por crime inafiançável e desrespeito a salvo-conduto), sempre causaram alguma perplexidade entre os juristas e o homem do povo.

Em tempo de eleições, sempre que um delito grave é cometido e o criminoso não pode ser preso por sua situação não se enquadrar nas exceções legais retro-referenciadas, ergue-se um clamor de protesto contra a injustiça do texto legal.

* PROMOTOR DE JUSTIÇA NO RS.

Em 2005, por exemplo, na época do referendo sobre o comércio das armas de fogo, também foi vedada a prisão de eleitores nos mesmos moldes do artigo 236 do Código Eleitoral. Escudando-se na benesse legal, amparado por um salvo-conduto, o advogado Peter Amaro de Sousa, um dos acusados de matar o Major da Polícia Militar Pedro Plochanski em janeiro de 2005, apresentou-se na 1ª Vara Criminal de Curitiba. O advogado, que então estava com a prisão preventiva decretada desde cinco meses antes, prestou depoimento e depois foi tranqüilamente para casa.

Fatos como esse causam na população um sentimento de desalento com o sistema de justiça. Outros exemplos: se um acusado de homicídio está foragido - desde que não tenha contra si sentença condenatória - poderá placidamente aparecer para votar no dia da eleição. E a polícia, mesmo inteirada da presença do criminoso na cidade, não poderá prendê-lo face à vedação eleitoral de prisão no período. **Claro, no entanto, que essa situação não impede que a polícia fique no encalço do acusado e faça sua prisão após as 48 horas subsequentes ao encerramento da votação.** (grifo do autor)

Os juízes em geral (incluindo-se aí especialmente os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral) aplicam literalmente as disposições do artigo 236 do Código Eleitoral (CE), não vislumbrando qualquer inconstitucionalidade nessa norma, nem vendo qualquer necessidade de compatibilizá-la com outros direitos protegidos constitucionalmente.

No presente trabalho, ainda que de forma sucinta, mostram-se outras interpretações do artigo 236 do CE, que vão da afirmação de sua revogação, inconstitucionalidade, até a proibição de prisões cautelares somente para os crimes previstos no Código Eleitoral.

Sem comungar com esses entendimentos, tem-se a pretensão de demonstrar que vedações à prisão de eleitores e candidatos nos prazos do artigo 236 do CE podem coexistir com o direito à segurança, desde que, por meio do uso da técnica de sentenças aditivas, possa ser feita uma releitura constitucional das hipóteses de prisão do eleitor, com sua ampliação para abranger os crimes hediondos, roubo e crimes dolosos contra a vida.

Neste texto, para fins exclusivamente didáticos, a época em que a prisão de eleitor é vedada pelo Código Eleitoral será designada como “período eleitoral”.

2. MOTIVAÇÃO HISTÓRICA E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA VEDAÇÃO À PRISÃO NO PERÍODO ELEITORAL

A Justiça Eleitoral foi criada em 1932, no governo de Getúlio Vargas, quando

foi editado um Código Eleitoral. Em 1934 a Justiça Eleitoral teve sua existência formalizada na Constituição.

A criação da Justiça Eleitoral fora reivindicada pelo Movimento Tenentista e outros segmentos da sociedade, especialmente a incipiente classe média urbana.

O Código Eleitoral de 1932, ao conceder o direito de voto às mulheres, reduzir para 18 anos a idade mínima para o indivíduo se alistar como eleitor e instituir o voto secreto, priorizou os ideais de representatividade e da busca da “verdade real” nas eleições, até então marcadas pela prática constante de fraudes. Foi um autêntico rompimento com os desmandos do coronelismo e da prática do voto de cabresto.

Nesse quadro, ganhou muito o país com a instituição da Justiça Eleitoral, pois a um Poder independente caberia fazer o alistamento, a apuração de votos e o reconhecimento e diplomação dos eleitos.

Na República Velha (1889-1930), as fraudes nas eleições eram costumeiras, como se pode aferir do seguinte texto:¹

Embora a idéia de democracia e de repartição do poder já estivesse positivada, não tardou a ocorrência de eleições maculadas pelas fraudes. **Para tanto, dois mecanismos eram constantemente utilizados, qual seja, o “bico de pena” e a “degola” ou depuração. A falsificação dos resultados pelo método “bico de pena” era praticada pelas mesas eleitorais, que prosseguiram com o ofício de junta apuradora, inscrevendo como eleitores pessoas fictícias, mortas e ausentes. Numa etapa posterior, realizada pela Comissão de Verificação de Poderes do Senado e da Câmara, “degolavam-se”, ou seja, cassavam-se os diplomas de eleitos “que fossem considerados inelegíveis ou incompatíveis com o exercício do cargo”.** Desta forma, observando-se a freqüência destes dispositivos, ficaram convencionadas três ocasiões de fraudes: “na eleição, na apuração e no reconhecimento”. Tais episódios não se restringiram somente à esfera do grupo situacionista, muito embora para ele estivessem disponíveis o aparato policial e o erário público. A oposição, também, se predominasse em algum reduto eleitoral, procuraria, por meio dos mesmos procedimentos levianos, influenciar a composição das mesas eleitorais e a apuração dos votos. **Sobre esse caos político, adscribe Assis Brasil: “Ninguém tinha a certeza de se fazer**

¹ CUNHA, Jânio Pereira da; VALENTE NETO, José. O Papel da Justiça Eleitoral na consolidação da democracia: eleições de 1994-96. Disponível em: <http://72.14.209.104/search?q=cache:vtbhfHjAaXIJ:www.pgm.fortaleza.ce.gov.br/revistaPGM/vol09/111PapelJusticaEleitoral.htm+justi%C3%A7a+eleitoral+32+degola&hl=pt-BR&gl=br&ct=clnk&cd=24&lr=lang_pt> Acesso em: 05 jan. 2007.

qualificar, como a de votar [...] Votando, ninguém tinha a certeza de que lhe fosse contado o voto [...] Uma vez contado o voto, ninguém tinha a segurança de que seu eleito havia de ser reconhecido [...]. (grifos do autor)

Por sua vez, os “coronéis” exerciam a sua influência por intermédio do voto de cabresto, determinando aos eleitores do interior os candidatos em que deveriam votar. Para esse eleitorado, pobre e de poucas luzes, os votos valiam “recompensas” do patrão, enquanto a desobediência poderia resultar em punições violentas. Não votando em quem o coronel mandasse, sujeitava-se o “eleitor” a perder seu emprego e a não obter outro na região.²

O “coronel” também tinha a seu serviço a polícia (cujo chefe geralmente nomeava) e os “cabras”, que davam “proteção” contra os adversários políticos e intimidavam eleitores.

Assim, como uma das formas de garantia da liberdade de voto do eleitor, além do voto secreto, o Código Eleitoral de 1932 (Decreto 21.076/32, de 24.02.1932) estabeleceu, como regra, a vedação da prisão em períodos imediatamente anteriores e posteriores ao dia de votação, nos seguintes termos:

Art. 98 - Ficam assegurados aos eleitores os direitos e garantias ao exercício do voto, nos termos seguintes:

§ 1º - Ninguém pode impedir ou embaraçar o exercício do sufrágio.

§ 2º - Nenhuma autoridade pode, desde cinco dias antes e até 24 horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo flagrante delito.

§ 3º - Desde 24 horas antes até 24 horas depois da eleição, não se permitirão comícios, manifestações ou reuniões públicas, de caráter político.

§ 4º - Nenhuma autoridade estranha à Mesa Receptora pode intervir, sob pretexto algum, em seu funcionamento.

§ 5º - Os membros das Mesas Receptoras, os fiscais de candidatos e os delegados de partido são invioláveis durante o exercício de suas funções, não podendo ser presos, ou detidos, salvo flagrante delito em crime inafiançável.

§ 6º - É proibida, durante o ato eleitoral, a presença de força pública dentro do edifício em que funcione a Mesa Receptora ou nas suas imediações.

§ 7º - Será feriado nacional o dia da eleição.

² Até a Revolução de 30, o eleitor recebia o envelope lacrado e com a cédula já previamente marcada. Só ele não sabia em quem havia “votado”.

§ 8º - O Tribunal Superior e os Tribunais Regionais darão hábeas-cópus para fazer cessar qualquer coação ou violência atual ou iminente.

§ 9º - Nos casos urgentes, o hábeas-cópus poderá ser requerido ao juiz eleitoral, que o decidirá sem demora, com recurso necessário para o Tribunal Regional. (grifo do autor)

O Código Eleitoral de 1932 vedava a prisão de eleitor nos cinco dias antecedente ao início da eleição até 24 horas após o seu encerramento, salvo na única hipótese de flagrante delito.

Os membros das mesas receptoras, fiscais de candidatos e os delegados de partido só poderiam ser presos no “período eleitoral” em flagrante delito por crime inafiançável.

Como a força pública, a mando dos coronéis, era freqüentemente utilizada para intimidar o eleitor, a lei proibiu sua presença dentro do edifício em que funcionava a mesa receptora ou nas suas proximidades.

No parágrafo 3º, havia a previsão de proibição de comícios e outras manifestações públicas desde 24 horas antes até 24 horas depois do encerramento da eleição, medida salutar para evitar confrontos de partidários de agremiações opostas, face ao natural acirramento dos ânimos nesse período.

Esse Código Eleitoral não previa para o candidato proibição de prisão diversa da do eleitor comum.

A Lei n. 48, de 04.05.1935, que modificou o Código Eleitoral, assim dispunha sobre as garantias eleitorais (redação original):

Art. 165 - Serão assegurados aos eleitores os direitos e garantias ao exercício do voto, nos termos seguintes:

- 1) ninguém poderá impedir ou embaraçar a exercício do sufrágio;
- 2) nenhuma autoridade poderá, desde cinco dias antes e até vinte e quatro horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delicto ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável;**
- 3) desde quarenta e oito horas antes, até vinte e quatro horas depois da eleição, não se permitirá propaganda política, mediante radio-difusão, ou em comícios, ou reuniões públicas ;
- 4) nenhuma autoridade estranha á, mesa receptora poderá intervir, sob pretexto algum, em seu funcionamento;
- 5) os membros das mesas receptoras, os candidatos, os fiscaes de candidatos e os delegados de partidos serão inviolaveis durante o exercício de suas funções, não podendo ser presos, ou detidos, salvo em flagrante delicto;

- 6) é proibida, durante o acto eleitoral, a presença de força publica no edificio em que funcionar a mesa receptora, ou nas suas immediações, observado o disposto no art. 128, § 5º;
- 7) será feriado nacional, estadual ou municipal o dia de eleição;
- 8) o Tribunal Superior e os tribunales regionaes darão Habeas-corpus e mandado de segurança para fazer cessar qualquer coacção ou violencia, actual ou imminente, ao exercicio do direito de voto de propaganda politica;
- 9) em casos urgentes o habeas-corpus e o mandado de segurança poderão ser requeridos ao juiz eleitoral, que o decidirá sem demora, com recurso necessario para o Tribunal Regional;
- 10) é vedade, aos jornaes officiaes da União, Estados, Districto Federal, Territorio e Municipios, a propaganda politica em favor de candidato ou partido contra outros. (grifo do autor)

Algumas alterações sensíveis foram introduzidas. Além da prisão em flagrante, tornou-se possível a prisão do eleitor no período eleitoral em razão de sentença criminal condenatória por crimes inafiançáveis. O legislador, sabiamente, já percebendo a insuficiência protetiva, viu-se na obrigação de incluir entre as exceções legais a possibilidade de prisão em razão de sentença condenatória por crime inafiançável.

Houve retração da garantia dos membros das mesas receptoras, fiscais de candidatos e delegados de partido contra prisões no período eleitoral, passando-se a admitir prisão em flagrante até nos crimes afiançáveis.

A situação do candidato ficou inalterada em relação ao Código Eleitoral de 1932 no que tange à possibilidade de prisão no período eleitoral.

Também ampliou-se o prazo de proibição de comícios e reuniões políticas de caráter público (desde 48 horas até 24h depois do encerramento da votação).

No período do Estado Novo (1937-1945), foram nomeados interventores para o Poder Executivo Estadual e Municipal e as Casas Legislativas foram dissolvidas, não havendo eleições no país. Foi extinta a Justiça Eleitoral.

Posteriormente, o Decreto-Lei n. 7.586, de 28.05.1945 (que restabeleceu a Justiça Eleitoral), assim se referia às garantias eleitorais:

Art. 108 - São assegurados aos eleitores os direitos e garantias ao exercicio do voto, nos termos seguintes:

- 1) ninguém poderá impedir ou embaraçar o exercicio do sufrágio;
- 2) nenhuma autoridade poderá, desde cinco dias antes e até quarenta e oito horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de**

sentença criminal condenatória por crime inafiançável;

3) desde quarenta e oito horas antes, até vinte e quatro horas depois da eleição, não se permitirá propaganda política, mediante radiodifusão, em comícios, ou reuniões públicas;

4) nenhuma autoridade estranha à mesa receptora poderá intervir, sob pretexto algum, em seu funcionamento;

5) os membros das mesas receptoras, os fiscais de candidatos ou os delegados de partidos são invioláveis, durante o exercício de suas funções, não podendo ser presos, ou detidos, salvo em flagrante delito;

6) é proibida, durante o ato eleitoral, a presença de força pública no edifício em que funcionar a mesa receptora, ou nas suas imediações, observado o disposto no art. 76, parágrafo único;

7) não se aplica a Lei Constitucional n.º 2, de 16 de maio de 1938, aos Juizes e funcionários a que incumbir o serviço eleitoral, em qualquer de suas modalidades. (grifo do autor)

A única alteração de relevo em relação à legislação anterior foi o aumento do prazo de vedação de prisão após o encerramento da eleição - de 24 horas para 48 horas.

Após, por meio da Lei n. 1.164, de 24.07.1950 (Código Eleitoral), as garantias eleitorais foram assim vazadas:

Art. 129 - São assegurados aos eleitores os direitos e garantias de exercício do voto, nos termos seguintes:

1) ninguém poderá impedir ou embaraçar o exercício de sufrágio;

2) nenhuma autoridade poderá, desde cinco dias antes e até quarenta e oito horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável;

3) desde quarenta e oito horas antes, até vinte e quatro horas depois da eleição, não se permitirá propaganda política mediante radio-difusão, comícios ou reuniões públicas;

4) os membros das mesas receptoras e os fiscais de partido, durante o exercício das suas funções, não poderão ser detidos ou presos, salvo o caso de flagrante delito; da mesma garantia gozarão os candidatos desde quinze dias antes da eleição;

5) é proibida, durante o ato eleitoral, a presença de força pública, no edifício em que funcionar a mesa receptora, ou nas mediações, observado o disposto no art. 83, parágrafo único;

6) a realização de qualquer ato de propaganda partidária ou eleitoral, que deva ter lugar em recinto aberto, fica apenas subordinada a comunicação por ofício ou telegrama à autoridade competente, que somente poderá designar o local para a reunião, contanto que, assim procedendo, não a fruste ou impossibilite;

7) é vedado aos jornais oficiais, estações de rádio e tipografias de propriedade da União, dos Estados, Distrito e Territórios federais, municípios, autarquias e sociedades de economia mista, a propaganda política favorável ou contrária a qualquer cidadão ou partido;

8) as estações de rádio, mencionadas no inciso, precedente, nos quinze dias anteriores a uma eleição, proporcionarão meia hora diária de irradiação aos órgãos da Justiça Eleitoral, para a divulgação de esclarecimentos referentes ao processo eleitoral.

Art. 130 - As estações de rádio, com exceção das referidas no artigo anterior e das de potência inferior a dez kilowatts, nos noventa dias anteriores às eleições gerais de todo o país ou de cada circunscrição eleitoral, reservarão diariamente duas horas à propaganda partidária, sendo uma delas pelo menos à noite, destinando-as, sob rigoroso critério de rotatividade, aos diferentes partidos, mediante tabela de preços iguais para todos.

Art. 131 - A propaganda eleitoral, qualquer que seja a sua forma, só poderá ser feita em língua nacional.

§ 1º - Os infratores deste artigo ficam sujeitos à pena de três a seis meses de prisão, além da apreensão e perda do material de propaganda, qualquer que seja o meio de divulgação.

§ 2º - O processo para apuração do fato a que se refere este artigo é o das contravenções penais.

§ 3º - Sem prejuízo do processo e da pena constante deste artigo, o juiz eleitoral, o preparador e as autoridades policiais e municipais impossibilitarão imediatamente a propaganda. (grifos do autor)

A novidade introduzida foi em relação aos candidatos: a restrição à prisão foi ampliada para desde 15 dias antes do início da eleição, período em que “a eleição se decide”, ou seja, época em que as intenções de voto vão se firmando na mente do eleitor.

Posteriormente, sobreveio a edição da Lei n. 4.767/65 (atual Código Eleitoral), que no tocante à possibilidade de prisão no período eleitoral acrescentou a hipótese de desrespeito a salvo-conduto:

Art. 236 - Nenhuma autoridade poderá, desde 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto.

§ 1º - Os membros das Mesas Receptoras e os Fiscais de partido, durante o exercício de suas funções, não poderão ser detidos ou presos, salvo o caso de flagrante delito; da mesma garantia gozarão os candidatos desde 15 (quinze) dias antes da eleição.

§ 2º - Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzi-

do à presença do Juiz competente que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator.

A proibição às prisões no período eleitoral – tirante as exceções legais – tem como uma de suas principais finalidades coibir abusos e evitar “armações” que causem repercussões de tal monta que possam influenciar o eleitor ou colocar em dúvida, por interesse de partidos políticos, os resultados de uma eleição. (grifo do autor)

Ninguém duvida que uma segregação cautelar indevidamente decretada (seja de eleitor ou candidato a cargo eletivo) possa ser decisiva no resultado de uma eleição, independentemente dos cargos em disputa.

3. HIPÓTESES DE CABIMENTO DA PRISÃO NOS PRAZOS DO ARTIGO 236 DO CÓDIGO ELEITORAL

Apresentar-se-á um pequeno apanhado de **situações em que, na interpretação convencional do art. 236 do Código Eleitoral, é cabível a prisão provisória de eleitores no período eleitoral.** (grifo do autor)

É preciso lembrar que o artigo 236 da Lei n. 4.737/65 (Código Eleitoral) veda a prisão de **eleitor**, que é o brasileiro maior de 18 anos que se alistou na forma da lei – art. 4º do Código Eleitoral.³

A observação é importante na medida em que, desavisadamente, alguns operadores do Direito pensam que os empecilhos à custódia cautelar se estendem a toda e qualquer pessoa, com exceção das hipóteses de flagrante delito, sentença condenatória por crime inafiançável e desrespeito a salvo-conduto.

Desta forma, desde que, é claro, presentes os requisitos autorizadores, pode ser feita nos prazos do artigo 236 do CE a **prisão provisória de pessoa que não pode exprimir-se na língua nacional**, já que nessa situação não pode se alistar como eleitor. (grifo do autor)

É possível no período eleitoral a prisão de indivíduo que não se alistou como eleitor, embora preenchendo os requisitos para tanto. É uma situação deveras corriqueira o fato de que muitas pessoas que atingiram os 18 anos de idade não tomaram as necessárias providências para efetuar seu alistamento eleitoral.⁴ (grifo do autor)

³ O alistamento eleitoral e o voto são facultativos para os maiores de 16 e menores de 18 anos, nos termos do art. 14, I, “c”, da CF/88. No entanto, eles não estão sujeitos à prisão por serem inimputáveis; sua situação é regrada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁴ O artigo 14, § 1º, inciso I, da CF/88 prevê o alistamento obrigatório para os maiores de 18 anos.

Já o inciso II do § 1º do artigo 14 da CF/88 prevê alistamento facultativo para o analfabeto. Assim, **o analfabeto, embora maior de 18 anos, desde que não alistado eleitoralmente, não estará ao abrigo do disposto no artigo 236 do Código Eleitoral, podendo ter sua prisão provisória decretada.** (grifo do autor)

Não podem alistar-se como eleitores os conscritos, durante o período do serviço militar obrigatório, nos termos do artigo 14, § 2º, da CF/88.⁵ (grifo do autor)

Conscritos são aqueles que prestam o serviço militar obrigatório.⁶ Os conscritos anteriormente alistados perante a Justiça Eleitoral estão impedidos de exercer o direito de voto durante o período da conscrição.⁷

O conceito de conscrito também abrange o aluno de órgão de formação da reserva. Ele fica proibido de votar, ainda que anteriormente alistado.⁸

Na lição de ALEXANDRE DE MORAES ⁹:

O conceito de conscrito estende-se aos médicos, dentistas, farmacêuticos e veterinários que prestam serviço militar obrigatório a teor da Lei n. 5.292. Também aos que prestam serviço militar na condição de prorrogação de engajamento incidem restrições da Constituição Federal, com base no art. 14, § 2º (Resolução TSE n. 15.850, Rel. Min. Roberto Rosas).

O artigo 236 do CE não agasalha a situação daqueles que estão com o seu alistamento eleitoral cancelado, o que ocorre, no que interessa ao pre-

⁵ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Resolução n. 15.099. Rel. Min. Antônio Villas Boas Teixeira de Carvalho. 09.03.89. 1. Alistamento. Voto. Serviço militar obrigatório. O eleitor inscrito, ao ser incorporado para prestação do serviço militar obrigatório, deverá ter sua inscrição mantida, ficando impedido de votar, nos termos do art. 6, II, "c", do Código Eleitoral (precedente: Res. TSE 15.072, de 28.02.89). 2. Alistamento. Policiais militares. CF, art.14, parágrafo 2º. **Os policiais militares, em qualquer nível de carreira são alistáveis, tendo em vista a inexistência de vedação legal.** In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.1, 19 set. 1989. Seção 1.

⁶ Na verdade, segundo o Regulamento da Lei do Serviço Militar (Artigo 3º, 5º, Decreto n. 57.654, de 20 de janeiro de 1966), conscritos são definidos como os brasileiros que compõem a classe chamada para a seleção, tendo em vista a prestação do Serviço Militar inicial.

⁷ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Resolução n. 20.165. Rel. Min. Nilson Vital Naves. 07.04.98. Alistamento eleitoral - Impossibilidade de ser efetuado por aqueles que prestam o serviço militar obrigatório - Manutenção do impedimento ao exercício do voto pelos conscritos anteriormente alistados perante a justiça eleitoral, durante o período da conscrição. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.85, 14 maio 1998. Seção 1.

⁸ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Resolução n. 15.850. Rel. Min. Roberto Ferreira Rosas. 03.11.89. 1. Eleitor. Serviço militar obrigatório. 2. Entendimento da expressão "conscrito" no art. 14, parag. 2º da CF. 3. Aluno de órgão de formação da reserva. Integração no conceito de serviço militar obrigatório. Proibição de votação, ainda que anteriormente alistado. 4. Situação especial prevista na Lei 5.292. Médicos, dentistas, farmacêuticos e veterinários. Condição de serviço militar obrigatório. 5. Serviço militar em prorrogação ao tempo de soldado engajado. Implicação do art. 14, parag. 2º da CF. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.17390, 21 nov. 1989. Seção 1.

⁹ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004. p.541-542.

sente estudo, nas hipóteses de o eleitor deixar de votar em três eleições consecutivas e nos casos de perda ou suspensão dos direitos políticos. (grifo do autor)

A perda dos direitos políticos dar-se-á em duas hipóteses: a) cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; e b) recusa de cumprir obrigação imposta ou prestação alternativa.¹⁰

Já a **suspensão dos direitos políticos** (privação temporária de direitos políticos) pode acontecer em três hipóteses: a) incapacidade civil absoluta; b) condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; e c) improbidade administrativa (CF/88, art. 15, incisos II, III e V). (grifo do autor)

Em se tratando de condenação criminal transitada em julgado, a suspensão dos direitos políticos se dá nada importando se a infração penal é de natureza dolosa ou culposa, ou se é crime ou contravenção¹¹. O fato de a pena carcerária ser substituída por restritiva de direitos também não modifica a situação de suspensão dos direitos políticos.

ALEXANDRE DE MORAES¹², ao tratar dos efeitos da condenação criminal, ensina que:

[...] a suspensão dos direitos políticos persistirá enquanto durarem as sanções impostas ao condenado, tendo total incidência durante o período de livramento condicional, e, ainda, nas hipóteses de prisão albergue ou domiciliar, pois somente a execução da pena afasta a suspensão dos direitos políticos com base no art. 15, inciso III, da Constituição Federal. Em relação ao período de prova do *sursis*, por tratar-se de forma de cumprimento da pena, o sentenciado igualmente ficará privado temporariamente de seus direitos políticos.¹³

Já decidiu o Tribunal Superior Eleitoral que o ajuizamento de revisão cri-

¹⁰ Ensina José Afonso da Silva que "[...] pela simples escusa de consciência não se perdem os direitos políticos, mas apenas se o escusante também recusar a cumprir a prestação alternativa." In: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p.336.

¹¹ Registre-se aqui, no entanto, entendimento minoritário no sentido de que não há suspensão dos direitos políticos nas sentenças condenatórias transitadas em julgado pela prática de contravenções penais: "[...] condenação criminal não tem o mesmo significado que 'condenação penal'. [...] Crime é uma infração penal e contravenção penal é uma infração penal. A condenação penal abrange a ambos. A condenação criminal, todavia, só se refere ao primeiro. Destarte, o condenado por contravenção penal não está sujeito à suspensão dos direitos políticos" (TRE-SP – Representação, Processo 10.028, Classe 7ª, Acórdão n. 126.963, Relator Juiz Souza José, 10.10.96). In: MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.588.

¹² *Op. Cit.* p.587-588.

¹³ "Em face do disposto no artigo 15, III, da Constituição Federal, a suspensão dos direitos políticos se dá ainda quando, com referência ao condenado com sentença criminal transitada em julgado, esteja em curso o período da suspensão condicional da pena" (STF – Pleno – Rextr 179/502-SP). In: MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.589.

minal não produz efeitos em relação à suspensão dos direitos políticos.¹⁴

PRISÃO EM FLAGRANTE

A palavra flagrante é de origem latina – *flagrare*, que significa queimar. No âmbito jurídico, diz respeito ao delito que está sendo cometido, que está acontecendo naquele exato momento, e que permite a prisão do seu autor sem a necessidade de mandado judicial.

As situações configuradoras de flagrante delito estão previstas no artigo 302, incisos I a IV, do CPP.¹⁵

Breve observação se faz sobre a prisão em flagrante nos crimes permanentes, quando então a situação de flagrância se estende no tempo.

Segundo lição de FERNANDO CAPEZ¹⁶ no crime permanente:

[...] o momento consumativo se protraí no tempo, e o bem jurídico é continuamente agredido. A sua característica reside em que a cessação da situação ilícita depende apenas da vontade do agente, por exemplo, o seqüestro (art. 148 do CP).

SENTENÇA CONDENATÓRIA POR CRIME INAFIANÇÁVEL

No prazo do art. 236 do CE é possível a prisão de eleitor que tenha contra si uma sentença condenatória por crime inafiançável. Não é exigido que a sentença tenha transitado em julgado, bastando que na sentença não tenha sido reconhecido o direito de o acusado aguardar em liberdade o julgamento do apelo.

Crimes inafiançáveis são: a) os que têm pena mínima superior a dois anos de reclusão (art. 323, inciso I, do CPP), como, por exemplo, o homicídio doloso, estupro, atentado violento ao pudor, roubo, etc; b) os de racismo, crimes hediondos, tortura, tráfico de entorpecentes, terrorismo e a ação de grupos arma-

¹⁴ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 9.760. Rel. Min. José Eduardo Rangel de Alckmin. 29.09.92. - Inelegibilidade. Art. 15, III e V e art. 7º, parágrafo 4º, da CF. - A execução da pena afasta a referida causa de inelegibilidade. In: **Tribunal Superior Eleitoral**, Brasília, DF, publicado em sessão, p.1, 29 out. 1992.

¹⁵ Art. 302 – Considera-se em flagrante delito quem: I – está cometendo a infração penal; II – acaba de cometê-la; III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido, ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

¹⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 7.ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2004. p.246.

dos, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, inc. XLII, XLIII e XLIV, da CF/88); c) os crimes punidos com reclusão que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça.

Se a prisão do eleitor é cabível na hipótese em que a sentença condenatória por crime inafiançável não transitou em julgado, a fortiori será possível quando o trânsito em julgado já houver ocorrido. (grifo do autor)

No que concerne aos membros da mesa receptora de votos, fiscais de partidos ou coligações e candidatos, a restrição à prisão no período eleitoral fica ampliada – art. 236, § 1º, do CE.

Os membros das mesas receptoras, fiscais e delegados de partido¹⁷ não podem ser presos salvo em caso de flagrante delito, enquanto estiverem no efetivo exercício de suas funções. Fora delas, a situação equipara-se a de um eleitor comum, aplicando-se a regra contida no *caput* do art. 236 do CE.

Os candidatos a cargos eletivos não podem ser presos desde 15 dias antes da data prevista para as eleições, à exceção da hipótese de flagrante delito.

Cumpra fazer referência que tramita atualmente no Congresso Nacional projeto de lei de autoria do senador Francisco Pereira (PL-ES), que visa a acrescentar duas novas exceções à proibição de prisão de candidatos nos prazos do artigo 236 do CE, quais sejam: a) sentença condenatória transitada em julgado, e b) prisão preventiva decretada antes do início do período de 15 dias que o dispositivo determina.

DESRESPEITO A SALVO-CONDUTO

No seu artigo 235, o Código Eleitoral autoriza ao juiz eleitoral ou ao presidente da mesa receptora de votos expedir salvo-conduto - com cominação de prisão de até 05 dias em caso de desobediência – em favor de eleitor que sofrer violência, moral ou física, na liberdade de votar, **ou pelo fato de ter votado.** (grifo do autor)

A finalidade do salvo-conduto é garantir que o eleitor não sofra qualquer espécie de coação ou constrangimento quando está se dirigindo a sua seção de votação, enquanto vota e após ter votado.

¹⁷ Os delegados de partidos devem ser equiparados aos membros da mesa receptora e fiscais de partidos e coligações no que pertine às restrições à prisão no período eleitoral, por analogia *in bonam partem*. In: DECOMAIN, Pedro Roberto; PRADE, Péricles. **Comentários ao Código Eleitoral**. São Paulo: Dialética, 2004. p.300.

Como já visto, em muitos rincões do Brasil onde ainda imperam o “coronelismo” ou o trabalho “semi-escravo”, é muito comum haver facilidades para coagir eleitores.

A medida pode ser ordenada, como explica FÁVILA RIBEIRO¹⁸:

[...] não apenas contra autoridade policial ou autoridade pública em geral, dispendo de maior elastério, recaindo contra qualquer pessoa que esteja a ocasionar gravame, físico ou moral, à liberdade de voto. Nessas condições, o salvo-conduto poderá ser emitido em favor do eleitor em virtude de coação emanada de patrão contra o seu empregado, do proprietário contra os seus colonos ou rendeiros, do dirigente sindical contra associados, do diretor de estabelecimento de ensino contra os seus discípulos, do chefe de família contra o outro cônjuge, seus filhos e dependentes, enfim, genericamente, contra quem quer que esteja a cometer violência moral ou física sobre o desempenho do eleitor no ato de votação.

