

**Edição Comemorativa dos 75 anos
da Reinstalação da Justiça Eleitoral**



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE SÃO PAULO

Presidente Des. Waldir Sebastião de Nuevo Campos Junior
Vice-Presidente e Corregedor Des. Paulo Sérgio Brant de Carvalho Galizia

Composição Des. Silmar Fernandes (sup.)
Des. José Antonio Encinas Manfré (sup.)
Des. Fed. Nelton Agnaldo Moraes dos Santos
Des. Fed. David Diniz Dantas (sup.)
Maurício Fiorito
Afonso Celso da Silva
Maria Cláudia Bedotti (sup.)
Régis de Castilho Barbosa Filho (sup.)
Manuel Pacheco Dias Marcelino
Marcelo Vieira de Campos (sup.)
José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro (sup.)

Diretor-Geral Cláudio Cristiano de Abreu Corrêa



ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL PAULISTA

Diretor Des. Waldir Sebastião de Nuevo Campos Junior
Vice-Diretor Des. Paulo Sérgio Brant de Carvalho Galizia
Diretor-Executivo José Wellington Bezerra da Costa Neto
Secretária Vanessa Nigres Diniz

e-ISSN 2564-9519

Revista Eletrônica de Direito Eleitoral e Sistema Político

V. 4, n. 1, jan a jun 2020

Revista Eletrônica de Direito Eleitoral e Sistema Político/REDESP
Vol. 4, n. 1, jan. a jul. 2020
Semestral

e-ISSN 2564-9519

Foto da capa: Centro de Memória Eleitoral - CEMEL

Esta é uma publicação da Escola Judiciária Eleitoral Paulista – EJEP
Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo - Rua Francisca Miquelina, 123, Bela Vista,
São Paulo-SP

Editor-Chefe

Dr. Richard Pae Kim

Conselho Editorial

Des. Waldir Sebastião de Nuevo Campos Junior
Des. Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior
André Guilherme Lemos Jorge
Clarissa Campos Bernardo

Des. Silmar Fernandes
Des. Jeferson Moreira de Carvalho
Marco Antonio Martin Vargas
Hélio Freitas de Carvalho da Silveira

Comissão Científica

Min. José Antônio Dias Toffoli
Min. Gilmar Ferreira Mendes
Alamiro Velludo Salvador Netto
André Carvalho Ramos
André Ramos Tavares
Carlos Eduardo Frazão
Felipe Chiarello de Souza Pinto
José Jairo Gomes
Luiz Carlos dos Santos Gonçalves
Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior
Marco Antonio Martin Vargas
Mônica Herman Salem Caggiano
Paulo Hamilton Siqueira Junior
Richard Pae Kim

Min. Alexandre de Moraes
Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto
Ana Paula Euliaro
André Guilherme Lemos Jorge
Antônio Carlos da Ponte
Elival da Silva Ramos
Fernando Neisser
Jeferson Moreira de Carvalho
Luiz Francisco Aguilar Cortez
Marcelo Mazotti
Marco Mancarella
Orides Mezzaroba
Renato de Mello Jorge Silveira
Rubens Beçak

Rol de Pareceristas

Alexandre Walmott Borges
Anderson Rosa Vaz
Cesar de Castro Fiúza
Daniel Wunder Hachem
Eduardo Luís Leite Ferraz
Flavia Moreira Guimarães Pessoa
Gustavo Oliveira
José Antônio Remédio
Lucas Gonçalves da Silva
Luis Carlos Balbino Gambogi
Luiz Eduardo de Almeida
Marcio Pugliesi
Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis
Paulo Ricardo Schier
Raymundo Amorim Cantuária
Renato Siqueira de Pretto
Wagner Godoy Jr.
Walter Godoy

Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis
Cássio Scarpinella Bueno
Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira
Dirley da Cunha Júnior
Eduardo Martins Lima
Felipe Albertini Nani Viaro
Jorge L. Mialhe
José Carlos Francisco
Luciano Felicio Fuck
Luis Fernando Lobão Morais
Manuela Cibim Kallajian
Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera
Osni De Souza
Rafael Siqueira de Pretto
Renato Ribeiro de Almeida
Richard Pae Kim
Wagner Roby Gídaró
Thiago Massao Cortizo Teraoka

Comissão Técnica

Vanessa Nigres Diniz
Giovanna Tocaia dos Reis

Flávia Machado
Nísia Pudwell Chaves

APRESENTAÇÃO

A Escola Judiciária Eleitoral Paulista – EJEP publica mais uma edição da Revista Eletrônica de Direito Eleitoral e Sistema Político - a 6ª (sexta) a ir ao ar - cujos artigos foram escritos em meio a tantas dúvidas e aflições provocadas pelo confinamento social dos últimos tempos devido à pandemia do novo Coronavírus.

E quem ousaria falar em liberdade, em possibilidades, em justiça, se fosse tocado pela indiferença? Pois aqui, nesta edição, está o "ver" de vários autores - advogados, juristas, professores e servidores do Judiciário -, que se propuseram a refletir sobre temas do Direito Eleitoral e Processual Eleitoral, todos eles envolvidos nesse ramo do Direito que tece e dá forma aos eventos de amanhã. Nossos profundos agradecimentos aos articulistas e aos revisores que colaboraram para o resultado que estamos a apresentar.

Importa salientarmos, ainda, que neste ano comemoramos os 75 anos da reinstalação da Justiça Eleitoral no Brasil. Assim, rememoremos, rapidamente, os acontecimentos.