O salvo-conduto é válido das 72h anteriores ao início da votação até 48h depois do seu encerramento.

Em consequência do que foi exposto, estão vedadas, na interpretação “tradicional” do artigo 236 do Código Eleitoral, as prisões temporárias; prisões preventivas; as decorrentes de sentença de pronúncia e de sentenças condenatórias por crimes afiançáveis; a prisão do depositário infiel.

Esclareça-se, por oportuno, que no período previsto no artigo 236 do CE não pode ser feita a prisão do eleitor devedor de alimentos por não estar albergada pelas exceções do citado dispositivo legal, conforme ensinam PEDRO ROBERTO DECOMAIN e PÉRICLES PRADE.¹⁹

4. RELEITURAS DO ART. 236 DO CÓDIGO ELEITORAL

Estudou-se retro os casos em que, na interpretação tradicional (literal) do artigo 236 do Código Eleitoral, as prisões de eleitor podem (ou não) ser efetuadas.

No entanto, a insatisfação dos juristas em geral com a rigidez do texto legal, inadequado para fazer frente às candentes necessidades de, em alguns casos durante o período eleitoral, decretarem-se prisões provisórias, vem pau-

¹⁸ RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.415.

¹⁹ *Op. Cit.* p.300.

latinamente obrigando os operadores do Direito a fazer novas leituras sobre o artigo 236 do Código Eleitoral, flexibilizando-o em atendimento ao direito constitucional à segurança e ao princípio da efetividade do processo.

Com efeito, parece ser quase um consenso entre os doutrinadores que a interpretação tradicional conferida ao art. 236 do Código Eleitoral não vem ao encontro dos ditames da justiça social e do direito à segurança.

No tópico seguinte, serão vistos alguns posicionamentos que vão desde a afirmação de inconstitucionalidade do artigo 236 do CE, sua revogação, até sua aplicabilidade restrita aos crimes eleitorais, passando pelos ensinamentos de que a prisão por determinação de autoridade judicial no período eleitoral não é vedada pela norma em comento e de que é possível o cumprimento da ordem de prisão no período eleitoral, desde que decretada anteriormente a esse período.

4.1 REVOGAÇÃO E INCONSTITUCIONALIDADE

JOEL J. CÂNDIDO²⁰, eminente especialista em Direito Eleitoral, no plano doutrinário é uma das vozes que se levanta para afirmar a revogação do artigo 236 do Código Eleitoral. E o faz nos seguintes termos:

Hoje, com a vigência do art. 5º, LXI²¹, da Constituição Federal, o art. 236 e § 1º, do Código Eleitoral, está revogado. Mesmo fora daqueles períodos, ninguém pode ser preso, a não ser nas exceções mencionadas na lei. E pelas exceções constitucionais a prisão será legal, podendo ser efetuada mesmo dentro dos períodos aludidos no Código Eleitoral. Em resumo: se a prisão não for nos moldes da Constituição Federal, nunca poderá ser efetuada; dentro dos limites da Constituição Federal pode sempre ser executada, mesmo em época de eleição.

A Constituição brasileira, tão pródiga na concessão de direitos, não oporia qualquer óbice para que a prisão de eleitores se fizesse dentro do período citado no artigo 236 do CE.

²⁰ CÂNDIDO, Joel José. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 10.ed. Bauru: Edipro, 2003. p.303.

²¹ O inciso LXI do artigo 5º da CF/88 possui a seguinte redação: "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

Acatando-se *in totum* tal ordem de idéias, forçoso seria também concluir que o artigo 298 do Código Eleitoral estaria revogado.²²

Já na senda na inconstitucionalidade, argumenta-se que a vedação posta no artigo 236 do CE consagra verdadeira afronta ao princípio da isonomia, criando duas classes de cidadãos, uma sujeita às prisões cautelares no período do artigo 236 do CE e outra imune pela simples condição de ser eleitora.

Na visão dos críticos, o art. 236 da Lei n. 4.737/65 estaria criando um supercidadão, que no período especificado não poderia ser preso. O alistamento eleitoral e o direito de votar seriam os diferenciais. **A discriminação não se justificaria, até mesmo porque o não-alistado eleitor também tem participação política, influenciando outros com sua opinião, trabalhando para candidatos, cobrando realizações da classe política, etc.** (grifo do autor)

Cite-se outra possível situação que violaria o princípio da isonomia: dois indivíduos que praticaram o mesmo delito censurável, ostentando um a condição de eleitor e o outro não. O último poderá ser preso preventivamente no período do artigo 236 do CE enquanto o primeiro não, dada a sua condição de eleitor.

De outro lado, poderíamos ter situações teratológicas com a aplicação irrestrita do art. 236 do CE. Por exemplo: um indivíduo eleitor que cometesse um delito de furto no período eleitoral poderia ter sua liberdade restringida pela prisão em flagrante (prisão provisória). Já um narcotraficante, um estuproador ou um latrocida, indivíduos socialmente muito mais perigosos e que cometeram delitos que causam grande clamor social, não poderiam ter a prisão preventiva ou a prisão temporária decretadas.

Isso não se poderia admitir, pois, como lembra CARLOS MAXIMILIANO²³:

Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis.

Em comentário ao artigo 236 do CE, MARCOS RAMAYANA²⁴ tece as seguintes e judiciosas considerações:

²² Art. 298. Prender ou deter eleitor, membro de Mesa Receptora, Fiscal, Delegado de partido ou candidato, com violação ao disposto no art. 236: Pena – reclusão até quatro anos.

²³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19.ed. São Paulo: Forense, 2005. p.136.

²⁴ RAMAYANA, Marcos. *Código Eleitoral Comentado*. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2004. p.353.

Consagra o artigo legal evidente exagero, que não mais merece permanecer na ordem jurídica, pois os motivos que embasaram o legislador para a adoção da regra não prevalecem nos tempos atuais.

No entanto, do texto acima não fica claro se RAMAYANA considera o artigo 236 da Lei n. 4.737/65 inconstitucional ou, simplesmente, desnecessário.

Importante referir que no Congresso Nacional tramita o Projeto de Lei n. 7.573/2006²⁵, de autoria do deputado Fernando de Fabinho (PFL-BA), que propõe a revogação pura e simples do artigo 236 do Código Eleitoral. A redação do projeto é a seguinte:

PROJETO DE LEI N. 7.573/2006

Revoga o art. 236 do Código Eleitoral.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º - Esta lei revoga o art. 236 da Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965, que institui o Código Eleitoral, de maneira a relativizar o princípio do direito de voto diante do princípio da segurança da sociedade, permitindo em todo o território nacional a prisão dos cidadãos, mesmo no período compreendido entre os cinco dias que antecedem e as quarenta e oito horas que se sucedem à eleição.

Art. 2º - Revogue-se o art. 236 da Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965.

Art. 3º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Na justificativa do projeto de lei, Sua Excelência faz as seguintes e judiciosas considerações, que certamente externam o pensamento de respeitável parcela da comunidade jurídica e do povo em geral:

[...] sopesando o direito de voto e o direito de segurança da sociedade contra os indivíduos que atentam contra os valores que lhe são caros, o legislador preferiu o primeiro, estabelecendo algumas exceções. No entanto, passadas mais de quatro décadas da entrada em vigor da norma e vivendo nós hoje em um mundo muito mais violento, penso que não mais se justifica tal garantia eleitoral. O livre exercício do sufrágio há de ser garantido de outra forma, mas não mais dando um salvo-conduto de uma semana a inúmeros criminosos, para que circulem tranqüilamente no período das eleições.

²⁵ Projeto de lei apensado ao projeto de lei n. 3.735/200, de autoria do deputado Dr. Hélio (PDT-SP), que visa acrescentar, às ressalvas contra a prisão ou detenção de qualquer eleitor, no período compreendido entre os cinco dias anteriores e as quarenta e oito horas após o encerramento do pleito eleitoral, a hipótese de cumprimento de mandado de prisão expedido por autoridade judiciária competente, nos casos tipificados como crimes hediondos, assim definidos pela Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990.

4.2 VEDAÇÃO À PRISÃO SOMENTE PARA CRIMES ELEITORAIS

Em interessante e instrutivo artigo publicado no Jornal Correio Braziliense de 30.09.2002 (Caderno Direito & Justiça), FRANCISCO RODRIGUES DA SILVA, membro do Poder Judiciário de Pernambuco, defende que a vedação à prisão de eleitor nos prazos do art. 236 da Lei n. 4.737/65 diz respeito exclusivamente aos processos por prática de crimes eleitorais propriamente ditos, excluindo-se as demais espécies de delitos.

Textualmente, é referido:

Os crimes eleitorais foram criados e instituídos pelo Legislativo federal, como fundamento e reflexo maior da República Federativa do Brasil, levando em meta a cidadania e o pluralismo político, para garantir e assegurar a soberania popular mediante plebiscito e referendo exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, obrigatório e facultativo. Essas infrações penal-eleitorais são conceituadas e definidas no Código Eleitoral (artigos 289 a 354 da Lei n. 4.737, de 15.07.1965) [...].

[...]

Com efeito, para os crimes propriamente eleitorais, e somente para eles, não cabendo para os demais crimes, o Código Eleitoral pátrio, no intuito manifesto de assegurar e garantir o sufrágio universal, em prol da cidadania, que se reflete no direito de votar e ser votado e até mesmo para evitar as conhecidas “denúncias pré-fabricadas”, inclusive à instauração de “processos-eleitóreiros” contra adversários políticos nos períodos eleitorais, se antecipou, dizendo o seguinte:

Art. 236 - 1º. [...].

Não nos esqueçamos, sob outro enfoque, que o Código Eleitoral adotou providências iminente (rápida, à época de sua edição) e eminente (de qualidade) com o objetivo de evitar prisões advindas de “queixas eleitorais temerárias” e instauração de “processos forjados” contra desafetos e adversários políticos no período considerado, por lei, como do pleito ou em razão dele. **Essa causa inteligente e legal, e nesse aspecto aplaudimos de público, de suspensão temporária da eficácia de mandado de prisão, prevista somente no Código de Rituabilidade Eleitoral, nas hipóteses que não haja incompatibilidade com a Constituição Federal, se dirige à ordem de segregação processual a bem do rito eleitoral - não confundir com processo criminal eleitoral - por crime exclusivamente previsto nos artigos do Diploma Punitivo Eleitoral, jamais por crime de outra natureza** (crime comum, federal, militar, tributário, econômico, de responsabilidade etc.), previstos no Código Penal e leis especiais. **Nesse viés, se ninguém deve ser segregado ou levado à prisão por fato alheio, estranho, sem conexão ou continência com o fato-crime**

objeto de prisão previamente definido em lei como crime, é intuitivo também que ninguém mereça ser beneficiado por um privilégio dado a certa modalidade de crime. Trocando em miúdos, ninguém tem o direito de que seja suspensa ou sobrestada ordem de prisão por um crime comum, quando referido privilégio foi concedido tão-somente aos crimes eleitorais em benefício de procedimento eleitoral. Daí admitirmos, entretanto, que ordem judicial de prisão daquele período, de fato e de direito, deve ser sobrestada, porém unicamente por fato indigitado criminoso na órbita eleitoral, a bem dos objetivos da República Federativa do Brasil, quais sejam, a soberania popular e a cidadania, não se cogitando em crimes de outras naturezas e diverso do pleito. (grifos do autor)

As assertivas do culto magistrado apontam, portanto, para a necessidade de utilizar-se da técnica de “interpretação conforme a Constituição” para compatibilizar o art. 236 da Lei n. 4.737/65 com a Carta Magna.

Na técnica de interpretação conforme a Constituição, obter-se-ia uma única interpretação do art. 236 do Código Eleitoral, afastando-se as demais interpretações possíveis.

Segundo o magistério de GILMAR MENDES²⁶, na interpretação conforme a Constituição o Tribunal declara qual das possíveis interpretações se revela compatível com a Lei Fundamental. Essa forma de decisão possui flexibilidade, que permite renúncia ao formalismo jurídico em nome da idéia de justiça material e da segurança jurídica.

Não há se confundir essa técnica com a declaração de nulidade sem redução de texto, na qual os órgãos da Administração Pública e do Poder Judiciário ficam impedidos de adotar determinadas interpretações, mas sem prejuízo das demais existentes.

Na interpretação conforme a Constituição, esclareça-se, o Poder Judiciário e a Administração Pública ficam proibidos de patrocinar toda e qualquer interpretação diversa daquela encampada pela Corte Constitucional.

4.3. CABIMENTO DE PRISÃO PROVISÓRIA POR ORDEM JUDICIAL

Em outro importante trabalho doutrinário²⁷, no qual também é feita uma interpretação conforme a Constituição, GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO sustenta que o preceito do artigo 236 da Lei n. 4.737/65 visa, em

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.287.

²⁷ A prisão de eleitores nas vésperas da eleição. In: *Boletim IBCCRIM*. n.20. set. 1994.

razão da importância de um pleito eleitoral para a Nação, evitar embaraços ilícitos ao exercício de voto. No entanto, fundado o impedimento em ordem judicial ou inquérito policial, em sede de segregação cautelar, não há como considerar tal circunstância um óbice ilícito ao exercício do sufrágio.

Prossegue o autor dizendo que:

[...] não haverá, no ato de custódia, qualquer desvio ou abuso de poder de autoridade contrário a liberdade de voto (artigo 237 do C.E.). Haverá, sim, a ação da autoridade em prol da sociedade visando a responsabilização eficaz do cidadão pela prática de delito, com sua segregação por força de permissivo judicial evidenciando não estar ele apto a permanecer livre.

Concluindo, afirma que seu posicionamento é no sentido de:

[...] que a ordem de prisão passada por autoridade judiciária competente, seja de cunho definitivo, seja de cunho cautelar, não pode ser entendida como óbice a legítimo exercício de sufrágio, nem abuso de poder em desfavor da liberdade do voto, podendo ser cumprida mesmo no lapso estipulado no artigo 236 da Lei Eleitoral.

Essa linha de idéias desafia novamente a aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição. O enfoque dado pelo autor sugere que a vedação à prisão nos prazos do art. 236 do CE diz respeito, tão-somente, aos embaraços ilícitos para o exercício do sufrágio, e não à normal atividade jurisdicional de decretação de prisões, sejam elas cautelares ou definitivas.

4.4. O SIGNIFICADO DO VERBO “PRENDER” NO *CAPUT* DO ART. 236 DO CÓDIGO ELEITORAL

Finalmente, é de serem feitas algumas considerações sobre o significado do verbo “prender”, contido no *caput* do artigo 236 do CE.

Autores há que sustentam que a prisão de um acusado possui dois momentos distintos: a decretação e a execução do comando judicial.

Segundo PAULO GUIMARÃES, especialista em Direito Eleitoral:

Quando o Código Eleitoral afirma que nenhuma autoridade pode

“prender” candidatos em um determinado período, ele se refere à decretação, e não ao ato físico de prender. Assim, se a prisão foi decretada antes do período previsto no artigo 236 do CE, é válida e pode ser executada a qualquer momento, até que sobrevenha ordem judicial em sentido contrário.

Comentando sobre a possibilidade de prisão de candidato a cargo eletivo do Distrito Federal no prazo previsto no artigo 236 do CE, LEOVEGILDO MORAIS, criminalista e ex-procurador da República, assevera:

O que o Código Eleitoral visa proteger, em seu artigo 236, é o abuso de poder, a perseguição política contra um candidato. A intenção é impedir que, por força de algum motivo político, o candidato venha a ser preso no período de 15 dias antes e 48 horas depois da votação. Obviamente, isso não se aplica a quem teve a prisão decretada antes do período em questão. Nesse caso, trata-se apenas da execução de uma ordem judicial.

O raciocínio de que no período eleitoral possa ser executada a ordem de prisão decretada antes do seu início seria totalmente aplicável à situação do eleitor e das pessoas referidas na primeira parte do § 1º do art. 236 do Código Eleitoral.

Relembre-se que tramita no Congresso Nacional projeto de lei²⁸ de autoria do senador Francisco Pereira (PL-ES), que autoriza a prisão preventiva de candidato nos casos de ter sido decretada antes do início do período de 15 dias que o artigo 236, § 1º, do CE, determina.

5. VISÃO CRÍTICA DOS POSICIONAMENTOS EXTERNADOS NOS ITENS 4.1, 4.2, 4.3 E 4.4.

Em que pese respeitáveis os quatro posicionamentos acima mencionados, crê-se não ser possível fazer interpretações tão restritivas do artigo 236 do CE, ou, ainda, considerá-lo revogado ou simplesmente inconstitucional. Salvo

²⁸ Art. 1º - O § 1º do art. 236 da Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral, passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 236 – [...] § 1º - Os membros das Mesas Receptoras e os Fiscais de Partido, durante o exercício de suas funções, não poderão ser detidos ou presos, salvo o caso de flagrante delito; da mesma garantia gozarão os candidatos, desde quinze dias antes das eleições, salvo o caso de flagrante delito, sentença transitada em julgado e prisão preventiva decretada antes do início do período estipulado neste artigo (NR)". Art. 2º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

melhor juízo, a garantia do direito ao voto e o direito à segurança não só podem como devem coexistir no nosso ordenamento jurídico. As propostas hermenêuticas vistas nos itens 4.1, 4.2, 4.3 e 4.4 esvaziam de maneira muito significativa a garantia do direito ao voto editada pelo legislador positivo.

RUI STOCCO e LEANDRO DE OLIVEIRA STOCCO²⁹ não compartilham do entendimento que o art. 236 do CE estaria revogado. Sustentam esses autores que:

[...] o só fato do advento da Constituição Federal e do disposto no seu art. 5º, inciso LXI não tem o condão de impedir que a lei específica (Cód. Eleitoral) estabeleça regras de exceção e de validade temporária para o período eleitoral, voltadas à proteção e regularidade do pleito e para assegurar o direito constitucional do exercício da cidadania através da manifestação da vontade, expressada através do voto. Aliás, este Código Eleitoral foi posto a lume quando vigorava uma outra Constituição, que já previa a possibilidade de prisão com as garantias que especificava e nas hipóteses previstas em lei infraconstitucional, cuja sede principal é o Código de Processo Penal.

A época de eleições (independentemente dos cargos em disputa), pelas suas características específicas e grandes transformações, que dizem respeito à própria organização do Estado, é um período de exceção. **E nesse período de exceção deve ter primazia a legislação eleitoral.** (grifo do autor)

São vários os motivos que ainda justificam, **embora com alguns temperamentos**, a garantia prevista no artigo 236 do Código Eleitoral. Mencionar-se-á alguns. (grifo do autor)

1) Especialmente nas eleições municipais, é assaz comum os candidatos aos cargos eletivos majoritários ou proporcionais se elegerem por escassa margem de votos, que algumas vezes não chega a uma dezena. Candidatos nas eleições proporcionais perdem eleições ou tornam-se suplentes por um ou dois votos. Nas últimas eleições municipais (2004), candidatos foram eleitos com apenas dois ou três votos de vantagem sobre seus adversários.³⁰ Em outros casos, candidatos à vereança obtiveram o mesmo número de votos, tendo a ocupação do cargo eletivo de ser decidida por critérios de desempate.³¹ Nessas

²⁹ STOCCO, Rui; STOCCO, Leandro de Oliveira. **Legislação Eleitoral Interpretada** – Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.751.

³⁰ Nas eleições municipais de 2004, por exemplo, Darci Savegnago (PT) elegeu-se Prefeito de Taquarucu do Sul/RS, com 999 votos, enquanto seu concorrente, Vanderlei Zanatta (PMDB), fez 996 votos.

³¹ Por exemplo, em Sarzedo (MG), Expedito João Bernardo (Pastor Expedito) e Marlene Ribeiro (Marlene do Sítio), ambos candidatos a Vereador pelo PDT, fizeram 151 votos, elegendos-se o primeiro por ser o mais idoso.

situações, vê-se bem que a prisão de um ou dois eleitores do candidato que se sagrou vencedor, feita no período do art. 236 do CE, poderia inverter completamente o resultado das eleições, fraudando-se, assim, a vontade popular.

2) A prisão de candidatos e fiscais e delegados de partidos ou coligações, especialmente após o término da votação, poderia ensejar fraudes nas eleições por falta de fiscalização na apuração de votos.

Antes do advento das urnas eletrônicas, a apuração dos votos era feita manualmente, com anotações em planilhas, e sujeita a vários erros, de forma que uma fiscalização intensa dos partidos era primordial para que não houvesse distorção da vontade popular externada nas urnas.

Claro que hoje, em razão da utilização das urnas eletrônicas, as apurações dos votos não se estendem por vários dias, como antigamente, e as chances de fraudes e erros diminuíram bastante, mas nem por isso a fiscalização deve ser negligenciada, pois é fator de legitimação do pleito.

FÁVILA RIBEIRO³² faz as seguintes observações ao comentar o § 1º do art. 236 do Código Eleitoral:

Enquanto para os mesários e fiscais de partidos não houve cronometração de tempo, em relação aos candidatos recua essa garantia aos 15 dias que precedem as eleições. Para os mesários, o lapso de tempo pode ser mais dilatado se for cometido à própria mesa receptora o encargo de proceder também à contagem de votos, nos termos dos arts. 188-189 do Código Eleitoral. Se houver essa distensão funcional, persistirão em atividade os mesários, ficando ainda amparados pela garantia até o completo encerramento dos trabalhos.

No tocante aos fiscais, para os que devam atuar exclusivamente nas atividades pertinentes à votação, logo após a sua realização ficam desprovidos da garantia eleitoral. **Para os que estejam no desempenho de atividade de fiscalização na fase de apuração é compreensível que se dilate a garantia até que se concluam os trabalhos de apuração da circunscrição em que estejam participando. Quanto aos candidatos retrocede a proteção legal a 15 dias antecedentes ao pleito, e deve manter-se eficaz enquanto estiver pendente a apuração para que tenham ensejo de assistir e participar de todos os trabalhos em resguardo de seus interesses e da própria mecânica representativa.** (grifos do autor)

³² RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.417-418.

3) A prisão do eleitor é vedada desde cinco dias antes do pleito para que ele não possa ser preso enquanto se desloca para a sua seção de votação. Em 1932, quanto a garantia da vedação à prisão no período eleitoral foi criada, o Brasil era um país em que a maioria da população vivia em zonas rurais, distante, portanto, dos locais de votação. Não raro, o deslocamento até uma sessão eleitoral poderia levar alguns dias. Os meios de transporte também eram precários, de forma que o eleitor se deslocava com carroças ou até mesmo a pé, fazendo dois ou três dias de caminhada.

Mesmo nos dias atuais, o eleitor pode levar dias para deslocar-se até sua seção eleitoral. Isso ocorre especialmente quando o eleitor mora em um Estado da Federação e vota em outro. É comum eleitores sequer transferirem seu título para a cidade em que moram, justamente para no dia da eleição poderem visitar familiares e parentes na cidade à qual seu título eleitoral ficou vinculado.

4) Outro motivo para vedar a prisão no período eleitoral foi evitar o abuso da força policial para intimidar o eleitor. Era comum, especialmente nas pequenas comunas, uma espécie de subordinação da polícia aos poderosos locais. Policiais eram facilmente cooptados pelos “coronéis” locais e atuavam a seu serviço, intimando eleitores com ameaças de prisão para que votassem ou deixassem de votar em determinados candidatos. **Muitas vezes a prisão era feita em caráter de represália, imediatamente após a eleição, motivo também para que a garantia eleitoral fosse estendida para até 48 horas após o encerramento da votação.** (grifo do autor)

Não é incomum membros das corporações policiais, especialmente nas pequenas cidades, terem afinidades com políticos locais, fato que às vezes enseja intimidação do eleitor identificado com as cores partidárias opostas, por medo de alguma “armação” ou vindita.

Oportuno lembrar que até o advento do Código Eleitoral de 1932 não havia, na prática, o voto secreto, de forma que era fácil os chefes locais saberem em quem determinados eleitores votaram.³³

É de bom alvitre ressaltar que os membros do Poder Judiciário também eram muito sujeitos às influências dos chefes políticos locais, nem sempre exercendo os juízes suas funções com a isenção necessária.

Não caia no olvido, por exemplo, que mais recentemente na nossa história o **Ato Institucional n. 5**, de 1968, conferiu ao chefe do Poder Executivo Federal poderes para demitir, remover, aposentar ou colocar em disponibilidade

³³ Para se ter uma boa visão do poder dos chefes locais em determinar o voto dos eleitores de alguma forma subordinados à sua “autoridade”, imperdível a leitura da obra “Coronelismo, enxada e voto”, de Victor Nunes Leal.

os magistrados, sendo **suspensas as garantias constitucionais da vitaliciedade e inamovibilidade**. Sem a garantia da inamovibilidade, se um magistrado proferir uma decisão que vá contra os interesses de um chefe do Executivo, por manobras políticas poderia ser transferido para uma Comarca distante. (grifos do autor)

5) A vedação à prisão antes e depois da eleição também foi positivada para evitar acirramento de ânimos, especialmente nas pequenas comunas. Sabe-se que eleição é paixão, e as pessoas muitas vezes perdem o senso de medida em época eleitoral. Por exemplo, é comum membros de uma mesma família se agredirem – após discussões inflamadas –, motivados por divergências políticas. A prisão de eleitor no período eleitoral pode dar ensejo a vinganças contra partidários de agremiação oposta, principalmente quando se acredita que eles de alguma forma contribuíram para a prisão. Conturba-se, assim, o ambiente eleitoral, o que faz com que muitos eleitores sequer compareçam às urnas, tudo para preservar a integridade física e, às vezes, a própria vida.

Em todas as eleições, o TSE tem de autorizar o envio de tropas do Exército para garantir a tranqüilidade do pleito em alguns lugares do país.

O envio de tropas é comum nas eleições. Em 1994, 12 estados receberam as forças armadas. Em 1996, o exército esteve presente em 10 unidades da Federação. Em 1998, 09 estados pediram e foram atendidos pelo Tribunal Superior Eleitoral, que determinou o envio das forças federais.

Em 2002, justificando o envio de tropas federais para as eleições do Distrito Federal, o então vice-presidente do TSE, Sepúlveda Pertence, afirmou: “A possível briga entre as duas torcidas, a situação delicada, as notícias e os boatos recentes foram importantes na hora de decidir”.³⁴

Ainda, forças policiais são reforçadas em muitas cidades face ao periclitarem da segurança pública por razões de disputas eleitorais.

Por parte de muitos candidatos denúncias inverídicas, visando proveito eleitoral, são feitas, tentando gerar uma situação que, manipulando o sistema de justiça, possa ensejar a prisão de candidatos da facção adversária. (grifo do autor)

6) Prisões provisórias indevidamente decretadas no período eleitoral poderiam influenciar o resultado das eleições. Pense-se no impacto que poderia ter perante o eleitorado a prisão de um candidato a cargo eletivo às vésperas da eleição. Poderia significar uma derrota certa e redução significativa de votos para os demais candidatos de seu partido ou coligação, mediante maliciosa e

³⁴ Jornal Correio Braziliense, edição de 27 out. 2002.

demagógica exploração do fato pelo partido adversário. O mesmo se diga de prisão de influente cabo eleitoral.

7) A vedação à prisão no período eleitoral também contribuiu para que o resultado das eleições não seja posto em dúvida. É importante fator de legitimação do pleito. Uma eleição tumultuada, com um grande número de prisões no período, algumas de impacto devido à notoriedade do preso, podem fazer a população acreditar em manipulação e resultados viciados.

Em outras palavras, de nada adiantaria termos um processo eleitoral com lisura se a população não acreditasse que foi assim de fato.

Considerando tais motivos, o entendimento dos doutrinadores referidos nos itens 4.1, 4.2, 4.3 e 4.4 reduz de forma drástica a garantia eleitoral da vedação à prisão, tão necessária ao efetivo exercício da cidadania.

Como ensina GILMAR MENDES³⁵:

[...] as decisões fundamentais do legislador, as suas valorações e os objetivos por ele almejados estabelecem também um limite para a interpretação conforme a Constituição. Não se deve conferir a uma lei com sentido inequívoco significação contrária, assim como não se devem falsear os objetivos pretendidos pelo legislador.

Cabe, então, uma indagação. Haverá situações em que a prisões preventivas e temporárias poderão ser decretadas no prazo do artigo 236 do Código Eleitoral? As garantias eleitorais do direito ao voto prevalecerão sempre quando em confronto com outros direitos fundamentais? Haverá forma de compatibilizá-los?

6. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

É pacífico na doutrina e na jurisprudência que os direitos fundamentais não são intocáveis e absolutos. Como o homem vive em sociedade, estando em contato permanente com seu semelhante - que também goza de direitos e garantias -, natural que surjam situações de conflitos e choques entre esses direitos.

Tem-se colisão ou conflito de direitos sempre que a Constituição proteja,

³⁵ *Op. Cit.* p.290.

ao mesmo tempo, dois valores ou bens que estejam em contradição em um caso concreto.

Conforme CANOTILHO, uma colisão autêntica de direitos fundamentais ocorre quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular.

No tema que se trata, evidencia-se uma colisão entre direitos da coletividade (segurança pública, manutenção da ordem pública, efetividade do processo penal) e o direito do particular ao voto.

Em situações como essas, sempre é importante lembrar a seguinte lição do Supremo Tribunal Federal: “A lei deve ser interpretada não somente à vista dos legítimos interesses do réu, mas dos altos interesses da sociedade, baseados na tranquilidade e segurança social”.³⁶

Respeitados os entendimentos em sentido contrário, em determinadas situações é de se permitir a decretação de prisões cautelares (temporárias e provisórias) nos prazos do art. 236 do Código Eleitoral, sacrificando-se parcialmente o direito individual.

Um exemplo: a prisão temporária pode ser decretada quando imprescindível para as investigações policiais e quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade. NUCCI³⁷ refere:

[...] esses dois elementos permitem a correta qualificação do suspeito, impedindo que outra pessoa seja processada ou investigada em seu lugar, evitando-se, por isso, o indesejado erro judiciário. Aquele que não tem residência (morada habitual) em lugar determinado ou não consegue fornecer dados suficientes para o esclarecimento da sua identidade (individualização como pessoa) proporciona insegurança na investigação policial.

Um outro caso em que a segregação cautelar se faz necessária, em detri-

³⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso em *Habeas Corpus* n. 63.673. Rel. Min. Djaci Falcão. 29.04.86. Direito penal. Limite máximo de pena privativa de liberdade, fixado em trinta anos (art. 75 do Cod. Penal). Unificação das penas previstas no parágrafo 1º, do art. 75, do Código Penal, como decorrência da proibição da prisão perpétua (art. 153, parágrafo 11, da Constituição da República). Ainda que o réu seja condenado a tempo superior a trinta anos, a execução se exaure quando alcançado esse limite. Não cabe a unificação do limite legal, desde logo, para efeito de todos os benefícios previstos em lei, inclusive o do livramento condicional. A lei deve ser interpretada não somente à vista dos legítimos interesses do réu, mas dos altos interesses da sociedade, baseados na tranquilidade e segurança social. O aresto recorrido ao denegar o pedido de unificação das penas adotou a melhor exegese em torno da matéria. Recurso improvido. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1424-01, p.10929, 20 jun. 1986.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.659-660.

mento do direito de voto, é quando o acusado está ameaçando ou aliciando as testemunhas de um processo criminal. Se atingir o seu intento, a persecução penal (de interesse de toda a sociedade) restará prejudicada e a impunidade será alcançada.

A possibilidade iminente de fuga de um acusado de crime também é motivo suficiente para que, em certos casos, se possa relativizar a regra de proibição à prisão no prazo do art. 236 do CE. O mesmo se diga de crimes que abalam a ordem pública, seja pela grande repercussão do fato ou pela extrema periculosidade do agente.

Veja-se a lição de MIRABETE³⁸:

Fundamenta em primeiro lugar a decretação da prisão preventiva a garantia da ordem pública, evitando-se com a medida que o delinqüente pratique novos crimes contra a vítima ou qualquer outra pessoa, quer porque seja acentuadamente propenso à prática delituosa, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. Mas o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão.

Indaga-se: um atentado contra vida de policial civil ou militar em serviço não causa abalo à ordem pública? Os vários atentados cometidos por membros do PCC (organização criminosa Primeiro Comando da Capital) contra as forças policiais, em sendo realizados dentro do período eleitoral, não justificariam uma prisão cautelar, presentes os pressupostos para sua decretação? Um maníaco sexual que violentasse e matasse indefesas crianças dentro do período eleitoral, mesmo sendo confesso, não poderia ser preso provisoriamente durante esse período em razão de não ter havido a situação de flagrância?

Por evidente, os fatos acima narrados ensejariam o sacrifício do direito individual, até mesmo porque é preciso preservar a credibilidade da justiça perante os jurisdicionados. A população - **com inteira razão** - não entende que em casos como esses a prisão não possa ser decretada. A aceitação acrítica do dispositivo legal permitiria, por exemplo, que acusado não sentenciado, mas foragido, pudesse aparecer livremente na cidade, em franco escárnio ao sistema de justiça, minando sua credibilidade e corroendo a confiança do povo nas instituições. (grifo do autor)

³⁸ MIRABETE, Júlio Fabrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 1999. p.690.

Em uma sociedade complexa como a nossa, é cada vez maior a tensão entre os direitos fundamentais do indivíduo e os de interesse da sociedade como um todo: direito à segurança, efetividade do processo judicial, etc. Nestes casos, a Constituição implicitamente autoriza que o legislador e o Poder Judiciário façam restrições aos direitos fundamentais, utilizando-se do princípio da proporcionalidade.

Pelo referido princípio, quando dois princípios entram em rota de colisão porque a aplicação de um provoca redução da esfera de aplicação de outro, cabe determinar se essa redução é proporcional, à vista da importância do princípio atingido. Em certos casos, indubitavelmente, sobrelevar-se-á o direito fundamental à segurança.

6.1. DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA

Toda pessoa que se encontre no território do país tem direito à segurança, cabendo ao poder público promover este direito, garantindo à população o direito de ir e vir, de se estabelecer com tranquilidade, de ter sua intimidade preservada, sem que sua integridade física, moral ou psicológica seja colocada em risco.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, datada de 1948, no seu artigo III, prescreve que “todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (o famoso “Pacto de São José da Costa Rica”), no seu artigo 7º assegura que “toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais”.

A Constituição Brasileira garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade – art. 5º, *caput*.

É absolutamente necessário que os operadores do Direito passem a enxergar que não somente o indivíduo tem direitos, mas que a coletividade pacata e ordeira precisa de ordem e segurança para levar em paz sua vida. O contrato social precisa ser protegido. O Estado tem sua razão maior de ser na proteção do todo, e não somente da parte. Invoca-se ensinamento de SAMPAIO DÓRIA³⁹:

Em verdade, o Estado, que o homem organiza, se destina ao

³⁹ DÓRIA, Antonio de Sampaio. *Direito Constitucional*. 5.ed. v.1. T.1. São Paulo: Max Limonad, 1962. p.244.

bem do homem, e não à sua desgraça. Ninguém constrói, por exemplo, uma estrada de ferro para ser esmagado por um desastre. Nem mesmo para servi-la. Mas para se servir dela. Da mesma forma, não é para ser anulado que o homem organiza o Estado. As sociedades se formam em função dos indivíduos, e para eles. **E, nas sociedades, a organização política, ou Estado, surge, mas é para garantir, igualmente, a cada um a liberdade, isto é, fazer, ou deixar de fazer, o que generalizado, não destrua, nem prejudique a vida social. Nunca para suprimir aos homens a dignidade da existência.** (grifo do autor)

Nas condições históricas em que vivemos, a garantia do direito ao voto deve ser relativizada em prol do direito à segurança, de que é titular a coletividade inteira e não somente alguns indivíduos. O direito ao voto pode ser compatibilizado com o direito à segurança, bastando que o Estado crie meios para que o preso provisório possa ser conduzido a local de votação no dia do pleito eleitoral.

Não podemos olvidar que o Brasil tem hoje um Poder Judiciário independente, qualificado e responsável, que não decretará prisões provisórias de forma leviana ou arbitrária. E se isso acontecer, sempre haverá outras instâncias judiciais para reparar o erro.

O que não pode acontecer é ingenuamente fechar-se os olhos para a onda de violência que assola o país (fomentada pela frouxidão das leis penais) e endeusar-se os que cometem delitos graves, a ponto de lhes blindar contra prisões preventivas e temporárias nos prazos do artigo 236 do Código Eleitoral. É preciosa a lição de SCALQUETTE⁴⁰:

É incontestável que a proteção dos direitos fundamentais é meio para assegurar a liberdade e dignidades humanas, mas, como vimos, por vezes, esses direitos têm que ser limitados face as situações em que o bem comum exige sacrifícios individuais para garantia da ordem pública, **pois acima dos interesses individuais está o interesse da coletividade e garantir o respeito aos direitos e liberdades não pode ser entendido como pretexto para que a desordem e a instabilidade pública se instaurem.** (grifo do autor).

Assim, é de se advogar a possibilidade de prisão provisória em situações-

⁴⁰ SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Sistema Constitucional das Crises: os direitos fundamentais face a situações extremas.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004. p.173.

limite, tais como nos casos de roubo, crimes hediondos e crimes dolosos contra a vida, como se passará a ver.

6.2 CRIMES HEDIONDOS, ROUBO E CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA

Em linhas gerais, pode-se dizer que crimes hediondos são aqueles que se mostram repugnantes, sórdidos, asquerosos, horrendos, seja pela sua gravidade objetiva ou por seus meios de execução.

Em razão disso, a própria Constituição Federal estabeleceu regime mais rigoroso no trato com esses crimes, considerando-os inafiançáveis e vedando a graça e a anistia.

O legislador infraconstitucional não formulou um conceito de crime hediondo, preferindo aplicar o “rótulo” hediondo a alguns delitos descritos no Código Penal e em leis especiais. Por expressa disposição constitucional (art. 5º, LXIII), equiparou-se a hediondos os crimes de tortura, terrorismo e o tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins.

A teor do art. 1º da Lei n. 8.072/90, são considerados hediondos os seguintes crimes capitulados no Código Penal:

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); II – latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*); III – extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); IV – extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º); V – estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único); VI – atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único); VII – epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º); VII-A (Vetado); VII-B – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei n. 9.677 de 2 de julho de 1998).

No parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.072/90 é prescrito que também se considera hediondo o crime de genocídio, consumado ou tentado.

A Lei n. 8.072/90, afinada com o rigorismo exigido pela Constituição, estabeleceu outras restrições, tais como a proibição de concessão de indulto e liberdade provisória; maior tempo de cumprimento de pena (2/3) para concessão de livramento condicional; aumento dos prazos de prisão temporária para os crimes hediondos, etc.

Como magistralmente exposto por VOLNEI CORRÊA LEITE DE MORAES JÚNIOR⁴¹:

[...] a instituição da categoria dos crimes hediondos, claramente não traduzindo um direito, certamente é uma **garantia** dos direitos fundamentais – à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’ (art. 5º, *caput*).

Conseqüentemente, os inimigos da Lei dos Crimes Hediondos são inimigos dos direitos fundamentais, que aquela **garantia** resguarda, são inimigos do garantismo constitucional, são inimigos da Constituição-Cidadã. Significa dizer: são hipócritas, porque vivem a proclamar juras de amor ao garantismo, quando na verdade desejam ver abolida uma das mais eficazes garantias dos Direitos Humanos. (grifos do autor)

Já o delito de roubo, seja na forma simples ou qualificada, é um dos que mais levam pânico à população. O cidadão de bem é “atormentado” pelos assaltantes no recesso de seu lar, nos seus locais de trabalho, lazer e estudo. Em conseqüência, o cidadão restringe ao máximo as suas atividades sociais, deixando de freqüentar determinados lugares ou só os freqüentando em horários que considera menos arriscados.

A lição ainda é de VOLNEY CORRÊA JÚNIOR⁴²:

[...] não há nada mais dramaticamente objetivo, mais pungentemente concreto, mais tragicamente real que a teia de pavor no qual os cidadãos pacatos se vêem envolvidos pelos ladrões violentos.

Já os crimes dolosos contra a vida representam as interdições máximas da convivência em sociedade, pois lesam o mais importante dos direitos fundamentais; com efeito, estar vivo é a condição para o exercício de qualquer direito.

Propugna-se aqui, então, que além das exceções previstas no artigo 236 do CE, possa haver a prisão cautelar de eleitor nos casos de cometimento de crimes hediondos, crimes dolosos contra a vida e roubo.

Esses delitos, como já referido acima, agridem a sociedade de uma forma muito peculiar e profunda. Com efeito, para os crimes hediondos, previstos em

⁴¹ MORAES JÚNIOR, Volney Corrêa Leite de. **Em torno do roubo**. Campinas: Millennium, 2003. p.8.

⁴² *Op. Cit.* p.24.

lei específica, a própria Constituição exige tratamento mais rigoroso; nos crimes dolosos contra a vida é atingido o bem maior do ser humano; e nos casos de roubo, porque representa um grande ataque à integridade psíquica da vítima, além da ausência de resposta pronta do poder público causar um sentimento de descrença do povo nas suas instituições do sistema de justiça.

Resta evidente que, pela sua distinta natureza, os crimes hediondos, dolosos contra a vida e o roubo merecem tratamento diferenciado dos demais crimes. E tanto é assim que esses delitos normalmente têm penas elevadas. (grifo do autor)

A prisão provisória por esses delitos impedirá que seus autores fiquem livres durante o prazo do art. 236 do CE, evitando-se a evasão dos criminosos, a intimidação de testemunhas e a prática de novos crimes, protegendo-se, assim, a sociedade.

Não se pode ter uma visão unilateral do direito processual, acreditando que essa província do direito é apenas um conjunto de normas para tutelar o acusado diante do poder do Estado, esquecendo-se que ele também deve tutelar a segurança dos cidadãos de bem.

Nesse ponto, cabe a indagação: por que meios, no prazo previsto no artigo 236 do CE, se estenderá a prisão provisória aos eleitores que cometeram crimes hediondos, crimes dolosos contra a vida e roubo? A resposta pode estar na utilização das chamadas sentenças ou decisões aditivas.

7. AS SENTENÇAS ADITIVAS

Em profícuo artigo, CELSO RIBEIRO BASTOS⁴³ teceu as seguintes considerações sobre as mais recentes técnicas de interpretação constitucional:

As interpretações constitucionais tradicionais, cumpre dizer, limitam-se a levantar todas as possíveis interpretações que a norma *sub examine* comporta e a confrontá-las com a Constituição, através da utilização dos métodos histórico, científico, literal, sistemático e teleológico. Na interpretação constitucional tradicional não é permitido ao intérprete fazer qualquer alargamento ou restrição no sentido da norma de modo a deixá-la compatível com a Carta Maior. No segundo pós-guerra o que se assiste é uma inclinação da jurisprudência no sentido de maximizar as formas de interpretação que permitam um

⁴³ **As modernas formas de interpretação constitucional.** Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n.27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=89>>. Acesso em: 05 jan. 2007.

alargamento ou restrição do sentido da norma de modo a torná-la constitucional. **Procura-se buscar até mesmo naquelas normas que à primeira vista só parecem comportar interpretações inconstitucionais - através da ingerência da Corte Suprema alargando ou restringido o seu sentido - uma interpretação que a coadune com a Carta Magna. Vale dizer que nas tradicionais formas de interpretação constitucional apenas se levantavam todas as possíveis interpretações e confrontavam-se com a Constituição. O intuito das modernas formas de interpretação constitucional é o de buscar no limiar da constitucionalidade da norma algumas interpretações que possam ser aproveitadas desde que fixadas algumas condições.** (grifo do autor)

E é nesse quadro que se inserem as sentenças ou decisões aditivas.

Sentenças ou decisões aditivas são decisões judiciais que, em questionamento sobre a constitucionalidade de ato normativo, acolhem a impugnação, sem invalidá-lo. Em vez de operar-se a expulsão da norma do ordenamento jurídico, ela fica mantida **com o acréscimo ao seu conteúdo de uma regulação que faltava para efetivar sua concordância com a Constituição.** (grifo do autor)

Conforme a lição de EDÍLSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR ⁴⁴:

Nessas decisões, a estrutura literal da norma combatida se mantém inalterada, mas o órgão de jurisdição constitucional, **criativamente**, acrescenta àquela componente normativo, vital para que seja preservada sua conciliação com a Lei Fundamental. **A sua ocorrência coincide com as hipóteses em que o tribunal reconhece a existência de omissão parcial, justamente porque permitem o acréscimo do necessário para tornar a norma impugnada concordante com os mandamentos constitucionais.** (grifos do autor)

Assim, a inconstitucionalidade não estaria no conteúdo do que a regra jurídica prescreve, mas, ao contrário, no fato de a norma não prescrever aquilo que a Constituição exige.

Segundo JORGE MIRANDA ⁴⁵:

⁴⁴ NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. In: *Revista de Informação Legislativa*, n.170, p.121 (abril/junho de 2006), Senado Federal, 2006.

⁴⁵ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.514.

Nas decisões aditivas (também ditas modificativas ou manipulativas) a inconstitucionalidade detectada não reside tanto naquilo que ela não preceitua; ou, em outras palavras, a inconstitucionalidade acha-se na norma na medida em que não contém tudo aquilo que deveria conter para responder aos imperativos da Constituição. E, então, o órgão de fiscalização acrescenta (e, acrescentando, modifica) esse elemento que falta.

Dito em outras palavras: há possibilidade de sentenças aditivas quando uma norma apresenta carga normativa inferior à que constitucionalmente deveria possuir. Há uma autêntica inconstitucionalidade por insuficiência protetiva. Os órgãos jurisdicionais, nesse caso, reputam inconstitucional a norma na parte em que não prevê determinada regulamentação. **A sentença aditiva introduz no ordenamento o conteúdo normativo faltante.** (grifos do autor)

No caso do art. 236 do CE, a ele deveriam ser “adicionadas” as hipóteses de prisões preventivas por roubos, crimes hediondos e crimes dolosos contra a vida, de forma a fazer sua concordância com o mandamento constitucional do direito à segurança.

No âmbito penal, tivemos um exemplo de sentença aditiva por parte do Superior Tribunal de Justiça quando da interpretação do artigo 2º da Lei n. 10.259/01, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais na esfera da justiça federal.

O artigo 2º da Lei n. 10.259/01 estabelecia a competência da justiça federal para processar e julgar os feitos relativos às infrações de menor potencial ofensivo. Essas infrações assim restaram definidas no parágrafo único desse artigo: “Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa.”

No entanto, na época o artigo 61 da Lei n. 9.099/95 circunscreveu o conceito de infrações de menor potencial ofensivo àqueles delitos cuja pena máxima não fosse superior a um ano.

Essa incongruência resultou em tratamento discriminatório, pois, por exemplo, um desacato⁴⁶ cometido contra policial federal seria passível de oferta de transação penal ao seu autor, o mesmo não ocorrendo quando praticado contra policial civil ou militar dos Estados federados.

⁴⁶ Delito previsto no art. 331 do CP, cuja pena de detenção é de seis meses a um ano.

Para corrigir a disparidade, o Superior Tribunal de Justiça, fincado no princípio da isonomia, externou o entendimento de que a novel definição de infrações de menor potencial ofensivo, prevista na Lei n. 10.259/01, derogou aquela contida no parágrafo único do artigo 61 da Lei n. 9.099/95. **E note-se, por extremamente relevante, que o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 10.259/01, prescrevia que a nova definição de crimes de menor potencial ofensivo só era aplicável para os efeitos da própria Lei n. 10.259/2001.** (grifo do autor)

Concluindo: o STJ, por aplicação do princípio da isonomia, estendeu o conceito de menor potencial ofensivo da Lei n. 10.259/01 à Lei n. 9.099/95, **desconsiderando a regra explícita de exclusão existente no parágrafo único do art. 2º do primeiro Diploma Legal citado.** Em outras palavras, usou da técnica de sentença aditiva. (grifo do autor)

O legislador ordinário não tem liberdade absoluta, não podendo violar preceitos constitucionais e a principiologia do Estado Democrático de Direito.

Em síntese: o artigo 236 do Código Eleitoral somente pode ser “salvo” de uma declaração de inconstitucionalidade com o uso da técnica de sentença aditiva. Para tanto, deve-se: a) agregar-se às exceções à prisão referidas no citado artigo as hipóteses de prisão cautelar por cometimento de crimes contra a vida, roubo e crimes hediondos; b) estender-se aos candidatos a possibilidade de prisão em virtude de **sentença condenatória transitada em julgado.** (grifo do autor)

Quanto ao segundo ponto, evidentemente, não há qualquer motivo para deixar de efetuar-se a prisão de candidatos em caso de a sentença condenatória ter transitado em julgado. A esse respeito, colha-se a abalizada lição de ÉDSON DE REZENDE CASTRO⁴⁷, que se vale de argumentos irrespondíveis:

[...] na literalidade da lei, o candidato não poderá ser preso em razão de decreto de prisão preventiva, ou temporária, ou mesmo por força de sentença condenatória criminal transitada em julgado, pois que a regra é o impedimento à prisão e a exceção é o estado de flagrância tão-somente. Não é possível levar o dispositivo a tal consequência. É evidente que aquele que tem contra si sentença penal condenatória transitada em julgado não só poderá como deverá ser preso, inclusive naqueles 15 dias que antecedem a eleição. Argumenta-se que a prisão do candidato, com toda a repercussão negativa que a medida alcança, prejudica seu desempenho nas urnas, podendo levá-lo a perder a disputa. E é verdade. Entretanto, tratando-se de prisão por sentença condenatória transitada em julgado, não há argumento que pos-

⁴⁷ CASTRO. Édson de Rezende. **Teoria do Direito Eleitoral**. 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.311-312.

sa superar a necessidade de executar-se imediatamente o julgado criminal, até porque acima dos interesses do candidato está a pretensão executória estatal. **Ademais, com a prisão do candidato, os eleitores recebem em relação a ele mais uma informação importante, qual seja, a existência de condenação criminal definitiva, que deve ser levada em consideração no momento da escolha.** De resto, é bom lembrar que a providência (prisão) não trará qualquer prejuízo concreto para a candidatura, porque o candidato estará inelegível no dia das eleições, pois suspensos os seus direitos políticos (art. 15, III, da CF). **De qualquer forma, então, ainda que fosse eleito, teria o seu diploma cassado, em sede de recurso contra a expedição de diploma, exatamente em razão da inelegibilidade superveniente ao registro.** (grifos do autor)

Não são apenas os tribunais que podem se valer da técnica de sentenças aditivas, podendo fazê-lo qualquer Órgão do Poder Judiciário, pois exercem jurisdição constitucional.

A prisão provisória no período eleitoral para os que cometem crimes dolosos contra a vida, crimes hediondos e roubos também prestaria homenagem ao princípio da isonomia. Com efeito, se cabível prisão em casos de flagrante e sentença condenatória sem trânsito em julgado para indivíduos que praticaram crimes de menor gravidade, com mais razão ainda deverá se dar a segregação provisória nos crimes de maior gravidade, só que na forma de prisões temporárias ou preventivas.

Qualquer valor constitucional pode ser priorizado em uma sentença aditiva, inclusive – e especialmente – o direito à segurança.

7.1 REBATENDO AS CRÍTICAS ÀS DECISÕES OU SENTENÇAS ADITIVAS

De plano já se nota que a principal crítica que os doutrinadores fazem à utilização das decisões ou sentenças aditivas é que estas se constituiriam em uma inadmissível usurpação da função legislativa por parte dos Órgãos do Poder Judiciário.

Entretanto, é de se ressaltar que nas sentenças aditivas os órgãos judicantes não criam livremente a norma jurídica, à semelhança do que faz o legislador, mas apenas “descobrem”, especificam, aquela já existente implicitamente no ordenamento jurídico ou passível de extração dos comandos constitucionais, a fim de preencher um “vazio” constitucional.

Apropriada, nesse passo, menção às lições de EDÍLSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR quando trata do tema:

[...] não há que se equiparar tal atividade à legislação. O complemento introduzido pelas lições em exame, além de efeito indireto de declaração de inconstitucionalidade, não deriva de pura imaginação da Corte Constitucional, **mas de integração analógica resultante de outras normas ou princípios constitucionais, cuja descoberta advém do engenho daquela**.⁴⁸

Perfila o juiz constitucional, apenas e tão-só, solução constitucionalmente obrigatória [...].

Noutro passo, viceja raciocínio, com prestígio doutrinário (cf. PUGIOTTO, 1992, p. 3674-3679), segundo o qual o objeto principal da sentença aditiva apenas ilusoriamente seria uma omissão legislativa parcial. Diversamente, constitui uma norma vivente a patrocinar a exclusão não consentida constitucionalmente.

[...]

Cappeletti (1984, p. 622-633), com base em cinco sólidas razões, demonstra a necessária legitimidade que usufrui, na atualidade, a jurisdição constitucional, acompanhada da capacidade criadora de seus integrantes. Isso porque: a) se acha dissipada a ilusão ocidental relativa à capacidade dos ramos políticos (Executivo e Legislativo) em materializar o consentimento dos governados; b) **não se pode negar o esforço dos tribunais em modelar suas decisões, não com arrimo nas idiosincrasias e predileções subjetivas de seus membros, mas com o escopo de permanecerem fiéis ao sentido de justiça e de equidade da comunidade;** [...] e) considerando-se que uma democracia não poderá subsistir numa conjuntura em que os direitos e liberdades dos cidadãos careçam de proteção eficaz, apresenta-se como essencial daquela que o controle judicial dos ramos políticos, porquanto a idéia democrática não se resume a simples maiorias, significando, também, participação, liberdade e tolerância.

Esses argumentos, cuja dissecação se dispensa, por não se comportar nos lindes deste trabalho, espancam qualquer dúvida quanto a ser legítimo ao juiz constitucional, tanto no sistema difuso quanto no concentrado, assumir, no exame de eventuais contrastes entre a Constituição e os atos estatais, uma postura ativa, dinâmica e criadora, objetivando, assim, garantir um adequado controle do poder diante do arbítrio. (grifos do autor)

Retomando o ponto: nas sentenças aditivas, não se tem a elaboração de uma norma jurídica, mas somente o complemento da norma existente, a partir de solução já constante no ordenamento jurídico, cuja descoberta se deu pelo trabalho do hermeneuta. Aqui, não há confundir atividade de criação jurídica com atividade legislativa.

Destaca RUI MEDEIROS que:

⁴⁸ *Op. Cit.* p.125.

Efectivamente, embora parte da doutrina admita que as decisões modificativas são proferidas no exercício de um poder discricionário do Tribunal Constitucional e se contente em pedir aos juízes constitucionais que usem a sua liberdade de escolha com parcimônia, **numerosos autores esforçam-se por sublinhar que não está em causa o exercício de uma função substancialmente criativa ex nihil, verificando-se tão-somente a extração de um *quid iuris* já presente — de modo cogente e vinculativo para o próprio legislador — no ordenamento.** Nesta perspectiva, o órgão de controlo, ao modificar a lei, não actua como se fosse legislador, já que << não possui aquele grau de liberdade de opção para definir o escopo legal que é atributo do legislador>>. <<O *quid iuris adiectum*, ainda que não explicitado formalmente na disposição ou no texto (*verba legis*), está já presente, e *in modo obbligante*, no próprio sistema>>. ⁴⁹ (grifo do autor)

O jurista FRANCISCO CAMPOS já há muito assinalara:

O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos tribunais incumbidos de aplicá-la; é o que demonstra a jurisprudência do nosso Supremo Tribunal Federal, e particularmente, a da Suprema Corte Americana. Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte.⁵⁰

Enfocando o assunto sob um outro ângulo, não se pode deixar de perceber que o Poder Judiciário atua como uma espécie de “delegado” do Poder Constituinte originário para fazer a defesa da Constituição.

O Constituinte de 1988 depositou muita confiança no Poder Judiciário, fortalecido na nova ordem constitucional. Assim, um certo ativismo judicial, mais do que desejável, é indispensável para a efetivação dos direitos, postergada pela inércia legislativa.

É dever do magistrado, ante a omissão legislativa, valer-se da Constituição para dar efetividade ao direito em risco de perecimento ou de drástica redução de efetividade.

Oportuna menção à lição de SÉRGIO ALVES GOMES:

⁴⁹ Citado em trecho do voto do Ministro do STF, Gilmar Mendes, no julgamento do MI 670-9/ES. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/3031/1/O-Direito-de-Greve-do-Servidor-Publico/Pagina1.html>> Acesso em 05 jan. 2007.

⁵⁰ CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 403. *apud* NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Op. cit.*, p. 117.

[...] **aplicar o Direito, em um Estado de Direito Democrático, significa aplicar antes de tudo a Constituição.** Diante desta, todos os poderes constituídos e demais leis devem se curvar. E para aplicá-la deverá o juiz interpretá-la, segundo os ensinamentos, princípios, da hermenêutica constitucional, entendida como especialidade da hermenêutica jurídica. **Ao adotar como meta a aplicação dos princípios e regras constitucionais e dos princípios da hermenêutica jurídica constitucional, o magistrado muito se distancia daquela postura de falsa “neutralidade” tão ao gosto da escola de exegese, para se tornar um autêntico concretizador dos valores que são, ao mesmo tempo, os fundamentos e objetivos do Estado de Direito Democrático.** Sob a égide dos princípios que orientam este, o Juiz torna-se um importante sujeito ativo na aplicação e elaboração do Direito, ou seja, um efetivo participante da construção de uma sociedade autenticamente democrática. **É óbvio que tal atitude não é simpática aos inimigos da democracia. A estes, nada melhor que juízes autômatos, dóceis ou indiferentes aos caprichos e desmandos deles.** Felizmente, a consciência democrática vem produzindo cada vez mais, dentro e fora da magistratura, uma mentalidade renovadora do papel do juiz na sociedade e dos relevantes escopos desempenhados no correto exercício do poder que este exerce.⁵¹ (grifos do autor)

Em resumo: o juiz, ao “criar” (*rectius*: descobrir) uma lei com base na Constituição para suprir uma lacuna deixada pelo legislador, não interfere na independência do Poder Legislativo.

Uma Constituição possui cláusulas gerais, abertas, e conceitos de valores tais como igualdade, dignidade, segurança, etc., o que inevitavelmente deixa ao intérprete uma vasta gama de deliberações possíveis.

Como se pode razoavelmente concluir, um dos objetivos buscados pela norma veiculada no artigo 236 do Código Eleitoral foi evitar que os órgãos judiciais decretassem prisões cautelares resultantes de elementos precários ou infundados, motivadas por perseguição política, e que pudessem resultar em sério gravame eleitoral.

Nos dias atuais, o Poder Judiciário exerce suas funções dentro um quadro de absoluta normalidade constitucional, ao contrário de décadas atrás, quando sofria considerável influência daqueles que exerciam o poder econômico e político.

Em um determinado momento histórico, preferiu o legislador, no conflito entre o direito à segurança pública e o direito ao voto, privilegiar o último.

⁵¹ GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.59-60.

No entanto, houve sensível modificação das condições históricas, **o que não pode deixar de influir na interpretação dos textos legais.** (grifo do autor)

O Brasil de hoje não é mais aquela sociedade agrária e atrasada socialmente da década de 30, momento em que surgiu pela primeira vez no ordenamento jurídico a proibição de prisão de eleitores durante o período eleitoral.

De outro vértice, o quadro da violência é absolutamente diferente daquele em que a proibição das prisões cautelares no período eleitoral foi gestado. A violência explode no país. Todo dia os brasileiros são “bombardeados” pelos meios de comunicação social com notícias de crimes contra a vida cometidos de forma bárbara, estupros, roubos praticados por quadrilhas, tráfico de drogas, latrocínios, etc. Assim, a interpretação tradicional do art. 236 do CE, além de beneficiar os autores dos delitos mencionados, mina de forma irremediável a credibilidade do sistema de justiça, que fica impotente para dar uma resposta à sociedade no período eleitoral.

A jurisprudência tem como uma de suas missões “atualizar” o texto legal defasado pelo tempo, garantindo-lhe “sobrevida” e aplicação até que alterações legislativas se processem.

E combata-se, desde logo, a afirmação de que, ao se estender as hipóteses permissivas de prisão durante o prazo do art. 236 do CE, estar-se-ia violando o princípio da legalidade ou fazendo-se analogia *in malam partem*. Inexiste analogia *in malam partem* contra ou em relação à Constituição.

Uma constatação óbvia: o Direito não pode ser isolado do ambiente em que vigora. **E não se pode olvidar, também, que o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil dá o sentido pelo qual a lei deve ser interpretada: de acordo com os fins sociais a que ela se dirige e com as exigências do bem comum.** (grifo do autor)

Como ensina de forma lapidar MARIA HELENA DINIZ⁵² :

Na falta de definição legal do termo “fim social” o intérprete aplicador em cada caso *sub judice* deverá averiguar se a norma a aplicar atende à **finalidade social, que é variável no tempo e no espaço, aplicando o critério teleológico na interpretação da lei, sem desprezar os demais processos interpretativos [...]** O fim social é o objetivo de uma sociedade, encerrado na somatória de atos que constituirão a razão de sua composição; é, portanto, o bem social, que pode abranger o útil, a necessidade social e o equilíbrio de

⁵² DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p.163-164.

interesses etc... **Conseqüentemente, fácil será perceber que comando legal não deverá ser interpretado fora do meio social presente; imprescindível será adaptá-lo às necessidades sociais existentes no momento de sua aplicação.** Essa diversa apreciação e projeção no meio social, em razão da ação do tempo, não está a adulterar a lei, que continua a mesma". (grifos do autor)

Não se perca de vista também que, se de um lado o Estado deve proteger o cidadão contra os excessos/arbítrios do direito penal e do processo penal (garantismo no sentido negativo, que pode ser representado pela aplicação do princípio da proporcionalidade enquanto proibição de excesso - *Übermassverbot*), esse mesmo Estado não deve pecar por eventual proteção deficiente (garantismo no sentido positivo, representado pelo princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente - *Untermassverbot*).

Situação deveras perigosa ao interesse social é a aceitação literal e acrítica do comando normativo albergado pelo artigo 236 do CE por parte da comunidade jurídica. Repete-se à exaustão a proibição de prisão do eleitor sem se pensar criticamente sobre a irrazoabilidade e a inconstitucionalidade por omissão da norma.

É trágico ver-se operadores do direito defendendo a proibição da prisão provisória de eleitor para todo e qualquer crime sem saber exatamente o porquê e mencionando jurisprudência para abonar a tese, sem fazerem qualquer reflexão crítica. Lembre-se aqui a lição do Ministro Humberto Gomes de Barros, que no REsp. 23.498/SP, julgado em 25.11.1992, observou: "A jurisprudência não é uma rocha cristalizada, imóvel e alheia aos acontecimentos. Ela é filha da vida, sua função é manter o ordenamento jurídico vivo e sintonizado com a realidade".

Nesse quadro, alvissareira é a tramitação no Congresso Nacional do Projeto de Lei do Senado n. 290/2006, de autoria da senadora Serys Slhessarenko (PT-SC), que visa a alteração do art. 236 do CE para permitir no período a prisão provisória de autores de crimes hediondos e de crimes dolosos contra a vida. Como bem referiu a senadora na exposição de motivos do referido projeto de lei:

[...] a violência tem aumentado consideravelmente, de maneira que a manutenção do dispositivo, na forma em que vigente, beneficiará autores de crimes brutais, como assassinos e estupradores, como freqüentemente têm noticiado os meios de comunicação.

Concluindo: se os operadores do Direito quiserem ver um avanço de sua jurisdição constitucional para a proteção dos direitos fundamentais da coletividade, não devem olhar a utilização de sentenças aditivas com a velha mentalidade de que o Poder Judiciário só pode atuar como o legislador negativo.

8. CONCLUSÕES ARTICULADAS

1. A vedação à prisão de eleitores durante os períodos imediatamente antecedentes e posteriores à realização do pleito (salvo exceções legais) existe no Brasil desde a edição do Código Eleitoral de 1932;

2. Essa vedação tinha como objetivos, basicamente: a) garantir o comparecimento máximo às urnas, já que em muitas eleições há vitórias de candidatos por escassa margem de votos ou até por critérios de desempate; b) evitar que a prisão de candidatos, eleitores, delegados de partidos e fiscais de partidos e coligações pudesse concorrer para a ocorrência de fraudes na apuração pela falta ou deficiência de fiscalização; c) impedir que prisões imotivadas ou arbitrárias pudessem influenciar de forma indevida o eleitorado, modificando o que seria o resultado normal da eleição caso a prisão indevida não ocorresse; d) evitar o uso de força policial para intimidar o eleitor; e) evitar o acirramento de ânimos entre partidários de agremiações políticas concorrentes.

3. Na leitura tradicional que se faz do artigo 236 do Código Eleitoral, tem cabimento, nos cinco dias que antecedem as eleições até 48 horas do encerramento da votação, além das exceções previstas expressamente nesse artigo, a prisão provisória de analfabetos não alistados; de pessoas não alistadas eleitoralmente, embora maiores de 18 anos; conscritos durante o período de conscrição; de pessoas que perderam ou tiveram suspensos os seus direitos políticos.

4. Ainda na leitura tradicional que se faz do art. 236 do CE, incabível a prisão provisória de eleitores (prisão preventiva, temporária, sentença de pronúncia) no período eleitoral. Nesse período, também não é possível a prisão de depositário infiel ou do devedor de alimentos.

5. A patente insuficiência protetiva do artigo 236 do Código Eleitoral tem levado os doutrinadores a considerá-lo revogado ou então a flexibilizar sua aplicação, com afirmações de que a vedação à prisão referida é inconstitucional; que só diz respeito aos crimes eleitorais propriamente ditos ou que a prisão por ordem judicial não é vedada pelo artigo em comento.

6. Há, ainda, interpretação no sentido de que a prisão provisória do eleitor pode ser feita dentro do período do art. 236 do CE, desde que decretada anteriormente a esse período.

7. A garantia posta no art. 236 do CE não é inconstitucional se flexibilizada para permitir-se a prisão provisória de autores de crimes dolosos contra a vida, crimes hediondos e roubo, bem como autorizar a prisão de candidatos que tiverem contra si sentença condenatória transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

8. Não há qualquer razão lógica ou jurídica para vedar-se a prisão de candidato no prazo do art. 236, § 1º, do Código Eleitoral em razão de sentença condenatória com trânsito em julgado, pois nesse caso o candidato estará com seus direitos políticos cassados (CF/88, art. 15, inciso III), portanto inelegível.

9. A maneira de estender-se a possibilidade de prisão provisória aos autores dos crimes dolosos contra a vida, crimes hediondos e roubo é com a utilização das denominadas decisões ou sentenças aditivas.

10. As sentenças ou decisões aditivas são decisões judiciais que, em questionamento sobre a constitucionalidade de ato normativo, acolhem a impugnação, sem invalidá-lo. Em vez de operar-se a expulsão da norma do ordenamento jurídico, ela fica mantida com o **acréscimo ao seu conteúdo de uma regulação que faltava para efetivar sua concordância com a Constituição**. (grifo do autor)

10. As sentenças aditivas não representam uma invasão do juiz no campo de atuação do legislador. O juiz apenas “revela” uma norma que já existia no sistema.

REFERÊNCIAS

- BASTOS, Celso Ribeiro. **As modernas formas de interpretação constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n.27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=89>>. Acesso em: 05 jan. 2007.
- CÂNDIDO, Joel José. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 10.ed. Bauru: Edipro, 2003.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 7.ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CASTRO, Édson de Rezende. **Teoria do Direito Eleitoral**. 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- DECOMAIN, Pedro Roberto; PRADE, Péricles. **Comentários ao Código Eleitoral**. São Paulo: Dialética, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- DÓRIA, Antônio de Sampaio. **Direito Constitucional**. 5.ed. v.1. T.1. São Paulo: Max Limonad, 1962.
- FRANCO, Geraldo Francisco Pinheiro. A prisão de eleitores nas vésperas da eleição. In: **Boletim IBCCRIM**. n.20. p.1. São Paulo, set. 1994.
- GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. In: **Revista de Informação Legislativa**. n.170 (abril/junho de 2006). Brasília: Senado Federal, 2006.
- JÚNIOR, Volney Corrêa Leite de Moraes. **Em torno do roubo**. Campinas: Millennium, 2003.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19.ed. São Paulo: Forense, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAMAYANA, Marcos. **Código Eleitoral Comentado**. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2004.

RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Sistema constitucional das crises: os direitos fundamentais face a situações extremas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

SILVA, Francisco Rodrigues da. Prisão de candidato no período eleitoral por força de ordem judicial. In: **Jornal Correio Braziliense**, edição de 20 set. 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

STOCCO, Rui; STOCCO, Leandro de Oliveira. **Legislação Eleitoral Interpretada – Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DA REPRESENTAÇÃO POR CAPTAÇÃO E GASTOS ILÍCITOS ELEITORAIS

**Rodrigo López Zilio*

Introdução. Hipóteses de cabimento. Da captação e gastos ilícitos, para fins eleitorais, e da Investigação Judicial Eleitoral. Da captação e gastos ilícitos, para fins eleitorais, e da rejeição de contas. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Um dos objetivos maiores do Direito Eleitoral contemporâneo, a fim de preservar incólume a vontade externalizada pelo eleitor nas urnas, é a contenção do abuso de poder econômico. Sendo a arrecadação de recursos o embrião da campanha eleitoral, na medida em que somente com o aporte financeiro é que os candidatos e partidos políticos traçam as linhas iniciais de comunicação com o eleitor, o abuso do poder econômico consiste na mais nefasta força que perturba o processo eleitoral, porquanto deturpa o sentido originário do voto – exercendo influência, ainda que indireta, no eleitorado –, cria indesejável relação de dependência com a futura administração pública – através de doadores de recursos, com escusos interesses em contratos com o Poder Público –, além de consistir em correlato de outros ilícitos mais gravosos – como, *v.g.*, a sonegação tributária e fiscal –, findando por desestimular o exercício da cidadania, afastando o espírito de participação popular e atingindo o próprio conceito de democracia.

Historicamente, a legislação eleitoral brasileira sempre foi tímida na regu-

* PROMOTOR DE JUSTIÇA/RS. PROFESSOR DE DIREITO ELEITORAL DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

lamentação de normas de arrecadação e dispêndio de gastos eleitorais, trazendo normas incipientes e meramente cosméticas. A Lei n. 11.300/06, concebida na esteira do escândalo do mensalão, a par de determinadas perplexidades, trouxe inegáveis avanços na tentativa de limitar a proliferação de atos de abuso do poder econômico. Se não ostenta a pecha de ideal, por editada sem o necessário amadurecimento no corpo do Legislativo, a minirreforma eleitoral traz importantes instrumentos a serem utilizados na contenção dos abusos da esfera eleitoral. Entretanto, forçoso reconhecer, a introdução da novel legislação exacerbou, ainda mais, a ausência de sistematização das leis eleitorais, tornando cada vez mais árdua a tarefa de adequação e interpretação dos novos instrumentos normativos, na medida em que, por vezes, uma visão excessivamente ortodoxa do texto legal induz, ineludivelmente, ao reconhecimento de sua ineficácia completa e absoluta.

A principal inovação contida na Lei n. 11.300/06 consiste no art. 30-A, § 2º, o qual necessita ser corretamente interpretado, a fim de não ser reduzido, apenas, a um acréscimo meramente decorativo na legislação eleitoral. O presente trabalho tem por objetivo, em síntese, longe da pretensão de esgotar a matéria, traçar considerações preliminares, de conteúdo meramente contributivo, sobre a nova figura jurídica na esfera eleitoral, que, potencialmente, preenche, com mérito, uma importante lacuna no combate ao abuso de poder econômico, especificamente no que concerne à arrecadação e gastos eleitorais.

HIPÓTESES DE CABIMENTO

São duas as hipóteses materiais de cabimento previstas pelo art. 30-A, § 2º, da Lei n. 9.504/97, com a redação dada pela Lei n. 11.300/06: captação ilícita de recursos e gastos ilícitos de recursos, ambos com finalidade eleitoral.

Captar é atrair, conquistar, obter recursos. Em suma, a conduta de captação pressupõe o ingresso efetivo de recursos materiais no âmbito da campanha eleitoral. Assim, pois, foge da esfera de configuração do elemento normativo em questão o agir que consista em mero pedido de recurso e, mesmo, a simples oferta do crédito, bem como a promessa de doação futura. Com efeito, captação presume, necessariamente, a entrada do recurso financeiro no caixa de campanha; portanto, é ato de conduta material.

Não basta, porém, o aporte financeiro para a consumação da figura normativa em apreço, na medida em que é proscrito o ilegal ingresso de recurso financeiro na campanha eleitoral. De conseguinte, o recurso financeiro deve, necessariamente, ser ilícito, para que haja a configuração do tipo normativo

previsto no art. 30-A, § 2º, da Lei n. 9.504/97. Portanto, somente o efetivo e concreto aporte ilegal de recursos financeiros na campanha eleitoral é que, em princípio, configura o ilícito; despidendo, contudo, para a vedação proscribida, o efetivo uso dos recursos, por caracterizar a segunda figura prevista na norma.

O exemplo mais patente de captação ilícita de recurso, que é dado pela própria Lei das Eleições, resta previsto no art. 24, que estabelece ser vedado, a partido e candidato, receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, procedente de: I - entidade ou governo estrangeiro; II - órgão da administração pública direta e indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do Poder Público; III - concessionário ou permissionário de serviço público; IV - entidade de direito privado que receba, na condição de beneficiária, contribuição compulsória em virtude de disposição legal; V - entidade de utilidade pública; VI - entidade de classe ou sindical; VII - pessoa jurídica sem fins lucrativos que receba recursos do exterior; VIII - entidades beneficentes e religiosas; IX - entidades esportivas que recebam recursos públicos; X - organizações não-governamentais que recebam recursos públicos; XI - organizações da sociedade civil de interesse público.

Em suma, a vedação objetiva apartar os recursos financeiros da campanha eleitoral, seja de partido político, seja de candidato, de qualquer influência do poder econômico oriunda das entidades arroladas no art. 24 da Lei das Eleições. A proscrição é ampla, na medida em que se veda a doação em espécie (dinheiro) e, também, aquela estimável em dinheiro, inclusive através de publicidade – que, inexoravelmente, pressupõe o dispêndio de valores, seja para a aquisição do respectivo espaço no meio de comunicação, seja para a elaboração do material respectivo. O legislador presume que o aporte de recursos oriundo das entidades arroladas no art. 24 da Lei n. 9.504/97 consiste em espécie de abuso do poder econômico.¹

¹ Cumpre registrar que o fato de a incidência de uma das hipóteses do art. 24 da Lei n. 9.504/97 ser considerado abuso do poder econômico, por si só, não significa, evidentemente, que haja potencialidade de influência no resultado do pleito, para o fim de haver a procedência de ação de impugnação de mandato eletivo ou investigação judicial eleitoral, consoante extrai-se *in verbis*:

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Ordinário n. 780. Rel. Min. Fernando Neves da Silva. 08.06.04. Recurso ordinário. Ação de impugnação de mandato eletivo. Sindicato. Revista. Publicação. Editor. Opinião. Matéria de caráter informativo. Fato isolado. Potencialidade. Influência. Resultado. Eleições. Ausência. Abuso do poder econômico. Não-configuração. Oitiva de testemunhas. Indeferimento. Ausência. Qualificação do rol. Cerceamento de defesa. Não-ocorrência. Caracterização. Abuso do poder econômico. Requisitos. Diversidade. Julgamento. Prestação de contas. Prévio conhecimento. Candidato. Condutas praticadas pelo beneficiário. Ciência. Comprovação. Declaração de jornalistas. Art. 368 do Código de Processo Civil. Propaganda eleitoral irregular e doação indireta vedada. Apuração. Representação. Art. 96 da Lei n. 9.504/97. Recurso conhecido e provido. 1. A ação de impugnação de mandato eletivo, ao tempo do ato de indeferimento da oitiva das testemunhas, seguia o rito ordinário previsto no CPC, devendo, nos termos do art. 407, o rol de testemunhas conter, além do nome, a qualificação destas. 2. Ação de impugnação de mandato eletivo e prestação de contas são processos distintos com pedidos diferentes, não sendo possível a alegação de coisa julgada, uma vez que para a caracterização de abuso do poder econômico levam-se em conta elementos e requisitos diferentes daqueles observados no julgamento

No mesmo sentido, consiste, igualmente, hipótese de captação ilícita de recursos, prevista na lei eleitoral, todo aquele recurso – ainda que lícito – que não tenha transitado pela conta obrigatória do candidato, na forma prevista pelo art. 22, *caput*, da Lei n. 9.504/97. Com efeito, considerando que, em regra², é obrigatório, para o partido e para os candidatos, abrir conta bancária específica para registrar todo o movimento financeiro de campanha, o aporte de recursos financeiros fora da conta bancária específica consiste, para todos os efeitos, em dinheiro oriundo do denominado “caixa dois” e, portanto, possui vedação legal. Desimporta, no caso concreto, que se trate de recurso lícito, ainda que registrado e em observância ao limite legal, na forma exigida pelo art. 26 da Lei n. 9.504/97; basta, tão-só, o trânsito de recurso financeiro fora da conta específica do candidato, para a incidência da norma legal.

A arrecadação de recursos, seja realizada por candidato ou pelo comitê financeiro, efetivada antes da solicitação do pedido de registro do candidato ou do registro do comitê financeiro, sem a inscrição no CNPJ e sem a abertura de conta bancária específica (quando obrigatória) caracteriza-se como captação ilícita de recursos, para fins eleitorais (art. 1º, *caput*, da Resolução n. 22.250/06³ do TSE).

Na mesma esteira, o aporte de recursos oriundos do Fundo Partidário (art. 44, inciso III, da Lei n. 9.096/95) e, mesmo, o fundo de recursos de cada partido político (art. 39 da Lei n. 9.096/95), que consistem em fonte lícita de recursos financeiros, – se direcionados para o custeio da campanha eleitoral –, não podem ocorrer antes da solicitação do registro do candidato, do comitê financeiro, inscrição do CNPJ e abertura de conta bancária específica.

Consiste, igualmente, em captação ilícita de recursos o recebimento de doações de recursos sem o respectivo recibo eleitoral, que é um documento oficial, produzido pelo partido político, com numeração seqüencial, que permite o

das contas. 3. Se o próprio candidato concedeu a entrevista que foi publicada, está comprovada sua prévia ciência. 4. Quando documento particular contiver declaração de ciência, relativa a determinado fato, o documento prova a declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interessado em sua veracidade o ônus de provar o fato, conforme dispõe o parágrafo único do art. 368 do Código de Processo Civil. 5. A campanha eleitoral, que é uma sucessão de atos e de meios de propaganda, não pode ser custeada pelos sindicatos. 6. A revista de um sindicato tem como finalidade informar os filiados sobre assuntos de seu interesse, entre os quais podem encontrar-se matérias relativas a candidatura de um de seus membros. 7. Para a configuração do abuso do poder econômico, deve ficar evidente a potencialidade do fato em influenciar o resultado do pleito, o que um fato isolado não é hábil a caracterizar. 8. A existência de excesso na publicação que possa configurar propaganda eleitoral irregular assim como eventual doação indireta a candidatos devem ser apuradas por meio da representação prevista no art. 96 da Lei n. 9.504/97. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.109, 03 set. 2004. Seção 1.

² Excepciona, a legislação eleitoral, a obrigação de abertura de conta bancária específica, para fins de registro do movimento financeiro da campanha, apenas nos casos de candidatura para Prefeito e Vereador em Municípios onde não haja agência bancária, bem como aos casos de candidatura para Vereador em Municípios com menos de vinte mil eleitores (art. 22, §3º, da Lei n. 9.504/97).

³ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Instrução n. 102. Resolução n. 22.250. Rel. Min. José Gerardo Grossi. 29.06.06. Dispõe sobre a arrecadação e a aplicação de recursos nas campanhas eleitorais e sobre a prestação de contas. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.5, 10 jul. 2006. Seção 1.

controle dos valores arrecadados pelo partido ou coligação. É obrigatória a emissão de recibo eleitoral seja qual for a natureza do recurso arrecadado e, ainda, desimportando quem seja o doador (se terceiro – pessoa física ou jurídica –, candidato, etc.), consoante preconiza o art. 3º da Resolução n. 22.250/06⁴ do TSE.

O recebimento de doações acima do limite⁵ legal também pode ser caracterizado como hipótese de captação ilícita de recursos, na medida em que consiste em aporte de recursos acima do permitido por lei. Assim, em caso em pessoa física, o limite para doação não pode exceder a 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição (art. 23, § 1º, I, da Lei n. 9.504/97); no caso de pessoa jurídica, as doações não podem exceder a 2% (dois por cento) do faturamento bruto do ano anterior à eleição (art. 81, § 1º, da Lei n. 9.504/97); em caso de o candidato utilizar recursos próprios, o limite de doação é o valor máximo estabelecido pelo partido (art. 23, § 1º, II, da Lei n. 9.504/97). Da mesma sorte, os recursos arrecadados com a comercialização de bens e realização de eventos destinados a angariar recursos para a campanha eleitoral, são considerados doação e estão sujeitos ao limite legal e à emissão de recibos eleitorais (art. 18, § 1º, da Resolução n. 22.250/06 do TSE); havendo o excesso, con-figura-se a captação ilegal.

Cumpra, ainda, ressaltar que, conforme dispõe o art. 22, § 4º, da Lei n. 9.504/97, as doações de recursos financeiros somente poderão ser efetuadas na conta bancária específica por meio de: cheques cruzados e nominais; transferência eletrônica de depósito (TED); depósitos em espécie, devidamente identificados com o nome e número do CPF ou CNPJ do doador. Por conseqüência, o recebimento de doação em forma diversa da legalmente permitida também caracteriza-se como captação ilícita de recursos, para fins eleitorais.

De outra parte, a outra figura normativa trazida pela Lei n. 11.300/06, ao introduzir o art. 30-A, § 2º, da Lei n. 9.504/97, consiste na conduta de gastos ilícitos, para fins eleitorais.

Gasto significa, em suma, o efetivo dispêndio dos recursos eleitorais percententes ao candidato, partido político ou coligação. Em outras palavras, o gasto eleitoral importa em uma saída de crédito do patrimônio do partido, candidato ou coligação. Entretanto, exige a norma legal, para a configuração da conduta proscrita, que os gastos efetuados sejam ilícitos, ou seja, exige-se que os gastos sejam realizados sem a observância das normas da Lei n. 9.504/97.

⁴ *Op. Cit.*

⁵ As doações realizadas entre candidatos e comitês financeiros não estarão sujeitas aos limites legais, exceto aquelas oriundas de recursos próprios dos doadores, se candidatos (art. 14, §3º, Resolução n. 22.250/06 do TSE).

Diversas são as hipóteses legais que podem, em tese, configurar a conduta de gastos ilícitos, para fins eleitorais.

Assim, pois, o uso de recursos financeiros para pagamento de gastos eleitorais que não provenham de conta específica, previsto no § 3º do art. 22 da Lei n. 9.504/97, importa na desaprovação de contas e é exemplo mais comum de gastos⁶ ilícitos eleitorais. *In casu*, como mencionado, necessário que haja o efetivo dispêndio de recursos financeiros para pagamento de gastos eleitorais, sem a tramitação na conta bancária específica, para a incidência da norma.

Da mesma forma, qualquer gasto eleitoral realizado acima do limite legal previsto no art. 26 da Lei n. 9.504/97, importa em gasto ilícito, na forma prevista pelo art. 30-A, § 2º, da Lei das Eleições. Trata-se, portanto, de critério meramente objetivo, na medida em que o excesso ao limite legal, *de per se*, torna ilícito aquilo que, em primeira análise, lícito era – já que adstrito ao limite legal e previsto no rol do art. 26 da norma básica eleitoral. Em princípio, pois, entende-se que não é mais possível seja efetuada a retificação⁷ do limite dos gastos eleitorais por partidos, coligações ou candidatos. Com efeito, é fato costumeiro que, no transcorrer da campanha eleitoral, os candidatos, partidos ou coligações façam pedidos de retificação do limite dos gastos eleitorais; no entanto, em face da norma contida no art. 30-A, § 2º, da Lei n. 9.504/97, entende-se que, de regra, os pedidos de alteração de limites dos gastos eleitorais restam vedados, até mesmo como forma de prestigiar a transparência na arrecadação e nos gastos de campanha e, alfin, evitar a ocorrência de desequilíbrio entre os contendores, por força de aporte volumoso de recursos financeiros calcado em motivos escusos.

A realização de gastos eleitorais, seja por candidato ou pelo comitê financeiro, antes da solicitação do pedido de registro do candidato ou do registro do

⁶ A eventual incongruência entre os §§3º e 4º do art. 22 da Lei n. 9.504/97, a rejeição de contas, o art. 30-A, § 2º, da Lei n. 9.504/97 e a investigação judicial eleitoral, em face da importância que ostenta, será objeto de análise em itens apartados.

⁷ De fato, parece que, após uma análise do conteúdo das resoluções que estabeleceram regramentos às eleições de 2004 e 2006, é possível concluir, atualmente, notadamente em face do teor da mini-reforma eleitoral (Lei n. 11.300/06), que é descabida a possibilidade de retificação de limites dos gastos eleitorais, até mesmo como forma de prestigiar a introdução do art. 30-A, § 2º, da Lei n. 9.504/97. Neste sentido, aliás, o TSE manifestou entendimento:

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso especial Eleitoral n. 27.522. Rel. Min. Carlos Augusto Ayres de Freitas Brito. 24.10.06. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2006. ALTERAÇÃO NO LIMITE DE GASTOS DE CAMPANHA. DEPUTADO FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL OU DE RESOLUÇÃO. INDEFERIMENTO. NÃO DEMONSTRADA VIOLAÇÃO LEGAL NEM DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NEGADO PROVIMENTO. 1. A Resolução-TSE n. 21.609/2004, vigente à época das Eleições 2004, expressamente permitiu o aumento de limite de gastos em campanha. 2. Já a Resolução-TSE n. 22.250/2006 - que disciplina a arrecadação e aplicação dos recursos nas campanhas eleitorais de 2006 - não autorizou o acréscimo do limite de gastos nas campanhas eleitorais de 2006. 3. Matéria já apreciada na MC n. 2.032, em 26.9.2006, na qual indeferi pedido liminar. 4. Não demonstrada ofensa a lei federal nem divergência jurisprudencial. 5. Negado provimento. In: **Tribunal Superior Eleitoral**, Brasília, DF, publicado em sessão, 24 out. 2006.

De qualquer sorte, caso entenda-se – ainda que em caráter de excepcionalidade – pelo cabimento da retificação dos limites de gastos eleitorais, em situações pontuais, resta assente a possibilidade de, embora afastada a figura da representação por descumprimento ao art. 30-A, § 2º, da Lei n. 9.504/97, aplicação da sanção pecuniária prevista no art. 18, § 2º, da Lei n. 9.504/97, impondo-se ao partido político a sanção do art. 25 do mesmo diploma normativo.

comitê financeiro, sem a inscrição no CNPJ e sem a abertura de conta bancária específica (quando obrigatória), caracteriza-se como gasto ilícito de recursos, para fins eleitorais (art. 1º, *caput*, da Resolução n. 22.250/06 TSE).

Resta, ainda, perquirir se a inobservância do disposto nos artigos 23, § 5º, e 39, § 6º e § 7º, todos da Lei n. 9.504/97, importam, igualmente, a caracterização de gastos ilícitos para fins eleitorais.

Pelo disposto no art. 23, § 5º, da Lei n. 9.504/97, “ficam vedadas quaisquer doações em dinheiro, bem como de troféus, prêmios, ajudas de qualquer espécie feitas por candidato, entre o registro e a eleição, a pessoas físicas e jurídicas”. À primeira vista, a amplitude do dispositivo é tamanha, que abarca, com sobras, todo o conteúdo proscrito pela representação por captação ilícita de sufrágio, na medida em que esta última figura, prevista no art. 41-A da Lei das Eleições, não prescinde do elemento subjetivo – que é o pedido de voto ao eleitor. Neste sentido, aliás, é o entendimento doutrinário⁸. De outro lado, no entanto, a norma prevista no art. 23, § 5º, da Lei n. 9.504/97 revela-se imperfeita, na medida em que veda, apenas, a conduta praticada pelo candidato – e não por terceiro, seja o próprio partido ou coligação – dirigida a pessoas físicas e jurídicas. Neste passo, parece que, por equidade de tratamento, em consonância com o entendimento já firmado em relação à captação ilícita de sufrágio, forçoso concluir que a conduta proscrita igualmente ocorrerá quando terceira pessoa, com a anuência do candidato, praticar o ilícito, como corretamente asseverado por ADRIANO SOARES DA COSTA⁹. O lapso temporal de incidência desta norma sancionadora (art. 23, § 5º) vai do pedido de registro até a data da eleição (1º ou 2º turno, quando houver).

Certamente, porém, incumbirá à jurisprudência traçar elementos de configuração da norma em apreço, compatibilizando-a com a representação por cap-

⁸ Com efeito, JOEL JOSÉ CÂNDIDO entende que o art. 23, §5º, da Lei das Eleições – por prescindir do pedido de voto ao eleitor –, praticamente, esvazia o art. 41-A da Lei nº 9504/97. CÂNDIDO, ainda, trabalha com três possibilidades diversas de incidência do art. 23, §5º, da Lei nº 9.504/97: 1ª) se a doação for inexpressiva ou realizada fora do período vedado, não afetando a legitimidade do pleito ou o princípio igualitário, não acarreta sanção alguma; 2ª) se a doação caracterizar-se como infração eleitoral, por seus contornos ontológicos, mas não se constituir em abuso eleitoral, é caso de uso do poder de polícia; 3ª) se for infração típica, dolosa, danosa, prejudicial e abusiva, é caso de ajuizamento de ação de investigação judicial eleitoral e ação de impugnação de mandato eletivo.

ADRIANO SOARES DA COSTA, de seu turno, aduz que: “Aqui, diferentemente do 41-A, proíbe-se a doação de dinheiro ou “ajuda de qualquer espécie” a pessoa física ou jurídica. Diversamente da captação de sufrágio, a vedação independe do pedido de voto ao eleitor, alcançando também o benefício a pessoas jurídicas (como associações de moradores, por exemplo). A norma, destarte, proíbe que o candidato faça a doação de dinheiro ou brindes, ainda que diretamente não peça voto em seu favor.”

O legislador, pela redação dada ao novel dispositivo, traçou a definição de norma sancionadora com elementos normativos preponderantemente objetivos, dado que despidendo cogitar de pedido de voto ou apoio de qualquer espécie ao eleitor ou, mesmo, à pessoas físicas.

⁹ Nas palavras do doutrinador alagoano: “Por meio dela, vedou-se ao candidato (ou alguém por ele, com o seu consentimento ou conhecimento presumido, conforme assentado na jurisprudência do TSE sobre a captação de sufrágio) fazer doações em dinheiro, bem como troféus, prêmios, ajudas de qualquer espécies feitas entre o registro e a eleição, a pessoas físicas ou jurídicas.”

tação ilícita de sufrágio, sem que acabe por fulminar com a ação originada no projeto de iniciativa popular e, ao mesmo tempo, garanta eficácia mínima ao novel dispositivo.

Estatui o § 6º do art. 39 da Lei das Eleições, com a redação dada pela Lei n. 11.300/06, a vedação de confecção, utilização e distribuição de camisetas, chaveiros, bonés, canetas, brindes, cestas básicas ou quaisquer outros bens materiais que possam proporcionar vantagem ao eleitor. Em suma, pois, a confecção, utilização e distribuição dos bens mencionados consiste em gasto ilícito também por força da revogação do inciso XIII do art. 26 da Lei n. 9.504/97, o qual, em sua redação originária, dispunha que era gasto eleitoral a confecção, aquisição e distribuição de camisetas, chaveiros e outros brindes de campanha. Com efeito, a nova redação dada ao *caput* do art. 26 da Lei n. 9.504/97, ao excluir, em sua parte final, a expressão “dentre outros”, leva a conclusão que o rol de gastos elencados pelo art. 26 da Lei das Eleições, atualmente, é exaustivo e não comporta interpretação ampliativa que não guarde consonância com a relação legal. Daí, pois, a realização de gasto eleitoral não previsto em lei, ou seja, fora da relação do art. 26, por consectário, é gasto ilegal, não podendo ser admitida, conclusão que é reforçada pela introdução do § 6º ao art. 39 da Lei n. 9.504/97.

A norma prevista no § 6º do art. 39 da Lei n. 9.504/97 estabelece que o período de vedação corresponde à “campanha eleitoral”¹⁰, expressão que deve ser compreendida pelo período correspondente ao início da propaganda eleitoral lícita (art. 36, *caput*, da Lei n. 9.504/97) até a data do pleito (1º ou 2º turno, conforme o caso). Estabelece, ainda, a norma que são proibidas as condutas de confecção, utilização e distribuição; confeccionar é atividade que envolve preparação, elaboração e fabricação (ainda que artesanal, desde que realizada às expensas do candidato ou comitê financeiro); a utilização significa qualquer espécie de uso ou aproveitamento; distribuir é dar ou entregar – ainda que sem ônus.

O dispositivo legal prevê que a vedação em relação aos brindes de campanha atinge aos candidatos, comitês financeiros e terceiros – desde que com a autorização dos candidatos. Impede-se a confecção, utilização, distribuição de camisetas, chaveiros, bonés, canetas, brindes, cestas básicas ou quaisquer outros bens materiais¹¹ que possam proporcionar vantagem ao eleitor. A ex-

¹⁰ O ensinamento de JOEL JOSÉ CÂNDIDO é lapidar: “no caso de a confecção, utilização ou distribuição desses bens de propaganda eleitoral ser praticada antes dessa data (05 de julho), estará caracterizada não esta hipótese do art. 39, §6º, mas sim a propaganda eleitoral extemporânea do art. 36, *caput* e § 3º, desafiando o seu respectivo apenamento.

¹¹ Calha registrar o magistério de ADRIANO SOARES DA COSTA: “A proibição não é apenas de brindes com o nome ou o número do candidato, mas de qualquer bem que o identifique, como a adoção de uma determinada cor de campanha, por exemplo. Canetas da cor vermelha, ou cinza, ou verde podem identificar uma determinada candidatura, infringindo o § 6º deste artigo”.

pressão “quaisquer outros bens materiais que possam proporcionar vantagem ao eleitor” é indicativa da extensão¹² da proscrição, que atinge qualquer espécie de bem – material – que propicie utilidade, proveito, lucro, melhoria ou benefício ao eleitor. Por eleitor deve ser compreendido aquele que possui o pleno gozo da capacidade eleitoral ativa, não incidindo nas hipóteses de restrição do art. 15 da Constituição Federal. Novamente, aqui, o legislador estatuiu uma presunção objetiva de ilicitude da conduta, sem a exigência do pedido de voto ao eleitor; existe, pois, uma presunção de que a distribuição de bens que proporcionam vantagem ao eleitor, *de per si*, afeta a liberdade de convicção de voto do eleitor.

Também consiste em gasto ilícito, para fins eleitorais, a partir da nova redação dada ao § 7º do art. 39 da Lei n. 9.504/97, a realização de *showmício* e de evento assemelhado, para promoção de candidatos, bem como a apresentação, remunerada ou não, de artistas com a finalidade de animar comício e reunião eleitoral.

Por fim, a veiculação de propaganda eleitoral por meio de *outdoors* caracteriza-se como gasto ilícito, para fins eleitorais, por força do disposto no art. 39, § 8º, da Lei n. 9.504/97.

- PARA FINS ELEITORAIS:

Estabelece a norma prevista no art. 30-A, § 2º, da Lei n. 9.504/97 que, havendo a comprovação de captação ou gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, será negado diploma ao candidato, ou cassado, se já houver sido outorgado. Neste passo, convém registrar que a expressão “para fins eleitorais” indica, conquanto a obviedade, que a proscrição atinge a arrecadação e o dispêndio de recursos angariados para a realização de atos de campanha eleitoral. Portanto, necessário reste comprovado um liame entre o aporte ou o gasto de recursos com a consecução dos atos de campanha eleitoral.

No entanto, a expressão apresenta uma compreensão mais elástica do que uma leitura apressada da norma pode propiciar. Com efeito, ao estabelecer

¹² A amplitude da norma, contudo, leva a uma dificuldade interpretativa que consiste em saber quais bens que, efetivamente, podem proporcionar vantagem ao eleitor. Cabe ressaltar que, conquanto a norma legal estabeleça vedação acerca de bens materiais, é possível concluir que a vantagem a ser obtida pelo eleitor – da mesma forma que na captação ilícita de sufrágio – pode ser de qualquer natureza (v.g., de cunho moral, patrimonial, espiritual, social, etc.). Conclusão em contrário leva a um esvaziamento do conceito material de gastos ilícitos, para fins eleitorais, além de exigir requisito não previsto pelo próprio legislador, possibilitando a ineficácia punitiva da norma sob comento, na medida em que bastaria, ao infrator, a prova de que o eleitor não obteve o devido proveito econômico.

a vedação de arrecadação ilícita para fins eleitorais, forçoso reconhecer que a norma comina de ilicitude a conduta de aporte de recursos, ainda antes do início do processo eleitoral, desde que tais recursos sejam direcionados para custeio de atos de campanha. Assim, pois, resta proscrita – e passível de perseguição pela representação do art. 30-A, § 2º, da Lei n. 9.504/97 – a arrecadação de recursos, ainda antes da realização das convenções partidárias, desde que haja a comprovação de que, *a posteriori*, tais recursos serão utilizados para o custeio de atos de campanha eleitoral. Em ocasião passada, foi amplamente divulgada pela mídia, a apreensão, em março do ano da eleição, de vultosos valores, de procedência duvidosa, em cofre de empresa de propriedade de marido de determinada política que, à época, exercia o cargo de Governadora de Estado e tinha pretensão de concorrer à Presidência da República; na oportunidade, a pretensa candidata afirmou que os valores apreendidos seriam de doadores da pré-campanha. Caso confirmada a versão apresentada pela Governadora, haveria, portanto, no caso em tela, malgrado a inexistência da norma do art. 30-A, § 2º, a comprovação fática de captação ilícita de recursos, para fins eleitorais.

Por conseguinte, necessário haver a prova do nexo de causalidade entre os recursos ilicitamente arrecadados e a consecução de gastos de campanha, para que haja a incidência da hipótese normativa sob comento, porquanto a expressão “para fins eleitorais” não significa, em hipótese alguma, a restrição cronológica do ato ilícito somente a partir do início da campanha eleitoral; é possível – e até provável – que o ilícito (arrecadação ilegal) tenha ocorrido antes do início do processo eleitoral, mas somente haja a efetivação do gasto eleitoral no transcorrer do prélio. Não se pode olvidar, portanto, que são previstas duas condutas materiais: arrecadação e gastos ilícitos; em quaisquer delas, basta que haja a prova de que a conduta ocorreu com finalidade eleitoral (“para fins eleitorais”), ainda que eventualmente a ação de captar os recursos tenha ocorrido fora do período eleitoral.

- BEM JURÍDICO:

O bem jurídico protegido pela norma prevista no art. 30-A e seu parágrafo 2º da Lei das Eleições é a higidez das normas relativas à arrecadação e gastos eleitorais. Preocupa-se, o legislador, em elevar à proteção normativa específica a matéria relativa ao aporte de recursos e os respectivos gastos de campanha. Compreensível as razões do legislador, dado que o abuso do poder econômico, centrado precipuamente na arrecadação e nos gastos eleitorais, e, sendo, pois,

a força motriz dos atos de campanha, consiste em um dos maiores motivos de interferência na normalidade do processo eleitoral, desvirtuando, de modo clandestino, a vontade do eleitor.

Forçoso compreender que a criação normativa de um tipo específico de ação de direito material – captação e gastos ilícitos, para fins eleitorais – é, por si só, fator do significativo apreço pela proteção a ser dispensada às normas infraconstitucionais de arrecadação e gastos eleitorais, notadamente àquelas previstas na própria Lei das Eleições. Tal fato, pois, releva-se extremamente considerável, na medida em que o legislador deixou bastante evidente que o tratamento até então dispensado para o combate dos atos de abuso de poder econômico – gênero no qual se inclui a captação e os gastos ilícitos, para fins eleitorais – era insuficiente e incapaz de manter incólume de vícios o processo eleitoral. Daí, pois, parece claro que a criação de nova ação de direito material, diversa da investigação judicial eleitoral, induz à proteção de bem jurídico específico, igualmente diverso da normalidade e da legitimidade do pleito, na forma pretendida pelo legislador constitucional no art. 14, § 9º, da Carta Republicana. Com efeito, à criação de nova figura normativa de direito material importa reconhecer a necessidade de proteção específica de determinado bem jurídico.

Neste diapasão, cabível concluir que o malferimento ao bem jurídico tutelado pelo art. 30-A, § 2º, da Lei n. 9.504/97 – que é a proteção à higidez das normas relativas à arrecadação e gastos eleitorais – importa, de plano, na violação ao princípio da isonomia entre os candidatos. O princípio da isonomia, gize-se, por indispensável, está intrinsecamente presente em todo o processo eleitoral, sendo inconcebível cogitar da prática regular de atos de campanha, inobservando-se a igualdade de tratamento e de oportunidade a ser dispensada a todos os participantes do prélio – sejam candidatos, partidos políticos ou coligações. Tamanha importância ostenta o princípio da igualdade que possui *status* de proteção constitucional, na forma prevista pelo art. 5º, *caput*, e inciso I, da Constituição Federal, a par de, igualmente, invocável em matéria de Direito Eleitoral.

Assim, pois, a manutenção da incolumidade das normas de arrecadação e dos gastos eleitorais, na forma preconizada pela legislação, objetiva, em síntese, assegurar igualdade de condições para os participantes do processo eleitoral. É fato de uma obviedade singular que aquele que – seja candidato, partido ou coligação – obtenha aporte ilícito de recursos financeiros tem nítida vantagem na busca pelo voto do eleitor, colocando os demais adversários em condição de inferioridade inequívoca. Portanto, tenciona o legislador, a partir da edição da Lei n. 11.300/06, que a prática de atos de captação e gastos ilícitos, para fins eleitorais, com a violação do princípio da igualdade entre os candidatos, importe na possibilidade de cassação do diploma do candidato infrator. Cum-

pre, ainda, mencionar que, em diversos dispositivos legais, o legislador, embora implicitamente, preocupou-se em assegurar igualdade de condições entre os participantes do pleito. Nesta senda, por força da Lei n. 11.300/06, cabe – como regra – à lei específica o estabelecimento do limite de gastos de campanha para os cargos em disputa (art. 17-A).

Se é certo que a igualdade material é de impossível realização, pretende-se, ao menos, assegurar-se a igualdade formal, que é plausível, mediante a aplicação das ferramentas que são concedidas pelo legislador eleitoral. Não é possível, de antemão, saber qual a interpretação que irá prevalecer acerca de quais os elementos probatórios serão suficientes para um juízo de acolhimento da representação; contudo, parece inegável que é descabido, em sede de captação e gastos ilícitos, para fins eleitorais, cogitar da necessidade de prova da potencialidade de influência no resultado do pleito – que é protegido pelo art. 14, § 9º, da Constituição Federal –, até mesmo como forma de prestigiar e dar eficácia razoável à aplicação da minirreforma eleitoral, calcada na Lei n. 11.300/06, a qual teve reconhecida a aplicabilidade imediata pelo TSE, ainda que ao alvedrio do próprio princípio da anualidade (art. 16 CF).

Em síntese, pois, ter-se-á por regra que a incidência material da norma – captação e gastos ilícitos, para fins eleitorais – importa em quebra do princípio da isonomia entre os candidatos, sendo, *de per se*, suficiente para o acolhimento da representação com fulcro no art. 30-A, § 2º, da Lei n. 9.504/97. Inobstante tais considerações, repisa-se que incumbirá à jurisprudência a formatação dos elementos necessários à procedência da representação.

- DA CAPTAÇÃO E GASTOS ILÍCITOS, PARA FINS ELEITORAIS, E DA INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL

É de fundamental importância a distinção entre a figura prevista no art. 30-A, § 2º, da Lei n. 9.504/97 e a investigação judicial eleitoral (art. 22 da Lei Complementar n. 64/90), sob pena de esvaziamento completo e irreversível da novidade legislativa criada pela minirreforma eleitoral (Lei n. 11.300/06).

Com efeito, uma leitura apressada do novel dispositivo, até mesmo pela infelicidade do legislador ao definir os elementos normativos do tipo, pode induzir o intérprete a uma conclusão desanimadora, entendendo-se que o dispositivo acrescentado pela Lei n. 11.300/06 é vazio, inócuo e sem qualquer efetividade prática. Tal ilação, como dito, é reforçada – em muito – pela desventura do legislador que, no mesmo dispositivo (*caput* do art. 30-A), faz referência a ações

materiais diversas, embaralhando conceitos e trazendo perplexidade àqueles que lidam com a matéria eleitoral.

Nesta senda, de pronto, convém traçar uma correta distinção entre a representação por captação e gastos ilícitos, para fins eleitorais (art. 30-A, § 2º, da Lei n. 9.504/97), e a investigação judicial eleitoral (art. 22 da Lei Complementar n. 64/90). Em nada, neste aspecto, contribuiu o legislador, na medida em que, em seqüência, estabeleceu no mesmo dispositivo (art. 30-A, *caput*), pedido de “abertura de investigação judicial”, com o fim de “apurar condutas em desacordo com as normas desta Lei (Lei n. 9.504/97)”.

Infeliz, para dizer o mínimo, a referência do legislador, no art. 30-A, *caput*, da Lei n. 9.504/97, a pedido de “abertura de investigação judicial”, já que a expressão “investigação judicial” está umbilicalmente ligada à Lei Complementar n. 64/90 e, por conseqüência, faz ressurgir, aqui, novamente, uma das mais vetustas das ações eleitorais. Não se trata, pois, de investigação judicial eleitoral¹³, na forma prevista na Lei Complementar n. 64/90, porque, caso contrário, seria vazia a previsão normativa. Com efeito, o legislador, desde antanho, busca formas de combater o abuso do poder econômico. Assim, o Código Eleitoral (arts. 222, 237 e 262, inciso IV), a Constituição Federal (art. 14, § 10) e a Lei Complementar n. 64/90 (art. 22) prevêm ações eleitorais que visam a controlar e a punir a interferência do abuso do poder econômico no processo eleitoral. O art. 30-A, § 2º, da Lei n. 9.504/97, portanto, acrescenta-se a estas ações eleitorais, culminando por se caracterizar em mais um importante instrumento no combate ao abuso do poder econômico.

Assim, estabelece o art. 30-A, *caput*, a possibilidade de, qualquer partido ou coligação, ajuizar representação à Justiça Eleitoral, “para apurar condutas em desacordo com as normas desta Lei, relativas à arrecadação e gastos de recursos”. A representação, a ser ajuizada perante a Justiça Eleitoral, portanto, consiste na espécie de ação processual colocada à disposição da parte autora, da mesma forma que a representação por captação ilícita de sufrágio (art. 41-A da Lei n. 9.504/97) e da representação por conduta vedada (art. 73 da Lei n. 9.504/97). Se a representação mencionada no *caput* do art. 30-A é o meio processual de buscar a prestação jurisdicional devida, a captação ou gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, são as hipóteses materiais de incidência da norma, ou seja, consistem na ação de cunho material disponibilizada aos autores. Daí,

¹³ No mesmo sentido, é o entendimento de ADRIANO SOARES DA COSTA, ao observar, com precisão, que: “[...] a representação do art. 30-A não é um pedido de investigação administrativa para que o Corregedor Eleitoral abra um inquérito para a apuração de fatos. Trata-se de ação de direito material processada, no que couber (prescreve a lei), pelo rito da investigação judicial eleitoral (AIJE). Ou seja, utilizar-se-á o rito da AIJE com a exclusão dos incisos XIV e seguintes do art. 22 da LC 64/90, dando à sentença que a julgar efeitos imediatos, sem que incida o art. 15 da LC 64/90 (é dizer, independentemente do trânsito em julgado da sentença de procedência).”

pois, inegável que a norma prevista no art. 30-A, § 2º, da Lei n. 9.504/97 consiste na maior novidade¹⁴ na arquitetura das ações eleitorais desde a edição da Lei n. 9.840/99 – que introduziu a captação ilícita de sufrágio no Direito Eleitoral.

Por conseguinte, a partir da Lei n. 11.300/06, em havendo a incidência de hipótese de captação ilícita de recursos ou gastos ilícitos, para fins eleitorais, é possível o ajuizamento de representação, buscando-se, através da prestação jurisdicional, seja negado diploma ao candidato, ou cassado, se já houver sido outorgado. Tal inovação, contudo, em nada afetou a existência das demais ações eleitorais, que permanecem íntegras, e sequer afetou a possibilidade – sempre presente – de, através de investigação judicial eleitoral, recurso contra diplomação e ação de impugnação ao mandato eletivo – perseguir as hipóteses genéricas de abuso de poder econômico. Conquanto pareça despidendo, convém registrar que a representação, prevista no art. 30-A, *caput*, da Lei n. 9.504/97 caracteriza-se como ação processual por descumprimento às normas de arrecadação e gastos de recursos, especificamente previstas na Lei das Eleições, já que a própria norma prevê que a representação é “para apurar condutas em desacordo com as normas desta Lei”.

Reconhecida a incidência de nova ação de direito material, na figura normativa prevista no art. 30-A, § 2º, da Lei n. 9.504/97, cumpre consignar, de pronto, que o rito procedimental aplicável à representação por captação e gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, é, por força do disposto no § 1º do art. 30-A da Lei das Eleições, o estabelecido no art. 22 da Lei Complementar n. 64/90. Portanto, a única relação existente entre a representação por captação e gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais (art. 30-A, § 2º, da Lei n. 9.504/97), e a investigação judicial eleitoral (prevista na Lei Complementar n. 64/90) é a aplicação do rito procedimental¹⁵ previsto no art. 22 da lei complementar referida. Se a própria Lei n. 11.300/06 prevê, de modo expresso, no § 1º do art. 30-A, que, na apuração da qual trata, aplica-se o procedimento previsto no art. 22 da

¹⁴ O substancial ensino de ADRIANO SOARES DA COSTA aponta na mesma direção, ao observar que: “O art. 30-A foi, sem dúvida, a principal inovação trazida pela Lei n. 11.300/2006, equiparável à introdução do art. 41-A no ordenamento jurídico brasileiro. O seu § 2º criou um novo ato jurídico ilícito (captação ou gastos ilícitos de recursos para fins eleitorais) cominando-lhe a sanção de negação ou cassação do diploma do candidato eleito. A captação ilícita de recursos para fins eleitorais é toda aquela que esteja em desacordo com a Lei n. 9.504/97, advinda de qualquer daquelas entidades previstas no art. 24 ou, ainda que de origem em si mesma não vedada, sejam recursos que não transitem pela conta obrigatória do candidato (caixa dois) e, ao mesmo tempo, sejam aplicados indevidamente na campanha eleitoral, guardada a distinção com a hipótese de abuso do poder econômico, prevista no § 3º do art. 22. Outrossim, reputa-se gastos ilícitos de recursos para fins eleitorais aqueles realizados sem a observância das normas da Lei n. 9.504/97, como gastos para confecção de brindes, bottons, bonés, outorga de prêmios, doação para eleitores ou pessoas jurídicas (associações, por exemplo), pagamento de artistas para a realização de eventos em prol da candidatura, etc.”

¹⁵ Não se pode olvidar, neste passo, que, no escólio de CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (In: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.): “procedimento é [...] apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível [...] Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo”.

Lei Complementar n. 64/90, forçoso convir que não pretendeu, o legislador pátrio, resumir – sob o ponto de vista do direito material – a representação por captação e gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, à mesma hipótese material de cabimento da investigação judicial eleitoral. Cabe reiterar, neste diapasão, que a vinculação entre a Lei Complementar n. 64/90 e o art. 30-A da Lei n. 9.504/97 é exclusivamente adjetiva e processual, ainda que mitigada.

Calha, ainda, referir que o legislador determinou a aplicação do procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar n. 64/90, “no que couber”, expressão que necessita ser corretamente interpretada. Neste ponto, pois, conclui-se que, quando o legislador preconiza a adoção do rito sumário da Lei Complementar n. 64/90, no que couber, pretende, tal qual ocorreu com a representação por captação ilícita de sufrágio¹⁶, que a aplicação da sanção de cassação, ou denegação, do diploma – que não importa em declaração de inelegibilidade – ocorra, de imediato, sem a dependência do posterior ajuizamento de ação de impugnação de mandato eletivo ou recurso contra diplomação. Em outras palavras, quando o legislador refere-se à aplicação do rito previsto no art. 22 da Lei Complementar n. 64/90, no que couber, entende-se que o procedimento é aplicável, em sua inteireza, ressalvada, tão-somente, a previsão normativa estatuída nos incisos XIV e XV do art. 22 da Lei Complementar n. 64/90. Em síntese, pois, a cassação (ou denegação) do diploma, na representação por captação e gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, deve ocorrer diretamente, com a procedência do pedido formulado, sem a necessidade do ajuizamento de nova ação eleitoral, como é, ainda, exigido à investigação judicial eleitoral. Da mesma forma, inaplicável à representação por captação e gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, o disposto no inciso XIV do art. 22 da Lei Complementar n. 64/90, na medida em que não é possível declaração de inelegibilidade em representação aforada por descumprimento à Lei das Eleições, que é norma de *status* ordinário, e, fundamentalmente, porque o art. 30-A, § 2º, da Lei n. 9.504/97 não prevê tal sancionamento.

¹⁶ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo de Instrumento n. 3.042. Rel. Min. José Paulo Sepúlveda Pertence. 19.03.02. Captação ilícita de sufrágio (L. 9504/97, art. 41-A) - Representação julgada procedente após a eleição - Validade da cassação imediata do diploma: inaplicável o art. 22, XV, da LC 64/90, por não implicar declaração de inelegibilidade. In: Diário de Justiça da União, Brasília, DF, v.1, p.184, 10 maio 2002. Seção 1

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Embargos de Declaração em Recurso Especial Eleitoral n. 25.919. Rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. 09.11.06. Embargos de declaração. Recurso especial. Representação. Captação ilícita de sufrágio. Instância ordinária. Procedência. Art. 41-A da Lei n. 9.504/97. Inconstitucionalidade. Ausência. Inaplicabilidade do art. 22, XV, da Lei Complementar n. 64/90. Art. 23 da Res.-TSE n. 21.575/2003. Multa e cassação de registro ou diploma. 1. O Ministério Público Eleitoral tem ampla legitimidade para atuar em todas as fases do processo eleitoral, haja vista sua condição de fiscal da lei e da Constituição Federal. 2. Não obstante a utilização do rito procedimental estabelecido no art. 22 da LC n. 64/90, as decisões que aplicam a sanção do art. 41-A não se submetem ao inciso XV do referido preceito complementar por expressa disposição regulamentar (art. 23 da Res.-TSE n. 21.575/2003). 3. A via especial não é própria para o reexame de matéria fático-probatória, nos termos do Enunciado n. 279 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, p.219, 11 dez. 2006. Seção 1.

Não impressiona, de outra parte, que o legislador tenha previsto, no *caput* do art. 30-A da Lei das Eleições, apenas, a legitimidade do partido político ou coligação, para promover a representação por descumprimento às normas de arrecadação e gastos de recursos em desacordo com a Lei n. 9.504/97, excluindo-se, *a priori*, o Ministério Público da titularidade ativa. Com efeito, malgrado a imperfeição legislativa, é fácil concluir que o Ministério Público Eleitoral tem legitimidade ativa para toda e qualquer ação eleitoral de cunho sancionatório, por força de previsão constitucional, na medida que se trata de instituição que tem como atribuição basilar a defesa da ordem democrática, na forma prevista pelo art. 127 da Constituição Federal. De outra parte, contudo, parece que a omissão do legislador torna-se mais eloqüente quando ausente previsão legal que conceda legitimidade ativa ao candidato para ajuizar a ação mencionada. Neste caso, entende-se que a omissão do legislador, de fato, teve o desiderato de afastar a legitimidade do candidato em ajuizar a representação por descumprimento ao art. 30-A, § 2º, da Lei n. 9.504/97, restringindo-se a legitimidade aos partidos, coligações e ao Ministério Público. O legislador, no caso em tela, deixou a matéria relativa à prestação e arrecadação de contas, exclusivamente, à fiscalização dos entes de caráter coletivo que labutam no processo eleitoral, afastando a possibilidade de irrisignação individual de qualquer candidato acerca da matéria; prevalece, *in casu*, o interesse coletivo – do partido ou coligação – em detrimento do interesse individual do candidato.

Inobstante a novidade do tema em questão, forçoso reconhecer que, tratando-se de representação por descumprimento à Lei n. 9.504/97, especificamente na matéria relativa à arrecadação e gastos de campanha, a representação possa ser ajuizada até a data da diplomação, na medida em que as prestações de contas deverão ser julgadas, no máximo, até 08 dias antes da data da diplomação (art. 30, § 1º, da Lei n. 9.504/97). E seguindo a linha de entendimento já sacramentada para as demais representações por descumprimento à Lei das Eleições (*v.g.*, captação ilícita de sufrágio e condutas vedadas dos artigos 73 e 77), entende-se que a presente ação processual pode ser ajuizada a partir do pedido de registro da candidatura¹⁷, conquanto possa referir-se a fatos praticados anteriormente a tal marco inaugural.

A competência para o ajuizamento da representação por descumprimento

¹⁷ ADRIANO SOARES DA COSTA, em relação ao termo inicial, tem posicionamento similar, embora a divergência acerca do termo final. Segundo o festejado eleitoralista: “[...] pode ser proposta após o pedido de registro de candidatura [...] seria lícito aplicar à representação do art. 30-A, analogicamente (e sem criação judicial de decadência), o prazo de 15 (quinze) dias após a diplomação para o ingresso da ação, na forma do art. 14, § 10, da CF/88”. Efetivamente, o termo final coincidente com a ação de impugnação ao mandato eletivo é o mais recomendável, em face do curto espaço de tempo a partir do julgamento da prestação de contas, entretanto, considerando que a Corte Superior, de modo desaconselhável, tem estabelecido a criação de prazos decadenciais, através de questão de ordem, entende-se que é razoável, com fundamento no princípio da simetria, seja adotado prazo final idêntico à captação ilícita de sufrágio.

ao art. 30-A, § 2º, da Lei n. 9.504/97 é, nas eleições municipais, do Juiz Eleitoral; nas eleições gerais, dos juizes auxiliares que atuam junto aos Tribunais Regionais, e nas eleições presidenciais, da Corte Superior.

A procedência da representação por descumprimento ao art. 30-A, § 2º, da Lei n. 9.504/97, importa, na denegação¹⁸ do diploma ao candidato ou, se já tiver sido outorgado o diploma, na sua cassação.

Tratando-se de representação por descumprimento à Lei n. 9.504/97, o recurso ajuizado contra sentença que julgar a lide tem o prazo¹⁹ de 24 (vinte e quatro) horas, na forma estabelecida pelo art. 96, § 8º, da Lei das Eleições, e, por não veicular declaração de inelegibilidade, terá eficácia imediata²⁰, conforme a regra geral prevista no art. 257 do Código Eleitoral.

Calha referir, neste passo, ainda, que inexistente qualquer julgado conhecido que tenha enfrentado a representação por captação e gastos ilícitos, para fins eleitorais, na medida em que o – suposto – precedente²¹ colhido junto à Corte

¹⁸ A sanção de denegação do diploma não é novidade na seara eleitoral, já sendo prevista no Código Eleitoral na hipótese de procedência do recurso contra diplomação. Com efeito, prevê o inciso IV do art. 262 do Código Eleitoral que é cabível recurso contra expedição do diploma no caso de "concessão ou denegação do diploma em manifesta contradição com a prova dos autos, nas hipóteses do art. 222 desta Lei, e do art. 41-A da Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. (Redação dada pela Lei n. 9.840, de 28.9.1999)".

¹⁹ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Recurso especial Eleitoral n. 25.622. Rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. 02.02.06. Representação. Art. 41-A da Lei n. 9.504/97. Sentença. Improcedência. Recurso eleitoral. Intempestividade. Prazo. 24 horas. Art. 96, § 8º, da Lei n. 9.504/97. A jurisprudência da Casa consolidou-se no sentido de que é de 24 horas o prazo para recurso contra sentença proferida em representação eleitoral, nos termos do art. 96, § 8º, da Lei das Eleições, prazo que se aplica inclusive nos feitos em que se apura a captação ilícita de sufrágio a que se refere o art. 41-A da referida lei. Agravo regimental a que se nega provimento. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.173, 03 mar. 2006. Seção 1.

No mesmo sentido:

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 27.832. Rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. 19.06.07. Investigação judicial. Apuração. Abuso de poder e captação ilícita de sufrágio. Cumulação. Sentença. Procedência. Recurso. Decisão regional. Intempestividade. Não-conhecimento. Prazo. Tríduo. Art. 258 do Código Eleitoral. Violação. Art. 292, § 2º, do Código de Processo Civil. Caracterização. 1. É de 24 horas o prazo previsto para recurso contra decisão proferida em sede de representação por descumprimento das disposições da Lei n. 9.504/97, o que se aplica, inclusive, às hipóteses em que se apura a captação ilícita de sufrágio. 2. No entanto, na hipótese de investigação judicial em que se cumula a apuração de abuso de poder e infração ao art. 41-A da Lei das Eleições - que seguem o mesmo rito do art. 22 da LC n. 64/90 -, aplica-se o prazo recursal geral estabelecido no art. 258 do Código Eleitoral em face da incidência do art. 292, § 2º, do Código de Processo Civil. Recurso especial conhecido e provido para afastar a intempestividade do recurso eleitoral apresentado contra a decisão de primeiro grau. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.136, 21 ago. 2007. Seção 1.

²⁰ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 19.176. Rel. Min. José Paulo Sepúlveda Pertence. 16.10.01. I. Cassação de Registro de Candidatura: L. 9.504/97, ART. 41 - A: Eficácia imediata. Ao contrário do que se tem entendido, com relação ao art. 15 da LC 64/90, a eficácia da decisão tomada com base no art. 41-A da L. 9.504/97 é imediata, ainda quando sujeita a recurso: trata-se, portanto, de causa de urgência, para cujo julgamento o Regimento Interno do Tribunal a quo faculta a dispensa de publicação de pauta. II. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIOS (L. 9.504/97, ART. 41-A): NÃO-CARACTERIZAÇÃO. Não configura a captação ilícita de sufrágios, objeto do art. 41-A da L. 9.504/97, o fato, documentado no "protocolo de intenções" questionado no caso, firmado entre os representantes de diversas igrejas de determinado Município - travestidos de membros do Conselho Ético de um partido político - e certos candidatos a prefeito e vice-prefeito, que formalmente se comprometem, se eleitos, ao atendimento de reivindicações imputadas à "comunidade evangélica" e explicitadas no instrumento, entre elas, a doação de um imóvel do patrimônio municipal, se não voltadas as promessas a satisfazer interesses patrimoniais privados. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.181, 22 fev. 2002. Seção 1.

²¹ TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL. Representação n. 1.176. Rel. Min. Francisco Cesar Asfor Rocha. 24.04.07. Investigação judicial eleitoral. Art. 22 da LC n. 64/90. Requisitos. Noticiário da imprensa. Prova testemunhal. Encargo da parte (inciso V da mesma norma). Omissão. Improcedência. 1. A Representação Judicial Eleitoral, cogitada no art. 22 da LC n. 64/90, configura-se como ação cognitiva com potencialidade desconstitutiva e declaratória (art. 30-A, § 2º, da Lei n. 9.504/97), mas

Superior (“Caso dossiê contra José Serra - Máfia das sanguessugas”), em verdade, trata-se de investigação judicial eleitoral, com fulcro no art. 22 da Lei Complementar n. 64/60, conquanto, por vezes, haja menção, por parte dos integrantes do TSE, aos dispositivos previstos no art. 30-A e seu parágrafo 2º, ambos da Lei n. 9.504/97. Não procede, assim, a referência exposta no corpo da ementa do julgado, quando é mencionado que se trata de *leading case* de aplicação do art. 30-A da Lei n. 9.504/97.

- DA CAPTAÇÃO E GASTOS ILÍCITOS, PARA FINS ELEITORAIS, E DA REJEIÇÃO DE CONTAS

A correta conjugação das hipóteses normativas do art. 22, § 3º e § 4º, e do art. 30-A, § 2º, ambos da Lei das Eleições, não constitui tarefa fácil, ainda mais quando a ausência de sistematização é corrente na legislação eleitoral.

A hipótese normativa prevista no art. 22, §§ 3º e 4º, da Lei n. 9.504/97 merece especial atenção, a fim de ser adequadamente interpretada. De início, deve-se registrar, como fundamental para a compreensão do dispositivo sob comento, a regra da obrigatoriedade, para o partido e para os candidatos, de abertura de conta bancária específica – vedada a utilização de conta preexistente – para registrar todo o movimento financeiro de campanha (art. 22, *caput*, da Lei n. 9.504/97). Trata-se de forma de fiscalização do aporte dos recursos financeiros para os atos de campanha eleitoral, que importa a necessidade de todo e qualquer recurso financeiro arrecadado, necessariamente, transitar pela conta bancária específica, sob pena de irregularidade. Resumidamente, pois, o uso efetivo de recursos financeiros que não provenham da conta bancária específica, quando obrigatória, configura o que popularmente é conhecido como “caixa-dois”, sendo considerado ilícito na esfera eleitoral.

Em verdade, acredita-se que o legislador, conhecedor da independência das instâncias administrativa, criminal e cível (*lato sensu*), ao dispor sobre os

o seu procedimento segue as normas da referida norma legal, mitigados os poderes instrutórios do juiz (art. 130 do CPC), no que concerne à iniciativa de produção de prova testemunhal (art. 22, V, da LC n. 64/90). 2. Sem prova robusta e inconcussa dos fatos ilícitos imputados aos agentes, descabe o proferimento de decisão judicial de conteúdo condenatório. 3. Se a parte representante deixa de diligenciar o comparecimento de testemunhas à audiência de instrução, como lhe é imposto por Lei (art. 22, V, da LC n. 64/90), não é lícito ao órgão judicial suprir-lhe a omissão, dado ser limitada a iniciativa oficial probatória, a teor do referido dispositivo legal. 4. Representação Eleitoral improcedente. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.144, 26 jun. 2007. Seção 1.

Com efeito, embora o Ministro Relator Asfor Rocha tenha manifestado expressamente que a matriz do art. 30-A da Lei Eleição é o art. 22 da LC 64/90, não se pode olvidar a intervenção precisa do Ministro Cezar Peluso, ao observar que: “(...) é inútil fazer qualquer observação a respeito da figura do art. 30-A, § 2º, porque seria preciso que tivesse sido imputada essa captação de forma que permitisse aos representados se defender adequadamente.”

§§ 3º e 4º do art. 22 da Lei n. 9.504/97, salientou que, invariavelmente, existem inegáveis reflexos, na esfera judicial, de fatos de caráter eminentemente administrativo. Neste diapasão, estabeleceu critério objetivo de rejeição de contas e, ainda, salientou a possibilidade de tal fato caracterizar-se, em tese, como abuso de poder econômico. No entanto, os artigos mencionados carecem de melhor ordem de disposição cronológica.

Com efeito, uma modificação²² da ordem cronológica dos preditos parágrafos possibilita uma melhor compreensão acerca do tema. Assim, o raciocínio do intérprete deve observar o seguinte critério de precedência: o uso de recursos financeiros para pagamentos de gastos eleitorais que não provenham de conta específica implica a desaprovação de contas; rejeitadas as contas, será remetida cópia do processo ao Ministério Público (ou demais legitimados), para os fins previstos no art. 22 da Lei Complementar n. 64/90 (ou seja, para eventual ajuizamento de recurso contra diplomação ou ação de impugnação de mandato eletivo); comprovado abuso de poder econômico (em sede de recurso contra diplomação ou ação de impugnação de mandato eletivo²³), será desconstituído o diploma²⁴ (em caso de procedência do recurso contra diplomação) ou o mandato eletivo (em caso de procedência da ação de impugnação de mandato eletivo).

Coexistem em instâncias autônomas e distintas o processo de prestação de contas, a representação por captação e gastos ilícitos para fins eleitorais (art. 30-A, § 2º, da Lei n. 9.504/97) e o abuso de poder econômico (art. 22 da Lei Complementar n. 64/90); aquele, de cunho administrativo²⁵; estes, de natureza

²² Possivelmente uma melhor disposição dos referidos dispositivos legais, sem alterar substancialmente o teor dos artigos, seria a seguinte:

§ 3º - O uso de recursos financeiros para pagamentos de gastos eleitorais que não provenham da conta específica de que trata o *caput* deste artigo implicará a desaprovação da prestação de contas do partido ou candidato.

§ 4º - Rejeitadas as contas, a Justiça Eleitoral remeterá cópia de todo o processo ao Ministério Público Eleitoral para os fins previstos no art. 22 da Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990. (Incluído pela Lei n. 11.300, de 2006); comprovado abuso de poder econômico, será cancelado o registro da candidatura ou cassado o diploma, se já houver sido outorgado. (Incluído pela Lei n. 11.300, de 2006).

²³ Calha registrar que JOEL JOSÉ CÂNDIDO demonstra irresignação com tal conclusão, asseverando que: "[...] se a comprovação do abuso do poder econômico não constar do processo de prestação de contas, mas de outro processo eleitoral, como a AIJE ou a AIME, a parte final deste § 3º era desnecessária. Bastaria, daí, o possível processo decorrente do § 4º, pois o art. 22 ali referido é, exatamente, 'a norma legal para combate aos abusos eleitorais'". Como já mencionado, a única conclusão possível é que o legislador tencionou reforçar que a rejeição das contas prestadas – ato de caráter administrativo – pode, em tese, transformar-se em ato de abuso de poder econômico, sendo, em princípio, descabido reconhecer o abuso de poder em processo de cunho administrativo.

²⁴ Conquanto a expressa referência legislativa (na parte final do § 3º do art. 22), entende-se que não é possível, na hipótese sob comento, aplicar a sanção de cancelamento do registro de candidatura, na medida em que o ilícito apurado decorre, necessariamente, da prestação de contas, que – sempre – será efetuada após a eleição, e é entendimento comezinho que, com a proclamação dos eleitos, não há mais possibilidade de cassação (ou, como preferiu o legislador, cancelamento) do registro de candidato.

²⁵ A lição de TORQUATO JARDIM, além de didática, é extremamente esclarecedora acerca da natureza jurídica do ato que aprecia as contas prestadas na esfera eleitoral. Conforme JARDIM: "Submetidas as prestação de contas à Justiça Eleitoral, a lei, com apuro técnico, assim como já o fazia a lei da eleição de 1996, limita o visto judicial à afirmação de 'regularidade' (art. 30, *caput*). Não há, por conseguinte, juízo de julgamento, ou decisão judicial de aprovação ou rejeição. O ato é, portanto, administrativo; logo, a assertiva de regularidade não exclui condenação posterior, em processo judicial próprio, por qualquer dos crimes previstos no Código Eleitoral ou não lei geral das eleições."

jurisdicional. Embora tratem-se de realidades distintas, inegável que o apurado em sede de prestação de contas, em regra, pode (e deve) ter efeitos reflexos na esfera judicial, com a possibilidade de ajuizamento de ação eleitoral com o fim de obstar e combater atos de abuso de poder econômico. Porém, cabe distinguir, conquanto pareça elementar, o aforamento de qualquer ação eleitoral visando combater ato de abuso de poder prescinde da conclusão, ou mesmo do principiariar, da análise das contas prestadas pelo partido ou candidato.

Seja por força de lei (em sentido estrito), seja por força de resolução editada pelo TSE, são reconhecidas algumas hipóteses – objetivas – de rejeição de contas na esfera eleitoral: a inobservância dos requisitos²⁶ de arrecadação de recursos e realização de gastos; o uso de recursos financeiros para pagamento de gastos eleitorais que não provenham de conta específica (art. 22, § 3º, Lei n. 9.504/97); o uso dos recursos vedados pelo art. 24 da Lei n. 9.504/97, ainda que haja restituição (art. 13, parágrafo único, da Res. n. 22.250/06); quando verificadas falhas que comprometam sua regularidade (art. 39, III, Res. n. 22.250/06). Afora tais hipóteses, de caráter objetivo, é concedido ao julgador, na análise das contas prestadas, o reconhecimento de fundamentos diversos, para a rejeição das contas prestadas. No entanto, atualmente, no direito eleitoral brasileiro, a rejeição de contas, por si só, não impede o exercício do mandato²⁷,

Não discrepa desta conclusão, o entendimento do TSE:

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 7.295. Rel. Min. José Gerardo Grossi. 04.09.07. Agravo de Instrumento. Recurso Especial. Prestação de contas. Ausência de trânsito de todos os recursos pela conta corrente específica. Violação a dispositivo legal. Não-ocorrência. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Seguimento negado. Agravo Regimental. Fundamentos da decisão não infirmados. Decisão administrativa. Desprovido. A ausência de trânsito de toda movimentação financeira da campanha pela conta corrente específica é transgressão que leva à rejeição das contas. A teor da recente jurisprudência do TSE, não cabe recurso especial contra acórdão de tribunal regional eleitoral que examina prestação de contas de candidato, por se tratar de decisão eminentemente administrativa. Agravo regimental a que se nega provimento. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.132, 17 set. 2007. Seção 1. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 8.413. Rel. Min. José Gerardo Grossi. 04.09.07. Agravo de Instrumento. Recurso Especial. Prestação de contas. Aplicação. TRE. Penalidade. Suspensão. Quotas do fundo partidário. Seguimento negado. Agravo Regimental. Fundamentos da decisão não infirmados. Decisão administrativa. Não-conhecimento. - A teor da recente jurisprudência do TSE, não cabe recurso especial contra acórdão de tribunal regional eleitoral que examina prestação de contas de candidato, por se tratar de decisão eminentemente administrativa. - A penalidade de suspensão do fundo partidário, aplicada pelo TRE em decorrência da rejeição das contas, não descaracteriza a natureza administrativa da contas. - Agravo regimental não conhecido. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.222, 14 set. 2007. Seção 1.

²⁶ O art. 1º da Res. n. 22.250/06 dispõe que, sob pena de rejeição de contas, a arrecadação de recursos e a realização de gastos por candidatos e comitês só poderão ocorrer após a observância dos seguintes requisitos: solicitação do registro de candidato; solicitação do registro do comitê financeiro; inscrição no CNPJ; abertura de conta bancária específica; obtenção dos recibos eleitorais.

²⁷ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. 21.03.06. Agravo Regimental. Mandado de Segurança. Irregularidade. Atos. Campanha. Inexistência. Impedimento. Diplomação. A desaprovação das contas do candidato não acarreta, por si, impedimento para sua diplomação. Em mandado de segurança, a prova deve ser previamente constituída. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.100, 26 maio 2006. Seção 1.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Consulta n. 1.068. Rel. Min. Luiz Carlos Lopes Madeira. 08.06.04. Consulta. Eleição 2004. Candidato eleito. Diplomado. Contas de campanha rejeitadas. Declaração de inelegibilidade. Perda de mandato. O tema prestação de contas nas eleições municipais está tratado na Res.-TSE n. 21.609/2004. Nos exatos termos postos, respondida negativamente, porque: a) não houve propositura de ação que visasse à declaração de inelegibilidade; b) inexistente a ação, não há como aplicar nenhuma sanção; e c) a Lei Complementar n. 64/90 não trata da hipótese. Deve-se, todavia, observar o disposto no parágrafo único do art. 54 da Res.-TSE n. 21.609/2004. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.105, 09 ago. 2004. Seção 1.

conquanto a não-apresentação de prestação de contas no prazo legal impede a diplomação, enquanto perdurar (art. 29, § 2º, da Lei n. 9.504/97), e, ainda, impede a obtenção de certidão de quitação eleitoral no curso do mandato ao qual o interessado concorreu (art. 42, § 2º, Resolução n. 22.250/06). Em outras palavras, a apresentação de contas com gravíssimas irregularidades, com a respectiva rejeição, não impede a diplomação e a posse, ao passo que a mera não-apresentação de contas, ainda que regulares, impede a diplomação e a obtenção de quitação eleitoral.

Portanto, em face ao tratamento legislativo atualmente dispensado a matéria, a rejeição de contas – ato de cunho administrativo –, para ter efeitos negativos na esfera de exercício do mandato eletivo, deve receber nova apreciação, agora sob o aspecto judicial. Ou seja, à apreciação negativa das contas prestadas, deve-se, necessariamente, agregar uma manifestação de caráter judicial, através de uma ação eleitoral, com o objetivo específico de afastar o candidato – seja cassando ou obstando a diplomação, seja desconstituindo o mandato – do acesso ao poder representativo. É que o legislador entende que o ato de abuso de poder econômico (expressão utilizada de modo genérico) somente pode ser reconhecido em processo judicial; nunca na esfera administrativa. Tanto aliás que, como observado por TORQUATO JARDIM, na prestação de contas “não há juízo de julgamento”, limitando-se o ato a observar a “regularidade”, ou não, das contas apresentadas.

Neste diapasão, não se pode olvidar que, conforme entendimento doutrinário²⁸ sedimentado, nem toda rejeição de contas importa em ato de abuso de poder, cujo reconhecimento, repita-se, somente pode ocorrer na esfera judicial. Cumpre observar, no entanto, que, consoante lição de ADRIANO SOARES DA COSTA, a “novidade em termos de engenharia legislativa na seara eleitoral”, oriunda do § 3º do art. 22 da Lei n. 9.504/97, revela-se no seguinte aspecto: o abuso de poder econômico (gênero) continua sendo combatido na forma do art. 22 da Lei Complementar n. 64/90; o abuso do poder econômico, em espécie, “decorrente do uso de caixa dois”, por força da previsão normativa do § 3º

²⁸ Neste sentido, JOEL JOSÉ CÂNDIDO leciona: “Não é, no entanto, toda e qualquer rejeição de contas que a Justiça Eleitoral deve remeter ao Ministério Público Eleitoral. Deverá fazê-lo, apenas, com aquelas rejeições em cujos autos se encontrar indícios relevantes de infração extrapenal eleitoral ou, também, indícios razoáveis de qualquer crime eleitoral.” ADRIANO SOARES DA COSTA, na mesma senda, aduz que: “[...] Essa ilicitude (trânsito de recursos fora da conta específica) poderá, contudo, não implicar abuso do poder econômico: pode decorrer de erro formal, de gastos de pequeno valor em sua globalidade em relação ao que foi despendido adequadamente na campanha, de modo que poderá não desafiar a aplicação da sanção de cassação do registro da candidatura ou do diploma. O § 3º, ora glosado, introduz uma novidade em termos de engenharia legislativa na seara eleitoral: prescreve a sanção de cassação de registro ou do diploma pelo ilícito de abuso de poder econômico decorrente do uso de caixa dois. [...] A desaprovação da prestação de contas não traz automaticamente para o candidato consequências jurídicas negativas. Se a desaprovação for apenas por vício formal, sem maior gravidade para o equilíbrio do pleito, não sendo demonstrada, por exemplo, a existência de uma contabilidade paralela e rica em recursos, não haverá nenhuma sanção a ser aplicada, porque não haverá abuso de poder econômico. Sem potencialidade, insista-se, não haverá abuso, existindo ato ilícito sem cominação de sanção.”

do art. 22 da Lei n. 9.504/97, também é ilícito eleitoral, mas é igualmente combatido, em princípio, na forma do art. 22 da Lei Complementar n. 64/90.

A questão que resta em aberto é: pode-se utilizar a representação do art. 30-A, § 2º, da Lei n. 9.504/97 (representação por captação e gastos eleitorais ilícitos), para combater o ilícito previsto no art. 22, § 3º, da Lei n. 9.504/97, na medida em que o uso de recursos financeiros que não transitem pela conta específica consiste, em síntese, em gasto ilícito de recursos, para fins eleitorais? A resposta parece, inequivocamente, positiva, embora se reconheça que somente a jurisprudência – assim, se espera – é que irá formatar a solução adequada para o tema. Com efeito, não é possível deixar de reconhecer que o uso de recursos fora da conta específica, para pagamento de gastos eleitorais, é, efetivamente, além de rejeição (objetiva) das contas do candidato, gasto ilícito. Por conseguinte, a aplicação, em tese, da representação por gastos ilícitos, para fins eleitorais, prevista no art. 30-A, § 2º, da Lei n. 9.504/97, parece irretorquível. Portanto, em conclusão, somente é possível reconhecer alguma lógica na previsão legislativa da parte final do § 3º do art. 22 e do § 4º do mesmo dispositivo, como uma possibilidade de, através do procedimento judicial específico (ação de investigação judicial, recurso contra diplomação ou ação de impugnação de mandato eletivo), reconhecer-se a decretação de inelegibilidade do infrator, cerceando-lhe, assim, a capacidade eleitoral passiva, já que a sanção de cassação – ou denegação – do diploma, com o afastamento do representado, é possível de ser obtida na própria representação do art. 30-A, § 2º, da Lei n. 9.504/97.

Em resumo, tem-se que o uso de recursos financeiros para pagamento de gastos eleitorais que não provenham de conta específica (art. 22, § 3º, Lei n. 9.504/97) consiste em: causa objetiva de rejeição de contas, embora, *a priori*, não impeça o exercício do mandato; hipótese material de gasto ilícito, para fins eleitorais, sendo passível de ser combatida através da representação do art. 30-A, § 2º, da Lei n. 9.504/97 (que tem por objeto jurídico a proteção da higidez das normas de arrecadação e gastos eleitorais e cuja violação malfeire o princípio da isonomia dos candidatos); hipótese material que se caracteriza, por força da redação dos §§ 3º e 4º²⁹ do art. 22 da Lei n. 9.504/97, como espécie do ato

²⁹ Calha referir que ADRIANO SOARES DA COSTA traz duas possibilidades de interpretação ao § 4º, *verbis*: "Segundo o § 4º, rejeitada a prestação de contas deve cópia dos autos ser encaminhada ao Ministério Público para os fins previstos no art. 22 da LC 64/90. Há duas possibilidades hermenêuticas: (a) os autos são encaminhados para os fins do art. 22 da LC, ou seja, para a propositura de ação de investigação judicial eleitoral, cuja finalidade seria a aplicação da sanção de inelegibilidade e, após o trânsito em julgado da decisão, a cassação do registro ou do diploma; ou (b) as cópias são encaminhadas para que seja proposta representação pelo rito da AIJE, com a finalidade de aplicar a sanção de cassação do registro ou diploma, previsto no § 3º deste artigo glosado, sem a incidência do inciso XIV e seguintes do art. 22 da LC 64/90, do mesmo modo que ocorre com as hipóteses de captação de sufrágio. Penso que a jurisprudência do TSE se inclinará para essa última solução, na linha do que vem decidindo ultimamente."

de abuso do poder econômico, que pode, igualmente, ser combatida através de investigação judicial eleitoral, recurso contra diplomação ou ação de impugnação de mandato eletivo (cujo objeto jurídico protege a normalidade e legitimidade do pleito), tendo como sanção, além da desconstituição do diploma ou do mandato, a inelegibilidade trienal.

De qualquer sorte, a lei apresenta incongruências: o uso (efetivo) dos recursos vedados pelo art. 24 da Lei n. 9.504/97, ainda que haja restituição (art. 13, parágrafo único, da Resolução n. 22.250/06), importa em rejeição de contas – o que não impede o exercício do mandato; no entanto, a mera captação dos recursos vedados pelo mesmo art. 24 da Lei das Eleições, possibilita o manuseio da representação por captação de recurso ilícitos, para fins eleitorais (art. 30-A, § 2º, da Lei n. 9.504/97), e poderá importar na denegação ou cassação do diploma. Em síntese, em uma leitura apressada, o menos – que é a captação de recursos ilícitos – pode importar na sanção mais gravosa – denegação ou cassação do diploma; o mais – que é uso efetivo dos recursos vedados – importa em rejeição de contas, mas sem afetar o exercício do mandato.

A perplexidade existente, decorre, em muito, da atual sistemática da análise das contas prestadas, que se apresenta bastante aquém do efetivamente desejado para coibir a proliferação de atos de abuso do poder econômico no processo eleitoral. Por consectário, somente uma radical mudança³⁰ no siste-

³⁰ Incontáveis exemplos podem ser trazidos à baila, para referendar a necessidade de mudança na análise das prestações de contas dos partidos e candidatos, na medida em que, mantida a situação atual, a tendência é de imperar avaliações eminentemente formais, que consistem em mera chancela judicial às irregularidades cometidas no decorrer do processo eleitoral.

Vale, na hipótese, trazer a baila, a observação de CARAMURU AFONSO FRANCISCO, o qual obtempera que: "a Justiça Eleitoral tem imperioso dever de ter uma análise real, material e profunda a respeito das estimativas apresentadas pelos partidos políticos e pelos candidatos, podendo (dir-se-ia devendo), ainda durante o curso da campanha eleitoral, obter dados e elementos que lhe permitam, quando da análise das contas de partidos e de candidatos, verificar se houve estimação consentânea com a realidade dos fatos."

Nesta senda, deve ser, necessariamente, revista a tendência de as decisões na esfera eleitoral de sistematicamente concluir por uma excessiva mitigação às vedações proscritas na Lei das Eleições acerca das normas de arrecadação e gastos eleitorais, notadamente quando se trata de prélio realizado na circunscrição estadual e presidencial. Assim, não há como compartilhar o entendimento recentemente exarado pela Corte Superior, no sentido da interpretação exacerbadamente restritiva das vedações do art. 24 da Lei das Eleições, concluindo que "sociedade não concessionária ou permissionária de serviço público, que participe do capital de sociedade legalmente constituída e que seja concessionária ou permissionária de serviço público, não está abrangida, só por isto, pela vedação constante do art. 24, III, da Lei n. 9.504/97".

Desta feita, deve-se consignar que o TSE, na mesma data, rejeitou as contas do partido político que deu sustentação ao candidato eleito Presidente da República (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Petição n. 2.594 – Resolução n. 22.499. Rel. Min. José Gerardo Grossi. 13.12.06. Eleições 2006. Prestação de Contas. Campanha. Comitê Financeiro do Partido dos Trabalhadores. Concessionária ou permissionária de serviço público. Vedação. Doação irregular. Contas rejeitadas. 1. Sociedade não concessionária ou permissionária de serviço público, que participe do capital de sociedade legalmente constituída e que seja concessionária ou permissionária de serviço público, não está abrangida, só por isto, pela vedação constante do art. 24, III, da Lei n. 9.504/97. 2. Empresa que, comprovadamente, atua como aduaneira - ainda que sem contrato formal - há de ser tida como concessionária ou permissionária de serviço que compete à União (CF, art. 21, XII, "f"). Como tal, não pode doar recursos para campanha eleitoral. 3. É lícito o comitê financeiro, excepcionalmente, arrecadar recursos depois da eleição (Resolução-TSE n. 22.250/2006, art. 19, § 1º). Não só para pagamento de suas dívidas como, também, para o pagamento de dívidas do comitê de seu candidato. 4. Divergências de pouca importância, na movimentação bancária e na alimentação de dados do SPCE, não permitem a desaprovação de contas, havendo de ser relevadas como erros materiais. 5. Contas rejeitadas. In: **Tribunal Superior Eleitoral**, Brasília, DF, publicado em sessão, 13 dez. 2006), mas

ma de prestação de contas – seja por reforma legislativa, seja por força de mudança de interpretação jurisprudencial – é que poderá dar coerência lógica-jurídica ao sistema. A rejeição de contas deve, inexoravelmente, levar ao impedimento do exercício do mandato, além de se revestir de ação de cunho substancial, deixando de ter caráter de mera decisão administrativa.

CONCLUSÃO

Tormentosa a tarefa de traçar o delineamento da representação por captação e gastos ilícitos, para fins eleitorais, definindo as hipóteses materiais de cabimento, o bem jurídico tutelado, e, ainda, traçando distinção com a investigação judicial eleitoral e a prestação de contas. Ainda mais quando, como bem registrado por ADRIANO SOARES DA COSTA, “o Direito Eleitoral está se transformando, de forma acentuada e preocupante, no direito do caso, sem qualquer sistematicidade ou meio prévio de controle pela comunidade aberta dos intérpretes”.

A ansiedade da sociedade na consecução das reformas políticas, a omissão do Congresso Nacional em promover as adequações legislativas necessárias e a angústia da Corte Superior Eleitoral em, de modo compulsório, estabelecer novos conceitos e formatar correções estruturais no sistema eleitoral, são ingredientes que abastecem, progressivamente, o cenário político atual. Tais fatos, agregados à ausência mínima de sistematização das leis eleitorais, provocam um verdadeiro desalinhamento interpretativo, afastando, de plano, a possibilidade de – mínima – convergência jurisprudencial. Como consectário, prospera, a passos largos, o incentivo ao desprezo do princípio da segurança jurídica, com prejuízo inegável ao jurisdicionado.

terminou por aprovar as contas do prelado candidato, inobstante a prova de que não houve fechamento das contas, com o passivo superando – em muito – o ativo, socorrendo-se o prestador de contas à ficção jurídica da novação, por parte do partido político que lhe deu sustentação, o qual fez a assunção liberatória das dívidas de campanha. Eis a ementa do julgado: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Petição n. 2.595. Resolução n. 22.500. Rel. Min. José Gerardo Grossi. 13.12.06. Eleições 2006. Prestação de Contas. Campanha. Comitê do Candidato. Aprovação. Fonte vedada. Erro material. Dívida de campanha. Novação (art. 360 do Código Civil). Assunção de dívida. Possibilidade. Precedente. 1. Sociedade não concessionária ou permissionária de serviço público, que participa de capital de outra sociedade, legalmente constituída e que seja concessionária ou permissionária de serviço público, não está abrangida, só por isto, pela vedação constante do art. 24, III, da Lei n. 9.504/97. 2. Verificado, em parecer técnico, erro material, de grande monta, na relação de notas fiscais emitidas por empresas que forneceram bens a comitê de candidato em campanha eleitoral, não se pode afirmar ter havido falta grave na prestação de contas. 3. É permitida a novação, com assunção liberatória de dívidas de campanha, por partido político, desde que a documentação comprobatória de tal dívida seja consistente. 4. Feita a assunção liberatória de dívida, o partido político, ao prestar suas contas anuais, deverá comprovar a origem dos recursos utilizados no pagamento da dívida, recursos que estarão sujeitos às mesmas restrições impostas aos recursos de campanha eleitoral. 5. Contas aprovadas. In: **Tribunal Superior Eleitoral**, Brasília, DF, publicado em sessão, 13 dez. 2006.

Em conclusão, acredita-se que a representação por captação e gastos ilícitos, para fins eleitorais, consiste em uma inovação de considerável aporte e que, na atual sistemática legislativa, é uma ferramenta de inegável apreço para combater atos de abuso de poder econômico que inobservem as normas de arrecadação e aporte de recursos de campanha. Assim, atualmente, a representação por captação e gastos ilícitos, ao lado da representação por captação ilícita de sufrágio e a da representação por conduta vedada, é uma das mais valiosas ferramentas para que o princípio da verdade eleitoral – de que o voto dado na urna representa, efetivamente, a intenção do eleitor – prevaleça em todos os seus aspectos elementares e, por consequência, o processo eleitoral seja efetivado incólume de qualquer interferência abusiva e nefasta. A leitura apresentada da nova ação, por evidente, foi traçada em face do atual quadro legislativo, circunstância que renova a necessidade de uma interpretação que, ao mesmo tempo, imprima eficácia e viabilidade mínima de aplicação da nova norma legal, sem prejuízo de exeqüibilidade às ações eleitorais já existentes.

Não se pode olvidar, alfim, que a incidência da hipótese normativa prevista no art. 30-A, § 2º, da Lei n. 9.504/97 representa uma possibilidade ímpar e histórica de mitigar os atos de abuso de poder econômico³¹ que consistem, atualmente, na maior mazela que assola o processo eleitoral brasileiro, terminando, por consequência, em produzir nefastos efeitos na própria representatividade oriunda do regime democrático, na medida em que, paulatinamente, deforma – de modo clandestino e pérfido – a manifestação de vontade do eleitor. A correta aplicação da representação por captação e gastos ilícitos, para fins eleitorais, em verdade, significa a iminente possibilidade de, eficazmente, mitigar a influência do abuso do poder econômico no processo eleitoral, prevalecendo, apenas, a límpida e irretorquível vontade do eleitor.

³¹ TORQUATO JARDIM, de modo irretocável, observa que o processo de urbanização e desenvolvimento e o conseqüente encarecimento das campanhas eleitorais, produzido também pela "tirania da mídia", transformaram o financiamento das campanhas eleitorais no "desafio maior do Direito Eleitoral contemporâneo", em face da necessidade constante de contenção do abuso de poder econômico.

REFERÊNCIAS

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

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

COSTA, Adriano Soares. **Comentários à Lei n. 11.300/2006**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8641>> Acesso em 14 fev. 2008.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. **Dos abusos nas eleições** – a tutela jurídica da legitimidade e normalidade do processo eleitoral. São Paulo: J. de Oliveira, 2002.

JARDIM, Torquato. **Direito eleitoral positivo**. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

PROPAGANDA ELEITORAL: SÍNTESE DA JURISPRUDÊNCIA DE SUAS EXIGÊNCIAS, LIMITES E POSSIBILIDADES

* *Antônio Augusto Mayer dos Santos*

1. Introdução e regra geral de vedação. 2. Conceito. 3. Candidatos a Vice. 4. Bens públicos de uso comum e particulares. 5. Meios de comunicação. 5.1 Divulgação de atividades parlamentares. 6. Direitos do autor. 7. Uso do nome comercial. 8. Candidatura indeferida pela Justiça Eleitoral. 9. Símbolos de Governo. 10. Véspera e dia da eleição. 11. Síntese das finalidades.

1. INTRODUÇÃO E REGRA GERAL DE VEDAÇÃO

Diante das regras e princípios legais e constitucionais vigentes, a propaganda eleitoral, enquanto elemento estratégico e indispensável à captação lícita de sufrágio, submete-se a rigorosos limites de forma, tempo¹ e conteúdo², sendo o seu controle, tanto pela Justiça Eleitoral quanto pelos demais atores do cenário eleitoral, de essencial importância para impedir excessos e preservar a igualdade entre os candidatos.

O sistema repressivo da propaganda na Lei n. 9.504/97 apresenta espectro sancionatório severo relacionado à exemplariedade. Assim, por força de rígidas disposições legais, nem sempre se verifica razoabilidade nas punições.

* ADVOGADO ELEITORALISTA E CONSULTOR.

¹ Lei n. 9.504/97. Art. 36 - A propaganda eleitoral somente será permitida após o dia 5 de julho do ano da eleição.

² Código Eleitoral. Art. 243, incisos I a X.

A par de polêmico na maioria de seus aspectos, o tema é amplo e complexo, sendo que a legislação, em caso de violações, prevê multas elevadas e, diante das circunstâncias, a declaração de inelegibilidade por abuso de poder econômico aos infratores, além de punições na esfera criminal.

A partir da Lei n. 11.300/06, publicada no Diário da Justiça de 10.05.2006 e que introduziu a denominada **Mini-Reforma Eleitoral**, inúmeras práticas até então permitidas e absolutamente comuns em campanhas eleitorais foram proibidas, sendo que a desobediência à lei pode determinar penalidades severas, especialmente naquelas situações outrora mais freqüentes e que foram convertidas em crime eleitoral, conforme o seguinte dispositivo legal:

Art. 39 - [...].

[...]

§ 6º - **É vedada na 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**. (Incluído pela Lei n. 11.300, de 2006)

§ 7º - **É proibida a realização de showmício e de evento assemelhado para promoção de candidatos**, bem como a apresentação, remunerada ou não, de artistas com a finalidade de animar comício e reunião eleitoral. (Incluído pela Lei n. 11.300, de 2006)

§ 8º - **É vedada a propaganda eleitoral mediante outdoors**, sujeitando-se a empresa responsável, os partidos, coligações e candidatos à imediata retirada da propaganda irregular e ao pagamento de multa no valor de 5.000 (cinco mil) a 15.000 (quinze mil) UFIRs. (Incluído pela Lei n. 11.300, de 2006) (grifos do autor)

Este singelo trabalho não analisa ou tampouco exemplifica a totalidade das hipóteses legais. Restringe-se àquelas situações mais freqüentes da Lei n. 9.504/97, das Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral que disciplinaram os pleitos mais recentes, bem como de decisões dos Tribunais Eleitorais.

2. CONCEITO

Propaganda, do latim *propagare*, significa a propagação ou divulgação de determinada informação, idéia, nome, etc. No que se refira aos processos eleitorais, em seu consagrado estudo, Fávila Ribeiro leciona com precisão:

Despreza a propaganda a argumentação racional, prescindindo do esforço persuasivo para demonstração lógica da procedência de um tema. Procura, isto sim, desencadear, ostensiva ou veladamente,

estados emocionais que possam exercer influência sobre pessoas. Por isso mesmo, com a propaganda não se coaduna a análise crítica de diferentes posições, desde que procura induzir por recursos que atuam diretamente no sub-consciente individual.³

Diante da ausência de uma definição legal precisa, no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, bem como nos Tribunais e Juizados Eleitorais, vigora o seguinte conceito, fruto da construção jurisprudencial:

Entende-se como ato de propaganda eleitoral aquele que leva ao conhecimento geral, embora de forma dissimulada, a candidatura, mesmo apenas postulada, e a ação política que se pretende desenvolver ou razões que induzam a concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício de função pública. Sem tais características, poderá haver mera promoção pessoal - apta, em determinadas circunstâncias, a configurar abuso de poder econômico - mas não propaganda eleitoral.⁴

³ RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p.289.

⁴ No mesmo sentido:

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 5.120. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. 16.08.05. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Boletim distribuído por mala direta a filiados do partido. Propaganda extemporânea. Não-caracterização. De acordo com a jurisprudência desta Corte, a propaganda eleitoral caracteriza-se por levar ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, a ação política ou as razões que levem a inferir que o beneficiário seja o mais apto para a função pública. Notícias das atividades do partido, sem qualquer conotação eleitoral, não configuram propaganda eleitoral. Agravo desprovido. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.126, 23 set. 2005. Seção 1.

Recurso especial Eleitoral n. 18.958. Rel. Min. Fernando Neves da Silva. 08.02.01. Recurso Especial - Multa por propaganda eleitoral prematura. Cartão de visita contendo foto, nome e endereço eletrônico, no qual há menção a ano de realização de eleição. Não-caracterização de propaganda vedada. Mera promoção pessoal. 1. Entende-se como ato de propaganda eleitoral aquele que leva ao conhecimento geral, embora de forma dissimulada, a candidatura, mesmo apenas postulada, e a ação política que se pretende desenvolver ou razões que induzam a concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício de função pública. Sem tais características, poderá haver mera promoção pessoal - apta, em determinadas circunstâncias, a configurar abuso de poder econômico - mas não propaganda eleitoral. (TSE Acórdão n. 15.732. Rel. Min. Eduardo Alckmin, em 15.04.99) 2. Não configura ato de propaganda eleitoral a distribuição de cartão de visita, com endereço eletrônico, ainda que este seja composto por ano em que se realizem eleições. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.112, 05 jun. 2001. Seção 1.

Recurso Especial Eleitoral n. 16.426. Rel. Min. Fernando Neves da Silva. 28.11.00. Propaganda Eleitoral extemporânea - Art. 36, § 3º da Lei n. 9.504/97 - Aplicação da multa. 1. *Outdoors* contendo mensagem de felicitação pelo Dia Internacional da Mulher - Ausência de menção a eleição ou à plataforma política da possível candidata - Conduta que não se tipifica como ilícita. O ato de promoção pessoal não se confunde com propaganda Eleitoral. "Entende-se como ato de propaganda eleitoral aquele que leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que apenas postulada, a ação política que se pretende desenvolver ou razões que induzam a concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício de função pública. Sem tais características, poderá haver mera promoção pessoal - apta, em determinadas circunstâncias a configurar abuso de poder econômico - mas não propaganda eleitoral" (Acórdão n. 16.183, Rel. Min. Alckmin). 2. Folhetos distribuídos por ocasião do Dia das Mães, contendo referência ao cargo almejado e à ação política que pretende desenvolver. Não comprovação da responsabilidade ou prévio conhecimento dos recorrentes. Impossibilidade de imputação de multa baseada em mera presunção. Hipótese da Súmula 17. 3. Recurso conhecido e provido. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.203, 09 mar. 2001. Seção 1.

Recurso Especial Eleitoral n. 16.183. Rel. Min. José Eduardo Rangel de Alckmin. 17.02.00. Recurso especial - propaganda eleitoral contendo mensagem de boas festas - conduta que não se tipifica como ilícita. O mero ato de promoção pessoal não se confunde com propaganda eleitoral. Entende-se como ato de propaganda eleitoral aquele que leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que apenas postulada, a ação política que se pretende desenvolver ou razões que induzam a concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício de função pública. Sem tais características, poderá haver mera promoção pessoal - apta, em determinadas circunstâncias a configurar abuso de poder econômico - mas não propaganda eleitoral. Recurso não conhecido. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.126, 31 mar. 2000. Seção 1.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 15.732. Rel. Min. José Eduardo Rangel de Alckmin.

No julgamento do RESPE 19.905/GO, o TSE ampliou este conceito e incluiu qualificadoras para identificar a propaganda antecipada ou subliminar:

Propaganda eleitoral antecipada. Art. 36, § 3º, da Lei n. 9.504/97. Multa. Mensagem de agradecimento. Jornal. Caracterização. **1. A fim de verificar a existência de propaganda subliminar, com propósito eleitoral, não deve ser observado tão-somente o texto dessa propaganda, mas também outras circunstâncias, tais como imagens, fotografias, meios, número e alcance da divulgação. 2. Hipótese em que as circunstâncias registradas no acórdão recorrido trazem clara mensagem de ação política, em que se destaca a aptidão do beneficiário da propaganda para exercício de função pública. 3. Reexame de matéria fática. Impossibilidade. Dissenso jurisprudencial. Ausência. Recurso não conhecido.**⁵ (grifo do autor)

3. CANDIDATOS A VICE

Na propaganda do candidato a Prefeito, deve constar o nome do candidato a Vice, de modo claro e legível. A exigência foi introduzida pela Resolução n. 21.610/04⁶, para as eleições municipais de 2004 e visou assegurar à população conhecer por inteiro as chapas majoritárias que concorriam ao pleito.

Repetida no pleito de 2006⁷, a redação revela coerência com o sistema representativo, pois, se o Código Eleitoral (arts. 91 e 178)⁸ e a Lei n. 9.504/97⁹

15.04.99. Recurso eleitoral - multa por propaganda eleitoral veiculada anteriormente ao período estabelecido por lei. Mensagem de possível candidato, publicada em jornal, parabenizando município pelo aniversário de sua fundação. Não caracterização de propaganda vedada. Entende-se como ato de propaganda eleitoral aquele que leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que apenas postulada, a ação política que se pretende desenvolver ou razões que induzam a concluir que o beneficiário e o mais apto ao exercício de função pública. Sem tais características, poderá haver mera promoção pessoal - apta, em determinadas circunstâncias a configurar abuso de poder econômico - mas não propaganda eleitoral. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.84, 07 maio 1999. Seção 1.

⁵ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 19.905. Rel. Min. Fernando Neves da Silva. 25.02.03. [...]. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.128, 22 ago. 2003. Seção 1.

⁶ Instrução n. 75. Resolução n. 21.610. Rel. Min. Fernando Neves da Silva. 05.02.04. Dispõe sobre a propaganda eleitoral e as condutas vedadas aos agentes públicos em campanha eleitoral, nas eleições municipais de 2004. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.109, 09 mar. 2004. Seção 1.

⁷ Instrução n. 107. Resolução n. 22.261. Rel. Min. José Gerardo Grossi. 29.06.06. Dispõe sobre a propaganda eleitoral e as condutas vedadas aos agentes públicos em campanha eleitoral. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.8, 10 jul. 2006. Seção 1. Art. 4º, §2º.

⁸ Art. 91 - O registro de candidatos a presidente e vice-presidente, governador e vice-governador, ou prefeito e vice-prefeito, far-se-á sempre em chapa única e indivisível, ainda que resulte a indicação de aliança de partidos.

Art. 178 - O voto dado ao candidato a Presidente da República entender-se-á dado também ao candidato a vice-presidente, assim como o dado aos candidatos a governador, senador, deputado federal nos territórios, prefeito e juiz de paz entender-se-á dado ao respectivo vice ou suplente.

⁹ Art. 3º - Será considerado eleito Prefeito o candidato que obtiver a maioria dos votos, não computados os em branco e os nulos.

§ 1º - A eleição do Prefeito importará a do candidato a Vice-Prefeito com ele registrado.

dispõem que o voto dado ao titular estende-se ao respectivo vice, sendo este, portanto, também eleito, não há nenhum sentido mantê-lo alijado da publicidade eleitoral. Por outra, é fato incontroverso que em inúmeros casos, após a eleição e posse do titular, por motivos os mais diversos (renúncia, cassação, afastamento, etc), o Vice-Prefeito assume a chefia do Executivo.

4. BENS PÚBLICOS DE USO COMUM E PARTICULARES

Dispõe o artigo 98 do Código Civil Brasileiro (CCB):

São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Segundo lição de Hely Lopes Meirelles,

Bens públicos, em sentido amplo, são todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis, e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e paraestatais.¹⁰

A Lei n. 11.300/06 alterou substancialmente o regramento anterior e determinou que nos bens públicos de uso comum É VEDADA a pichação, inscrição a tinta, colagem ou fixação de cartazes, INCLUSIVE a fixação de faixas, estandartes e assemelhados em pontes, passarelas, viadutos e postes de iluminação pública, na forma das alterações introduzidas na Lei n. 9.504/97, em seu art. 37, *caput*.

De outra parte, os candidatos devem ter presente que para fins eleitorais, a definição de bens de uso comum é ainda mais abrangente, pois, além daquela prevista pelo Código Civil, a jurisprudência do TSE inclui aqueles locais a que a população tem LIVRE ACESSO, tais como cinemas, clubes, lojas, centros comerciais, supermercados, igrejas, templos religiosos, ginásios, estádios de futebol, ainda que de propriedade privada.

Assim, se um hospital é privado mas recebe verbas públicas, o mesmo está proibido de veicular propaganda eleitoral em suas dependências, tanto internas quanto externas, conforme estabeleceu o TSE no julgamento do RESPE 19.711/CE.¹¹

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p.430.

¹¹ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 19.711. Rel. Min. Francisco Peçanha Martins. 28.10.03.

A vedação também vigora para igrejas e templos, havendo decisões do TSE reprimindo tanto a fixação de placas quanto a prática de discursos, em seus interiores. Exemplo desta compreensão está consubstanciada no Agravo de Instrumento 2.124/RJ:¹²

Agravo de Instrumento - Provimento - Recurso Especial - Propaganda eleitoral realizada em igreja mediante placas - Bem de propriedade privada, que se destina à freqüência pública - Art. 37 da Lei n. 9.504/97 - Caracterização de bem de uso comum.

I - Bem de uso comum, no âmbito do direito eleitoral, tem acepção própria, que não é totalmente coincidente com a do Direito Civil.

II - Possibilidade de se impor limites à propaganda, mesmo se realizada em bens particulares, de modo a garantir a maior igualdade possível na disputa pelos cargos eletivos - poder de polícia da administração pública.

Recurso não conhecido. (grifo do autor)

Mais recentemente, no julgamento do Agravo de Instrumento 8.008/SP, o Ministro Gerardo Grossi reafirmou esta orientação, consoante fragmento a seguir, reproduzido de sua decisão monocrática de 13.12.2007:

Em suma, não foi uma visita inocente, não planejada, mas uma tentativa, ainda que discreta, de lograr a simpatia e os votos dos fiéis então presentes, mediante sua presença física no local e o chamado do pastor, certamente pessoa influente junto àquela comunidade religiosa, para subir ao palco e falar ao público, tendo o segundo representado também contribuído ao chamar o candidato de "governador" e pedido que, eleito, "olhasse" pelas igrejas.

Por igual motivo, a propaganda eleitoral por meio de placas afixadas nas partes externas de estabelecimentos comerciais também atrai a aplicação de multa (Precedente: Acórdão 25.428/SP¹³, rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

Estacionamentos pagos para veículos (*parks*) também são considerados

Recurso especial. Eleição 2000. Propaganda irregular. Bem particular de uso comum. Restrição. Partido coligado. Representação. Legitimidade. Prévio conhecimento. Provimento negado. I - A agremiação partidária que se coligou apenas para a eleição proporcional tem legitimidade para agir isoladamente no pleito majoritário. II - Não é o recurso especial via própria para o exame de matéria fática. III - Com o intuito de se garantir maior igualdade entre os candidatos ao pleito, impõe-se restrição à propaganda eleitoral realizada em estabelecimento particular de uso comum. IV - Não se conhece do recurso pela divergência, quando a decisão recorrida estiver em sintonia com a jurisprudência do TSE, ou quando não realizado o devido confronto analítico. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.162, 21 nov. 2003. Seção 1.

¹² TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo de Instrumento, n. 2.124, Rel. Min. Edson Carvalho Vidigal. Rel. designado Min. José Eduardo Rangel de Alckmin. 28.03.00. [...]. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.104, 16 jun. 2000. Seção 1.

¹³ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 25.428. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. 07.03.06. Agravo Regimental. Recurso Especial. Eleições 2004. Propaganda eleitoral. Estabelecimento comercial. Bem particular de uso comum. É vedada a propaganda em estabelecimento comercial que, apesar de ser bem particular, é de uso comum, sujeitando-se às restrições previstas no art. 14 da Resolução - TSE n. 21.610/2004. Agravo a que se nega provimento. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.134, 31 mar. 2006. Seção 1.

bens de uso comum para fins eleitorais, e a afixação de propaganda nestes locais determina a incidência da pena pecuniária (Precedentes: Acórdãos 25.875/PR¹⁴, rel. Min. Gerardo Grossi; 25.626/PR¹⁵, rel. Min. Gomes de Barros).

Nos termos da Lei n. 9.504/97, não é permitido utilizar propaganda eleitoral em desafio às posturas municipais (Código Eleitoral, art. 243, VIII), incluída aí a utilização de veículos sonoros. A razão disso está que “O art. 243, VIII, do Código Eleitoral homenageia a reserva constitucional do art. 30, assegurando aos municípios competência para legislar sobre assuntos de interesse local”.¹⁶

Quanto aos táxis, embora o veículo seja de propriedade particular e os prestadores autônomos, o serviço de transporte depende de permissão ou licença do poder público, o que os situa no âmbito do mencionado dispositivo da Lei Eleitoral:

Propaganda eleitoral - Táxis - Concessão do poder público - Art. 37 da Lei n. 9.504/97 - Permissão - Licença - Bem particular - Acesso público - Bem de uso comum - Restrições - Candidatos - Isonomia. **1. Para fins de propaganda eleitoral, os táxis, ainda que bens particulares, são considerados de uso comum e, portanto, abrangidos pela vedação do art. 37 da Lei n. 9.504, de 1997.** 2. A permissão prevista no art. 37 inclui a licença para o serviço de táxis. 3. Possibilidade de se impor limites à propaganda eleitoral de modo a garantir a maior igualdade possível na disputa pelos cargos eletivos.¹⁷

Em pleitos anteriores, o TSE já havia estabelecido limites à propaganda eleitoral em propriedades particulares, mesmo que as regras então vigentes não disciplinassem expressamente o tema:¹⁸

¹⁴ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 25.875. Rel. Min. José Gerardo Grossi. 08.03.07. Agravo regimental. Recurso especial. Propaganda irregular. Estacionamento pago. Estabelecimento comercial. Propriedade particular de acesso público. Bem de uso comum, para fins eleitorais. Art. 37 da Lei n. 9.504/97. Descumprimento de notificação judicial para a retirada da propaganda. Redução da multa aplicada. Inviabilidade. Reexame de provas. Agravo que não infirma os fundamentos da decisão impugnada. - Para fins eleitorais, os bens particulares que têm acesso público, são considerados bens de uso comum, nos termos do art. 14, § 1º, da Res.-TSE n. 21.610/2004, dentre eles incluído o estacionamento pago. - Descumprida a notificação para a retirada da propaganda do local, não há como afastar a imposição da multa prevista no art. 14, § 7º, da Res-TSE n. 21.610/2004. - Este Tribunal já decidiu ser incabível a redução da multa aplicada, quando fundamentada a decisão que fixa o seu valor (Acórdão n. 21.656/PR, DJ de 15.10.2004, rel. Min. Peçanha Martins). - É inviável o reexame de provas em sede de recurso especial. - Os fundamentos da decisão agravada devem ser especificamente infirmados, sob pena de subsistirem suas conclusões. - Agravo Regimental a que se nega provimento. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.131, 27 mar. 2007. Seção 1.

¹⁵ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 25.626. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. 07.03.06. Agravo Regimental. Recurso Especial. Eleições 2004. Propaganda eleitoral. Prévio conhecimento demonstrado. A permanência da propaganda irregular, quando devidamente intimado o responsável para sua retirada, acarreta a imposição de sanção pecuniária. Nega-se provimento a Agravo Regimental que não afasta os fundamentos da decisão impugnada. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.168, 24 mar. 2006. Seção 1.

¹⁶ In: **Revista de jurisprudência do TSE**, v.17, T.2, p.11.

¹⁷ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo de Instrumento n. 2.890. Rel. Min. Fernando Neves da Silva. 28.06.01. [...] 4. Agravo a que se negou provimento. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.158, 31 ago. 2001. Seção 1.

¹⁸ Vide, a propósito, as seguintes Resoluções do TSE: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Instrução n. 8007. Resolução n. 12.924. Rel. Min. José Néri da Silveira. 08.08.86. Instruções sobre propaganda (Eleições de 15 de novembro de 1986). In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.1, 13 ago. 1986. Seção 1.

Ao vedar a veiculação de propaganda eleitoral em tais locais, esta Corte instituiu uma restrição sobre a propriedade privada usando o poder de polícia que tem a Administração Pública para disciplinar e restringir, em favor do interesse público, direitos e liberdades individuais.¹⁹

Nesta linha, a Corte assentou que, se, a um ângulo, é lícita a afixação de várias placas de propaganda eleitoral na fachada de um mesmo imóvel particular, por outro, não há prejuízo de eventual caracterização de abuso do poder econômico, segundo interpretação consignada pela Resolução n. 21.148.²⁰

Através da Consulta 1.274, o Tribunal analisou a propaganda eleitoral por meio de placas e impôs a estas, quando fixadas em bem particular, o limite de 4m². Ao depois, diante da ausência de regulamentação específica, no AgRgRp 1.274²¹, Rel. Min. Ari Pargendler, ficou decidido o seguinte:

Representação. Propaganda Eleitoral. **O nome de candidato, grafado por meio de pintura em propriedade particular, não contraria a legislação eleitoral, ainda que o respectivo espaço exceda de 4m².** Agravo regimental desprovido. (grifo do autor)

Pintura em muro privado não se equipara a *outdoor*. A inscrição a tinta em muro de propriedade particular que exceda quatro metros quadrados, não enseja

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Instrução n. 9399. Resolução n. 14.466. Rel. Min. Oscar Dias Corrêa. 02.08.88. Instruções sobre propaganda (Eleições de 15 de novembro de 1988). In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.18636, 05 jun. 1988. Seção 1.

_____. Instrução n. 9888. Resolução n. 14.999. Rel. Min. Aldir Guimaraes Passarinho. 10.01.89. Instruções sobre propaganda (Eleições de 16 de abril de 1989). In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.257, 12 jan. 1989. Seção 1.

_____. Resolução n. 16.402. Rel. Min. Roberto Ferreira Rosas. 17.04.90. Instruções sobre propaganda (Eleições de 03 de outubro de 1990). In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.3064, 20 abr. 1990. Seção 1.

_____. Instrução n. 12.296. Resolução n. 17.891. Rel. Min. Hugo Gueiros Bernardes. 10.03.92. Instruções sobre propaganda (Eleições de 03 de outubro de 1992). In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.3193, 18 mar. 1992. Seção 1.

_____. Instrução n. 14.234. Resolução n. 14.234. Rel. Min. Carlos Mário da Silva Velloso. 21.06.094. Instruções sobre propaganda (Eleições de 03 de outubro de 1994). In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.16525, 23 jun. 1994. Seção 1.

¹⁹ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo de Instrumento n. 2.124. Rel. Min. Edson Carvalho Vidigal. Rel. designado Min. José Eduardo Rangel de Alckmin. 28.03.00. Agravo de Instrumento - Provimento - Recurso especial - Propaganda eleitoral realizada em igreja mediante placas - Bem de propriedade privada, que se destina à frequência pública - Art. 37 da Lei n. 9.504/97 - Caracterização de bem de uso comum. I - Bem de uso comum, no âmbito do direito eleitoral, tem acepção própria, que não é totalmente coincidente com a do direito civil. II - Possibilidade de se impor limites à propaganda, mesmo se realizada em bens particulares, de modo a garantir a maior igualdade possível na disputa pelos cargos eletivos - Poder de polícia da administração pública. Recurso não conhecido. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.104, 16 jun. 2000. Seção 1.

²⁰ _____. Consulta n. 799. Resolução n. 21.148. Rel. Min. José Paulo Sepúlveda Pertence. 01.07.02. Consulta. Partido político. Propaganda eleitoral mediante placas em bem particular. Limites. É lícita a afixação de várias placas de propaganda eleitoral na fachada de um mesmo imóvel particular, sem prejuízo, contudo, de eventual caracterização de abuso do poder econômico, nos termos do parágrafo único do art. 13 da Resolução TSE n. 20.988. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.159, 13 ago. 2002. Seção 1.

²¹ _____. Agravo Regimental em Representação n. 1.274. Rel. Min. Ari Pargendler. 24.10.06. [...]. In: **Tribunal Superior Eleitoral**, Brasília, DF, publicado em sessão, 24 out. 2006.

a aplicação de multa por propaganda eleitoral irregular²². Nos comitês de campanha eleitoral é permitida a utilização de *banners*²³. Pannel ou *banner* colocado em comitê eleitoral não está sujeito ao limite de 4m² porque tais engenhos funcionam como identificação do próprio comitê, seja ele de candidato, partido ou coligação.²⁴

Quanto às multas aplicáveis nos episódios acima descritos ou exemplificados, as mesmas recaem sobre todos aqueles que forem considerados beneficiados pelo ato de propaganda, o que configura a solidariedade:

ELEITORAL. PROPAGANDA IRREGULAR. PICHANÇA DE PASSEIO PÚBLICO. PRÉVIO CONHECIMENTO. MULTA APLICADA INDIVIDUALMENTE A CADA RESPONSÁVEL. REEXAME DE PROVAS. PRECEDENTES. 1. Possibilidade de aplicação de multa, por propaganda irregular, quando as evidências levam à conclusão de que houve o prévio conhecimento. **2. A pena de multa, pela propaganda em bem público, deve ser aplicada a cada um dos responsáveis.** 3. Não se confunde reexame de fatos com valoração de provas. Agravo regimental improvido.²⁵ (grifo do autor)

A interpretação da severa legislação vigente, quanto à solidariedade, está fixada no sentido de que o *quantum* fixado pela decisão judicial não deve ser fracionado entre os condenados, mas sim suportado isoladamente. Ou seja, não há possibilidade de diluição do seu rateio.

Partidos integrantes de coligação extinta são responsáveis solidários pelo pagamento de multa. Assim, mesmo com a dissolução da coligação constituída

²² TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 27.447. Rel. Min. José Augusto Delgado. 28.08.07. Recurso Especial Eleitoral. Propaganda eleitoral em bem particular. Pintura em muro. Dimensões. Ofensa ao art. 39 da Lei n. 9.504/97. Provimento. 1. A Corte Regional aplicou o art. 39, § 8º, da Lei n. 9.504/97, em consórcio com o art. 461, § 4º do CPC, para cominar à recorrente pena de multa pela veiculação de propaganda eleitoral consistente em inscrição, à tinta, no muro da residência do então candidato ao Senado Federal Joaquim Roriz. 2. A propaganda eleitoral em muro particular, no tocante aos limites de tamanho e de forma, não foi, até o momento, regulamentada pelo TSE. 3. Na Consulta n. 1.274, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, o TSE analisou apenas a propaganda eleitoral mediante placas, impondo às mesmas, quando fixadas em bem particular, o limite de 4m². No mesmo sentido: AgRg na Rp n. 1.274, Rel. Min. Ari Pargendler, publicado na sessão de 24.10.2006, cuja ementa transcrevo: "Representação. Propaganda Eleitoral. O nome de candidato, grafado por meio de pintura em propriedade particular, não contraria a legislação eleitoral, ainda que o respectivo espaço exceda de 4m². Agravo regimental desprovido". 4. Hipóteses de abuso de poder deverão ser analisadas à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 5. Recurso provido para reformar o acórdão regional e afastar a penalidade aplicada à recorrente. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.152, 20 set. 2007. Seção 1.

²³ . Representação n. 1.241. Rel. Min. Ari Pargendler. Rel. designado Min. José Gerardo Grossi. 24.10.06. Representação. Propaganda eleitoral fixada em comitês de campanha. Nos comitês de campanha eleitoral é permitida a utilização de *banners*. Representação julgada improcedente. In: **Tribunal Superior Eleitoral**, Brasília, DF, publicado em Sessão, 24 out. 2006.

²⁴ . Agravo Regimental em Medida Cautelar n. 2.007. Rel. Min. José Augusto Delgado. Rel. designado Min. José Gerardo Grossi. 26.09.06. Medida cautelar. Efeito suspensivo a recurso especial. Pannel. Comitê eleitoral de candidato. Indeferimento. Agravo regimental. O pannel colocado em comitê eleitoral não está sujeito ao limite de 4m², porque funciona como identificação do próprio comitê. Agravo regimental conhecido e provido. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.158, 16 out. 2006. Seção 1.

²⁵ . Agravo Regimental em recurso Especial Eleitoral n. 19.697. Rel. Min. Carlos Mário da Silva Velloso. 07.08.03. [...]. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.131, 17 out. 2003. Seção 1..

exclusivamente para o pleito eleitoral, os partidos políticos que a compunham são responsáveis solidários pelo pagamento de multa imposta a ele pela divulgação de pesquisa irregular, decidiu o Tribunal Superior Eleitoral.²⁶

5. MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Relativamente aos meios de comunicação, instrumentos sabidamente vitais de propaganda, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em suas programações normais e noticiários, usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, bem como veicular programa com esse efeito e, ainda, dar-lhes **tratamento privilegiado**.

A restrição é severa porque o objetivo da Lei Eleitoral é preservar a igualdade de propaganda relativamente aos parlamentares que utilizam programas nestes meios, que destes deverão se afastar previamente ao período da propaganda lícita, conforme o seguinte entendimento do TSE:

Consulta. Parlamentar. Eleitores. Informações sobre exercício de mandato eletivo. Possibilidade. Precedentes. Limitações. Lei Eleitoral. Excessos. Caracterização. Abuso do poder econômico e uso indevido dos meios de comunicação social. Art. 22 da Lei Complementar n. 64/90. Propaganda eleitoral antecipada. Art. 36 da Lei n. 9.504/97. **1. O parlamentar que utilize horário pago em rede de rádio ou de televisão para prestar informações sobre seu mandato deverá, a partir de sua escolha em convenção partidária, interromper essa atividade para disputar cargo eletivo, após o que lhe será permitido tão-somente acesso à propaganda eleitoral gratuita, assegurado a todos os concorrentes no pleito.** 2. Caso o parlamentar não concorra a nenhum cargo eletivo, não sofrerá as limitações impostas pela legislação eleitoral, podendo manter sua participação nas emissoras de comunicação social para dar conta de suas atividades à popula-

²⁶ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 28.305. Rel. Min. Antonio Cezar Peluso. 06.12.07. 1. Acórdão recorrido. Omissão e contradição não configuradas. Inexiste violação do art. 275 do CE quando ausente qualquer omissão ou contradição no acórdão impugnado. 2. Nulidade. Inexistência. Falta de citação de partido político coligado. Ilegitimidade passiva *ad causam*. Inexistência de litisconsórcio. Inteligência do art. 6º, § 1º, da Lei n. 9.504/97. O partido político, enquanto integrante de coligação, não tem legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda. 3. Pesquisa eleitoral. Irregularidade. Aplicação de multa. Coligação. Dissolução. Responsabilidade solidária dos partidos integrantes. Precedentes. Extinta a coligação, os partidos políticos que a compunham são responsáveis solidários pelo pagamento de multa imposta por divulgação de pesquisa irregular. 4. Divergência jurisprudencial. Similitude fática não demonstrada. Ausência de cotejo analítico. Recurso a que se nega seguimento. Dissídio pretoriano só se caracteriza com o cotejo analítico das teses dos acórdãos confrontados e com a demonstração da similitude fática entre os julgados. DECISÃO. [...]. 3. Pelo exposto, nego seguimento ao recurso especial (RITSE, art. 36, § 6º). Int. Brasília, 6 de dezembro de 2007. MINISTRO CEZAR PELUSO. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.179-180, 12 dez. 2007. Seção 1.

ção. 3. Desvirtuamentos na prestação de informações aos eleitores podem vir a caracterizar abuso do poder econômico, uso indevido dos meios de comunicação social ou propaganda eleitoral antecipada, mesmo que em benefício de terceiro.²⁷ (grifo do autor)

Disciplinando o pleito de 2006, a Resolução n. 22.158²⁸ repetiu orientações anteriores e permitiu a participação dos pré-candidatos em debates, encontros e entrevistas antes de 6 de julho, enquanto que a Resolução n. 22.205²⁹ vedou às emissoras, a partir das Convenções, transmitir programa apresentado ou comentado por candidato já escolhido (art. 45, §1º).

Com acerto esta orientação do TSE. Afinal, debater significa discutir idéias e concepções submetendo-se a críticas e contestações. Logo, um debate não pode ser equiparado à propaganda eleitoral, porquanto esta age por meio de mecanismos de sugestão destituídos de juízo crítico, enquanto aquele concentra interesse jornalístico que expressa Direito de Informação à sociedade em geral.

Especificamente quanto às entrevistas, na Resolução n. 22.231³⁰ ficou estabelecido que:

[...] acaso tenha exercido mandato anterior, o pré-candidato tem a "possibilidade de prestação de contas, ao eleitor, das realizações do mandato de cargo eletivo", mas "não poderão, nessa linha, manifestar propostas de campanha, cuja veiculação será permitida somente após a escolha em convenção partidária".

Sobre os veículos impressos (jornais, revistas, encartes, etc), conforme dispuseram o § 3º do art. 22 da Resolução n. 21.610/04 e o § 3º do art. 16 da Resolução n. 22.158/06, **não caracteriza propaganda eleitoral a divulgação de opi-**

²⁷ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Consulta n. 987. Resolução n. 21.601. Rel. Min. Fernando Neves da Silva. 18.12.03. [...]. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.79, 16 mar. 2004. Seção 1..

²⁸ Instrução n. 107. Resolução n. 22.158. Rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. 02.03.06. Dispõe sobre a propaganda eleitoral e as condutas vedadas aos agentes públicos em campanha eleitoral nas eleições. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.106, 14 mar. 2006. Seção 1.

²⁹ Resolução n. 22.205. Rel. Min. José Gerardo Grossi. 23.05.06. Regulamenta a Lei 11.300, de 10 de maio de 2006, que dispõe sobre propaganda, financiamento e prestação de contas das despesas com campanhas eleitorais, alterando a Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.87, 13 jun. 2006. Seção 1.

³⁰ Consulta n. 1.247. Resolução n. 22.231. Rel. Min. José Augusto Delgado. 08.06.06. Consulta. Pré-candidato. Entrevista. Exposição. Propostas. Campanha. Vedação. Referências a outros candidatos. Ausência de especificidade. Mandato anterior. Exposição. Realizações. Possibilidade. 1. Resposta negativa à primeira indagação. Os pré-candidatos entrevistados não poderão manifestar propostas de campanha, cuja veiculação será permitida somente após a escolha em convenção partidária e o início da propaganda eleitoral, nos termos do art. 1º da Res.-TSE n. 22.158/2006. 2. Segunda indagação: não-conhecimento. Precedentes deste Tribunal consagram o entendimento de não se conhecer de consulta quando a formulação admitir ressalvas e interpretações casuísticas (Res.-TSE n. 22.184, rel. Min. Gerardo Grossi, DJ de 5.5.2006 e Res.-TSE n. 22.176, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 9.5.2006). 3. Resposta positiva à terceira indagação na forma do voto. A jurisprudência do TSE fixou-se na possibilidade de prestação de contas, ao eleitor, das realizações do mandatário de cargo eletivo. Eventuais abusos, todavia, submeterão o infrator às penalidades legais. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.134, 23 jun. 2006. Seção 1.

não favorável a candidato, partido ou coligação. Contudo, abusos e excessos, assim como as demais formas de uso indevido dos meios de comunicação são apuráveis e punidos na forma do artigo 22 da Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990. (grifo do autor)

Nestes exatos termos:

Representação que aponta parcialidade de órgão de imprensa escrita em favor de candidato. Pedido de aplicação de multa com base na Lei n. 9.504/97. Inviabilidade da representação. **Segundo a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, os órgãos da imprensa escrita podem assumir posição favorável a candidato.** Eventual abuso se apura por investigação judicial eleitoral. Agravo regimental provido apenas em parte, para determinar o encaminhamento dos autos ao Exmo. Sr. Corregedor-Geral-Eleitoral.³¹ (grifo do autor)

Abusos e excessos podem ser conferidos nos seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROPAGANDA SUBLIMINAR ANTECIPADA. REVISTA. PRÉ-CANDIDATO. DEPUTADO ESTADUAL. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. - **A publicação de revista, nos meses de abril a junho do ano eleitoral, na qual pré-candidato assina o editorial, contendo várias matérias elogiosas à sua pessoa, com exaltação das suas qualidades pessoais e profissionais, com fotos suas em tamanho grande e, conforme entendeu a Corte Regional, com “[...] apelo subliminar no sentido de que é ele necessário para uma Santa Catarina mais segura” (fl. 83), configura propaganda eleitoral antecipada, a ensejar a aplicação da multa prevista no art. 36, § 3º, da Lei n. 9.504/97.** 1. É incabível o reexame de provas nesta instância. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.³² (grifos do autor)

INVESTIGAÇÃO JUDICIAL. IMPRENSA ESCRITA. JORNAL. CRIAÇÃO. PROXIMIDADE. ELEIÇÃO. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA. NOTÍCIAS. FOTOS E MATÉRIAS. FAVORECIMENTO. CANDIDATO. USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. TIRAGEM EXPRESSIVA. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. LEI COMPLEMENTAR N. 64/90. 1) Jornal de tiragem expressiva, distribuído gratuitamente, que em suas edições enaltece apenas um candidato, dá-lhe oportunidade para divulgar suas idéias e, principalmente, para exibir o apoio político que detém de outras lideranças estaduais e nacionais, mostra potencial para desequilibrar a disputa eleitoral, caracterizando uso indevido dos meios de comunicação e abuso do poder econô-

³¹ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Representação n. 1.333. Rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. 14.11.06. [...]. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, p.138, 27 nov. 2006. Seção 1.

³² TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 26.221. Rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. 30.10.07. [...]. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, v.1, p.179, 22 nov. 2007. Seção 1.

mico, nos termos do art. 22 da Lei Complementar n. 64/90.³³ (grifo do autor)

Propaganda depreciando pré-candidato também atrai multa por propaganda antecipada:

JORNAL DE ENTIDADE SINDICAL QUE ADVERTE O ELEITOR A NÃO CONFIAR EM PRÉ-CANDIDATO À PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA E SUGERE QUE SUA ELEIÇÃO PODE RESULTAR EM CAOS NO SETOR DA SEGURANÇA. **Jornal que, de forma geral, faz propaganda contra pré-candidatos de partido. Propaganda eleitoral antecipada negativa. Aplicação da multa prevista no art. 36, § 3º, da Lei n. 9.504/97.** Representação que se julga procedente. Recurso a que se nega provimento.³⁴ (grifo do autor)

Ainda sob tal contexto, indispensável verificar a conclusão do RESPE 21.656/PR.³⁵

ELEIÇÃO 2004. ENTREVISTA. JORNAL. PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. NEGADO PROVIMENTO. I - É assente na jurisprudência desta Corte que os limites impostos à propaganda eleitoral visam a assegurar a regra isonômica norteadora do processo eleitoral, não implicando violação à livre manifestação do pensamento. II - O desvirtuamento da conduta nos jornais e demais veículos de imprensa escrita, em relação aos pleitos eleitorais, poderá caracterizar propaganda eleitoral antecipada favorável a terceiro passível da multa prevista no art. 36, § 3º, da Lei n. 9.504/97. III - Incabível a redução da multa aplicada, com base no § 3º do art. 36 da Lei n. 9.504/97, quando fundamentada a decisão que fixa o seu valor. IV - Impossível reexame de matéria fática na via do recurso especial, a teor das Súmulas n. 7/STJ e 279/STF.

Por outra, mesmo na condição de candidato, o parlamentar pode manter participação em jornal durante o período da campanha eleitoral:

CIDADÃO. COLUNA. JORNAL. IMPRENSA ESCRITA. CONTINUIDADE. PERÍODO ELEITORAL. POSSIBILIDADE. VEDAÇÃO. LEGISLAÇÃO ELEITORAL. INEXISTÊNCIA. 1. Cidadão, mesmo detentor de cargo eletivo, que assine coluna em jornal pode mantê-la no período eleitoral, ainda que seja candidato, uma vez que, diferentemente do tratamento dado às emissoras de rádio e TV, cujo funcionamento de-

³³ Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 15, Tomo 2, p. 92.

³⁴ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Representação. Rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. 09.05.06. [...]. In: **Tribunal Superior Eleitoral**, Brasília, DF, publicado em sessão, 09 maio 2006.

³⁵ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 21.656. Rel. Min. Francisco Peçanha Martins. 24.08.04. [...]. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.94, 15 out. 2004. Seção 1.

pende de concessão, permissão ou autorização do poder público, admite-se que os jornais e demais veículos da imprensa escrita possam assumir determinada posição em relação aos pleitos eleitorais. 2. O eventual desvirtuamento dessa conduta poderá caracterizar abuso do poder econômico ou uso indevido dos meios de comunicação social, apurados na forma do art. 22 da Lei Complementar n. 64/90, ou mesmo propaganda eleitoral antecipada, em benefício de terceiro, passível da multa prevista no art. 36, § 3º, da Lei n. 9.504/97.

A distinção de tratamento entre os veículos de comunicação decorre do fato de que, enquanto a mídia eletrônica necessita de concessão ou autorização pública, os demais veículos não estão subordinados a esta exigência, conforme expressa disposição constitucional.³⁶

O Tribunal Superior Eleitoral já vinha reconhecendo estas diferenças em decisões que concluíram não haver “óbice legal a que veículos de comunicação, além de informar, assumam posição em relação aos pleitos eleitorais e seus participantes, sem que tal ato, por si só, configure propaganda eleitoral ilícita”, conforme o AG 2.602/SP³⁷, dentre inúmeros julgados daquela Corte.

Ainda sobre este ponto, o ex-Ministro do TSE Luiz Carlos Madeira, mediante oportuna observação, ressaltou que “os jornais não podem fazer um equilíbrio matemático da divulgação das candidaturas”.³⁸

5.1 DIVULGAÇÃO DE ATIVIDADES PARLAMENTARES

A manutenção de *site*, na internet, por parlamentar federal, estadual ou municipal, fora do período autorizado para propaganda eleitoral, não caracteriza propaganda eleitoral antecipada. Embora este endereço eletrônico não sirva como um meio de divulgação de propaganda eleitoral fora do período legal, é importante enfatizar que inexistente regra expressa na legislação vigente proibindo a promoção pessoal ou a divulgação de atuação profissional de agentes políticos.

A matéria já foi objeto de análise por diversas Cortes, sendo que do Tribu-

³⁶ CF/88, Art. 220, § 6º - A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

³⁷ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo de Instrumento n. 2.602. Rel. Min. Fernando Neves da Silva. 01.03.01. Propaganda irregular anterior ao termo inicial estabelecido em lei - Divulgação em jornal de reunião entre membros de partidos - Multa - Art. 36, *caput*, da Lei n. 9.504/97. Alegação de violação ao art. 220 da Constituição Federal e Súmula 17 do TSE. 1. Matéria de cunho informativo, inerente à atividade jornalística. (Precedentes do TSE). 2. Possíveis abusos e excessos, acaso existentes devem ser submetidos à apuração na forma do artigo 22 da Lei Complementar n. 64, de 1990. 3. Recurso conhecido e provido. In: **Diário de Justiça da União**, v.1, p.111, 05 jun. 2001. Seção 1.

³⁸ Jornal Correio do Povo, Porto Alegre, RS, 28 ago. 2004. p.2.

nal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul se transcreve a ementa da Consulta n. 72006³⁹, julgada em 09 de maio de 2007 e que assim esclareceu precisamente:

CONSULTA. ELEIÇÕES 2006. POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO E DIVULGAÇÃO DE SITE PESSOAL NA INTERNET POR CIDADÃO QUE EXERCE CARGO ELETIVO. Resposta afirmativa, desde que não exista qualquer referência a pleito que se aproxime ou pedido de voto, **servindo o site exclusivamente à promoção pessoal e divulgação da atuação parlamentar ou de vereança.** (grifos do autor)

Contudo, outras decisões referidas pelo acórdão acima e a seguir reproduzidas reforçam inteiramente o entendimento:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – REPRESENTAÇÃO – PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA – DIVULGAÇÃO DE SITE COM AS ATIVIDADES DO PARLAMENTAR E FIXAÇÃO DE FAIXAS DE AGRADECIMENTO, POR TERCEIROS – PROMOÇÃO PESSOAL E DIVULGAÇÃO DE ATIVIDADE PARLAMENTAR – PROPAGANDA IRREGULAR NÃO CONFIGURADA – AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO. **A divulgação de endereço eletrônico de site de parlamentar constitui mero ato de promoção pessoal, não se configurando propaganda eleitoral extemporânea.** Outrossim, a ausência de maiores requintes de faixa de parabenização, bem como a ausência de sua afixação por parte de terceiros, torna inconcebível a presunção de conhecimento por parte do parlamentar. Agravo conhecido a que se nega provimento.⁴⁰

CONSULTA ELEITORAL. MANUTENÇÃO DE SITE NA INTERNET. PROPAGANDA POLÍTICA. DESCARACTERIZAÇÃO. **Não configura propaganda eleitoral antecipada a manutenção de site na internet, desde que não sejam divulgadas idéias capazes de induzir à conclusão de que o proprietário é virtual candidato, e que objetiva, com a mensagem, influir na vontade do eleitor.**⁴¹

Quanto aos informativos impressos, modalidade tradicional, acessível e muito difundida pelos parlamentares para a divulgação das atividades do seu mandato, o Tribunal Superior Eleitoral concluiu que, se os mesmos não fazem nenhuma referência sobre o pleito que se anuncia, se não mencionam candidatura ou não fazem apologia de voto, requisitos indispensáveis à caracterização

³⁹ TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL. Consulta n. 72006. Classe 22. Rel. Dr. Almir Porto da Rocha Filho. 09.05.06. [...]. In: **Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, RS, publicado em sessão, 09 maio 2006.

⁴⁰ TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO ESPÍRITO SANTO. Representação n. 49. Rel. Dr. Manoel Alves Rabelo. 05.09.02. [...]. In: **Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo**, Vitória, ES, publicado em sessão, 05 set. 2002.

⁴¹ TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO SERGIPE. Consulta Sobre Matéria Eleitoral n. 6. Rel. Dr. Valmir Macedo de Araújo. 04.06.02. [...]. In: **Diário de Justiça do Estado**, Aracaju, SE, v.II, T.II, 10 jun. 2002.

da propaganda eleitoral, não há que se falar em propaganda antecipada mas em ato de prestação de contas ou promoção pessoal:

PROPAGANDA EXTEMPORÂNEA (LEI N. 9.504/97, ART. 36) - DISTRIBUIÇÃO DE BOLETIM INFORMATIVO CONTENDO O NOME, FOTOGRAFIAS E O CARGO DE DEPUTADO ESTADUAL. **1. Ausência de menção ao pleito municipal futuro ou pretensão eleitoral.** 2. Meros atos de promoção pessoal não se confundem com propaganda eleitoral (Precedentes: Acórdãos 15.115, 1.704 e 16.426). Recurso conhecido e provido.⁴²

Porém, em sentido contrário, reconhecendo a infração:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2004. PROPAGANDA EXTEMPORÂNEA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO NÃO CONFIGURADO. - **Caracteriza propaganda eleitoral extemporânea a distribuição de boletim informativo de partido político com menção a circunstâncias eleitorais, conduzindo o eleitor a concluir que determinado filiado é pessoa apta para o exercício de funções públicas eletivas.** - As limitações impostas à veiculação de propaganda eleitoral não afetam os direitos constitucionais de livre manifestação do pensamento e de liberdade de informação. - Agravo de instrumento que não infirma a decisão que negou seguimento ao recurso especial. - Agravo regimental a que se nega provimento.⁴³

As decisões acima reproduzidas, salvo a última, temperam o rigorismo da norma do § 3º do art. 36 da Lei n. 9.504/97. Afinal, seria de todo impróprio num Estado Democrático (CF/88, art. 1º, *caput*), emprestar demasiada elasticidade a ponto de tipificar qualquer espécie de informação ou intervenção pública como apta a influir na conduta ou opinião de alguém. Seria o mesmo que vedar qualquer tipo de exposição de imagem de candidatos ou pretensos candidatos, pois tudo configuraria violação à lei.

Por fim, quanto aos três meses que antecedem as eleições, período considerado crítico da campanha eleitoral, não se reconhece como publicidade institucional vedada pela letra "b" do inciso VI do art. 73 da Lei n. 9.504/97, a divulgação, pelo parlamentar, de sua atuação no cargo legislativo no próprio *síte* do parlamento. A rigor, consoante decisões proferidas pelo TSE, tal fato não caracteriza infração.

⁴² TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 17.683. Rel. Min. José Paulo Sepúlveda Pertence. 30.08.01. [...]. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, v.1, p.141, 19 out. 2001. Seção 1.

⁴³ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 4.806. Rel. Min. Carlos Mário da Silva Velloso. 30.11.04. [...]. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, v.1, p.134, 11 mar. 2005. Seção 1.

Para exemplificar, por todos os demais, o seguinte precedente:

ELEIÇÕES 2006. DEPUTADO ESTADUAL. ATUAÇÃO PARLAMENTAR. DIVULGAÇÃO. INTERNET. SÍTIO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE RONDÔNIA. PROPAGANDA INSTITUCIONAL. AUSÊNCIA. Conduta vedada (art. 73, VI, "b", da Lei n. 9.504/97). Descaracterização. Juiz auxiliar. Competência. - **Não caracteriza a conduta vedada descrita no art. 73, VI, "b", da Lei n. 9.504/97, a divulgação de feitos de deputado estadual em sítio da internet de Assembléia Legislativa.** - A lei expressamente permite a divulgação da atuação parlamentar à conta das câmaras legislativas, nos limites regimentais (art. 73, II, da Lei n. 9.504/97). - "O que se veda - na esteira da Res./TSE 20.217 - é que a publicação tenha conotação de propaganda eleitoral, a qual, portanto, há de aferirse segundo critérios objetivos e não conforme a intenção oculta de quem a promova" (REspe n. 19.752/MG, rel. Min. Sepúlveda Pertence). - O juiz auxiliar é competente para julgar as representações e reclamações por descumprimento da Lei n. 9.504/97, e aplicar as sanções correspondentes (art. 96, § 3º, da Lei das Eleições). - Recurso provido, para afastar a pena de multa.⁴⁴

6. DIREITOS DO AUTOR

O artigo 71 da Resolução n. 21.610⁴⁵ determina que a propaganda eleitoral deve respeitar o direito do autor, protegido pela Constituição Federal (art. 5º, XXVII) e disciplinado pela Lei n. 9.610/98.

O tema foi objeto de análise pelo Tribunal Superior Eleitoral quando expediu a Resolução n. 21.078⁴⁶, embasada a partir de uma bem fundamentada exposição formulada pelo Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária (CONAR). O texto legal fixou determinação no sentido de que a utilização de

⁴⁴ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 26.875. Rel. Min. José Gerardo Grossi. 16.11.06. [...]. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.225, 19 dez. 2006. Seção 1.

⁴⁵ *Op. Cit.*

⁴⁶ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Instrução n. 57. Resolução n. 21.078. Rel. Min. Fernando Neves da Silva. 23.04.02. Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária - CONAR - Propaganda partidária - Lei n. 9.096/95 - Propaganda eleitoral gratuita - Lei n. 9.504/97 - Uso de imagens, marcas e nomes comerciais, slogans, etc. 1. Qualquer vício que venha a ocorrer nos programas de propaganda, tanto a partidária quanto a eleitoral gratuita, deve ser apurado pelos tribunais eleitorais, se provocados, que adotarão as providências necessárias e aplicarão as penalidades cabíveis, no âmbito de sua competência. 2. É admissível que a representação seja oferecida pelo prejudicado, mesmo que este não se inclua entre aqueles expressamente legitimados na legislação eleitoral. 3. Nos horários reservados para a propaganda partidária ou eleitoral, não se pode admitir, de nenhuma maneira, utilização comercial, ou seja, propaganda realizada com a intenção, ainda que disfarçada ou subliminar, de promover marca ou produto. 4. A propaganda eleitoral ou partidária deve respeitar o direito do autor, protegido pelo art. 5º, inciso XXVII, da Constituição da República, o que significa que a utilização de qualquer fruto da criação intelectual depende da autorização de seu autor ou titular. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.143, 24 maio 2002. Seção 1.

qualquer fruto da criação intelectual (som, voz, imagem, etc) depende da autorização de seu autor ou titular, cabendo à Justiça Eleitoral adotar as providências necessárias para coibir toda e qualquer irregularidade que venha a ocorrer, inclusive fazendo cessar imediatamente qualquer abuso ou ilegalidade, ainda que a representação seja oferecida pelo prejudicado que não se inclua entre os legitimados pela legislação eleitoral.

À Justiça Comum, e não à Eleitoral, cabe o exame e julgamento dos pedidos de indenização por violação ao direito autoral ou prejuízos materiais e morais causados, inclusive a terceiros detentores de direitos. Neste sentido, oportuno observar as relevantes premissas fixadas pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RESP 299.700/DF⁴⁷, cuja ementa reza:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Dano moral. Música. Propaganda política. Legitimidade do partido político. - A ação de indenização pelos danos material e moral decorrentes do uso indevido de música na propaganda eleitoral pode ser promovida no juízo cível contra partido político, que responde pelo prejuízo causado na divulgação de suas idéias e candidatos, sem necessidade de distinguir se a atividade foi do diretório regional ou nacional. - A fixação do valor do dano moral é revista na instância especial quando absolutamente inadequado o quantum escolhido na instância ordinária, situação que não ocorre no caso dos autos. - Inexistência dos apontados defeitos de omissão e falta de fundamentação. Recursos não conhecidos.

Pelo fato de que consubstanciam patrimônio e determinam custos de manutenção e proteção, produtos, nomes, marcas comerciais, expressões publicitárias, *slogans*, títulos, cenários, bordões, formatos de programas de televisão e uma infinidade de possibilidades, para ingressar na esfera da propaganda eleitoral e daí serem reproduzidos, deverão ter submissão e prévia autorização a quem destas dispuser, sob pena do proveito e exploração indevidos.

Logo, a violação dos direitos de autor na propaganda eleitoral por partido, candidato ou coligação pode implicar na responsabilização civil e criminal do infrator, conforme reconhecem inúmeros precedentes, por exemplo, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul a seguir referidos:

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. FOTOGRAFIA. USO DESAUTORIZADO EM CAMPANHA ELEITORAL. SUPRESSÃO DO NOME DO AUTOR DA OBRA. DANO MATERIAL. CARACTERIZAÇÃO. Incontroversa, nos autos, a ausência de autorização prévia do autor de obra fotográfica para sua utilização, pelo réu, em material

⁴⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 299.700. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. 04.09.01. [...]. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, p.210, 29 out. 2001.

da campanha política, é de ser mantido incólume o acolhimento do pleito de reparação do dano material suportado pelo demandante. Hipótese em que não há falar em aplicação do art. 46, I, "c" da Lei n. 9.610/98, porquanto, além de incomprovada a extensão em que transferidos os direitos patrimoniais do autor, esta alteração de titularidade deu-se à Câmara Riograndense do Livro e não, ao demandado. Interpretação extensiva pretendida pelo suplicado que encontra vedação no art. 49, VI da Lei n. 9.610/98. - Dano material que deve ser indenizado pela quantia normalmente cobrada para um trabalho desta natureza, feito por encomenda, a ser apurada por arbitramento, em liquidação de sentença, em razão da total ausência de critérios para fazê-lo nesse momento. Sentença reformada no ponto. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. **A supressão do nome do autor da fotografia torna incontestado o dever de indenizar o dano moral daí decorrente, o qual colore a figura do *danum in re ipsa*. Caso em que, não eximindo expressamente a legislação eleitoral a obrigação de identificar a autoria da obra fotográfica, remanesce cogente a observância das disposições da lei de direitos autorais. Impossibilidade de derrogação das normas veiculadas em tal diploma normativo pelo costume ou por resoluções do TST e TRE. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO. Na fixação da reparação por dano extrapatrimonial, incumbe ao julgador, atentando, sobretudo, para as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, arbitrar *quantum* que se preste à suficiente recomposição dos prejuízos, sem importar, contudo, enriquecimento sem causa da vítima.** A análise de tais critérios, aliada às demais particularidades do caso concreto, conduz à majoração do montante indenizatório para R\$ 6.000,00 (seis mil reais), que deverá ser corrigido monetariamente, pelo IGP-M, e acrescido de juros legais, à razão de 6% ao ano até a entrada em vigor do Novo Código Civil e 12% ao ano, após, a contar do evento danoso, a teor da Súmula 54 do C. STJ. APELAÇÃO DO RÉU IMPROVIDA. APELO DO AUTOR PROVIDO.⁴⁸

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. **A utilização de fotografia em programa eleitoral sem a devida autorização do proprietário da obra gera a obrigação de indenizar. Para a condenação em danos materiais há necessidade de o autor comprovar os prejuízos.** Descabe a denunciação da lide quando o denunciado, ao produzir a peça publicitária, submeteu as diretrizes ao partido político. Apelo do autor provido, prejudicado o do réu. Sentença reformada. Decisão unânime.⁴⁹

⁴⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 70018947549. Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz. 13.09.07. [...]. In: *Diário de Justiça do Estado*, Porto Alegre, RS, 17 out. 2007.

⁴⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 70004522181. Rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana. 18.12.03. [...]. In: *Diário de Justiça do Estado*, Porto Alegre, RS, 18 dez. 2003.

7. USO DO NOME COMERCIAL

O TSE assentou que não caracterizam propaganda eleitoral o uso e a divulgação regulares do nome comercial de empresa ou grupo de empresas no qual se inclui o nome pessoal de seu dono ou presidente, se este for candidato, desde que tais referências e identificações sejam feitos habitualmente e não apenas no período que antecede o processo eleitoral ou às eleições. Caso contrário, será oportunismo eleitoral configurando propaganda subliminar, verdadeiro *plus* capaz de favorecer determinado candidato em detrimento de outros que não dispõem do mesmo benefício publicitário, o que implica em desequilíbrio.

8. CANDIDATURA INDEFERIDA PELA JUSTIÇA ELEITORAL

O artigo 17 da Resolução n. 21.610⁵⁰, disciplinando o pleito municipal de 2004, assegurou "o candidato cujo registro esteja sub judice poderá efetuar todos os atos relativos à sua campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito para sua propaganda, no rádio e na televisão".

Na eleição geral de 2006, a regra foi praticamente repetida pelo art. 12 da Resolução n. 22.158⁵¹. Ou seja: mesmo com registro indeferido, foi permitido ao candidato que praticasse atos típicos de campanha eleitoral, tais como confecção e distribuição de propaganda, montagem e inauguração de comitê, participação em comícios, gastos com pessoal, veículos, etc. Porém, tudo "**por sua conta e risco**", consoante expressa advertência do artigo 60 da Resolução n. 21.608/04 do TSE.⁵²

9. SÍMBOLOS DE GOVERNO

Em regra específica que visa impedir que a propaganda eleitoral seja afeiçoada ou mesmo identificada com a Administração Pública, o legislador tipificou penalmente a conduta, conforme a redação da Lei Eleitoral:

⁵⁰ *Op. Cit.*

⁵¹ *Op. Cit.*

⁵² TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Instrução n. 73. Resolução n. 21.608. Rel. Min. Fernando Neves da Silva. 05.02.04. Dispõe sobre a escolha e o registro de candidatos nas eleições municipais de 2004. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.106, 09 mar. 2004. Seção 1.

Art. 40 - O uso, na propaganda eleitoral, de símbolos, frases ou imagens, associadas ou semelhantes às empregadas por órgão de governo, empresa pública ou sociedade de economia mista constitui crime, punível com detenção, de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de dez mil a vinte mil UFIR.⁵³

O dispositivo legal, que exige a ocorrência de propaganda eleitoral para se configurar, preserva os símbolos públicos evitando que os mesmos venham integrar material publicitário eleitoral com escopo indutivo ou condicionante. Além disso, a mesma adquire extraordinário vigor diante da possibilidade de reeleição dos titulares do Poder Executivo (EC n. 16/97) sem a exigência de afastamento do cargo (Supremo Tribunal Federal - ADIN 1.805-DF).

Sobre o tema:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO PENAL - SÍMBOLOS, FRASES OU IMAGENS ASSOCIADAS À ADMINISTRAÇÃO DIRETA - USO EM PROPAGANDA ELEITORAL - ART. 40 DA LEI N. 9.504/97 - PROGRAMA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS À COMUNIDADE - USO DO BRASÃO DA PREFEITURA. 1. Para configurar o tipo penal do art. 40 da Lei n. 9.504/97, é imprescindível que o ato praticado seja tipicamente de propaganda eleitoral. **2. A utilização de atos de governo, nos quais seria lícito o uso de símbolos da Prefeitura, com finalidade eleitoral, pode, em tese, configurar abuso do poder político, a ser apurado em processo específico.** 3. Recurso conhecido e provido. ⁵⁴ (grifo do autor)

No seu voto, o relator consignou a essência desta importante limitação legal: “[...] o que a norma visa evitar e punir é que candidatos, por meio de qualquer símbolo utilizado pelo Executivo local, tentem associar sua campanha à administração.

10. VÉSPERA E DIA DA ELEIÇÃO⁵⁵

A possibilidade de propaganda é restrita na véspera e durante todo o dia do pleito. Sobre este último, a Lei 9.504/97 assim dispõe:

Art. 39. [...]

⁵³ R\$10.641,00 (dez mil seiscientos e quarenta e um reais) a R\$21.282,00 (vinte e um mil duzentos e oitenta e dois reais) respectivamente - Res. n. 21.510/TSE (art. 49).

⁵⁴ In: Revista de Jurisprudência do TSE, v.14. T.3. p.226.

⁵⁵ Sobre a regulamentação da data da eleição: Lei n. 9.504/97, arts. 1º, *caput* e 2º, § 1º.

§ 5º - Constituem crimes, no dia da eleição, puníveis com detenção de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de cinco mil a quinze mil UFIR⁵⁶ :

I - o uso de alto-falantes e amplificadores de som ou a promoção de comício ou carreatas;

II - a arregimentação de eleitor ou a propaganda de boca de urna; (Redação dada pela Lei n. 11.300, de 2006)

III - a divulgação de qualquer espécie de propaganda de partidos políticos ou de seus candidatos, mediante publicações, cartazes, camisas, bonés, broches ou dísticos em vestuário. (Incluído pela Lei n. 11.300, de 2006). (grifos do autor)

11. SÍNTESE DAS FINALIDADES

As exigências e restrições estabelecidas quanto a propaganda eleitoral objetivam garantir igualdade entre os candidatos aos pleitos em disputa e evitar a ocorrência do abuso de poder em qualquer de suas modalidades: de autoridade, econômico ou político. As penas pecuniárias são variáveis e alcançam patamares elevados, sendo que todos os beneficiados pelo ato infracional são passíveis de condenação. Propaganda eleitoral irregular em excesso pode ocasionar sanção de inelegibilidade. Conforme a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral enfatiza, “[...] os meios de propaganda para cada candidato devem ser, dentro do possível, equivalentes, com acesso mais ou menos uniforme a todos os participantes do pleito” (AG 2.124/RJ).

⁵⁶ R\$ 5.320,50 (Cinco mil trezentos e vinte reais e cinquenta centavos) e R\$ 15.961,50 (Quinze mil novecentos e sessenta e um reais e cinquenta centavos) respectivamente - Res. n. 21.610/TSE (art. 48).