Em 1930, o presidente Getúlio Vargas se encontrava no poder. Embora em fevereiro de 1932, início do Governo Provisório, tenha sido promulgado o Código Eleitoral, que regulamentava o alistamento eleitoral, eleições em todo país, voto secreto e representação proporcional, trazendo grandes avanços para o Direito Eleitoral brasileiro, inclusive com o reconhecimento do direito ao voto para as mulheres e a criação, no dia 24 de fevereiro de 1932, da Justiça Eleitoral pelo Decreto-Lei nº 21.076, alguns anos depois, no dia 10 de novembro de 1937, o próprio Vargas anunciou o Estado Novo e acabou por extinguir, por tempo indeterminado, a Justiça Eleitoral em nosso país.

No ano de 1943 iniciou-se o processo de redemocratização e sugeriram, dois anos depois, os principais partidos políticos da época, a saber: UDN (União Democrática Nacional), PSD (Partido Social Democrático) e PTB (Partido Trabalhista Brasileiro). Finalmente, em 1945, no dia 28 de maio, a Justiça Eleitoral foi reinstalada em nosso país pelo Decreto-Lei nº 7.586/1945. A solenidade de posse dos membros do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo foi realizada no dia 6 de junho de 1945 nas dependências do Palácio da Justiça.

Em comemoração a este marco histórico, criamos neste número uma seção especial, com uma seleção dos principais fatos e decisões do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo que marcaram a história da Justiça especializada, com foco no tribunal paulista.

Entre eles, está o discurso proferido pela primeira mulher eleita para o mandato de deputado federal em nosso país, pronunciado em 13 de março de 1937; o julgamento do recurso que manteve a decisão que impediu candidato de exercer a profissão de jornalista/radialista durante a campanha de 1988; e o acórdão do TRE-SP sobre questão de gênero, em 2018, com a admissão do nome social pelo candidato em razão da alteração da identidade de gênero, mas cujo registro foi indeferido pela ausência de certidões criminais no nome anteriormente utilizado.

Através desse brevíssimo “tour” por alguns dos principais julgados na história do eleitoral paulista, é possível fazermos a ponte com o que diz o filósofo francês Luc Ferry: “se as injustiças ou desigualdades nos parecem hoje mais insuportáveis do que nunca, não é porque a realidade seja pior que antes. Ela é, evidentemente, e apesar de todas as suas imperfeições, incontestavelmente melhor. Fomos nós que mudamos, foram nossas exigências que se tornaram mais elevadas, mais fraternas (...)”.

Prezada leitora e estimado leitor, essa é a nossa homenagem àqueles julgadores que, diante das imperfeições de seu respectivo presente, e em nome de um mundo

melhor, mais justo, souberam traduzir, em diferentes épocas, as demandas exigidas pelo seu tempo.

Boa leitura a todos.

Em 29 de junho de 2020.

Des. Waldir Sebastião de Nuevo Campos Junior
Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo

Dr. Richard Pae Kim
Editor

SUMÁRIO

AÇÃO DE REGRESSO POR DANO DERIVADO DE TROCA PARTIDÁRIA: UMA QUESTÃO EM ABERTO NO CAMPO DO DIREITO ELEITORAL.....	4
<i>Marco Antonio Hatem Beneton</i>	
AS NOVAS DIRETRIZES DO PODER DE POLÍCIA DA PROPAGANDA ELEITORAL SEGUNDO O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL.....	19
<i>Ângelo Soares Castilhos</i>	
CULTURALISMO PUNITIVISTA E A NÃO RECEPÇÃO DOS CRIMES ELEITORAIS PELA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA.....	39
<i>Rafael Tadeu de Salles Cezar</i>	
A INELEGIBILIDADE DECORRENTE DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL E SUA MOLDURA JURISPRUDENCIAL RECENTE.....	48
<i>Luís Vicente Federici</i>	
SISTEMA POLÍTICO-ELEITORAL BRITÂNICO, ELEIÇÕES DE 2019 E SISTEMA <i>FIRST-PAST-THE-POST</i> PARA COMPOSIÇÃO DO PARLAMENTO: ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA JURÍDICA BRASILEIRA	63
<i>Antonio Gelis Filho</i>	
PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO E A JUSTIÇA ELEITORAL: ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DA FERRAMENTA DURANTE AS ELEIÇÕES DE 2018.....	75
<i>Patricia Helena Marta Martins e Julio Enrique Cereguin Reis</i>	
REDES SOCIAIS, MARCO CIVIL DA INTERNET E DEMOCRACIA	86
<i>Celso de Faria Monteiro</i>	
OBRIGATORIEDADE DA COTA DE GÊNERO ELEITORAL: UMA NOVA FORMA DE SUBJUGAÇÃO DA MULHER.....	98
<i>Rosane Cristina da Silva</i>	
OS LIMITES DO PROCESSO DE REGISTRO DE CANDIDATURA: A VINCULAÇÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL AO JULGAMENTO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	114
<i>Marilda de Paula Silveira e Heffren Nascimento da Silva</i>	
COLETÂNEA HISTÓRICA.....	135

AÇÃO DE REGRESSO POR DANO DERIVADO DE TROCA PARTIDÁRIA: UMA QUESTÃO EM ABERTO NO CAMPO DO DIREITO ELEITORAL

RETURN ACTION FOR DAMAGE DERIVED FROM PARTY EXCHANGE: AN OPEN ISSUE IN THE FIELD OF ELECTORAL LAW

Marco Antonio Hatem Beneton¹

RESUMO

Construímos toda uma argumentação que possibilite estender questões típicas do Direito Eleitoral para o campo do Direito Privado, especialmente a discussão sobre a possível responsabilidade civil por dano material ou dano moral na desfiliação partidária, e viabilizar o regresso para o ressarcimento/reparação.

Palavras-chave: Partidos Políticos – Fidelidade Partidária – Troca de Partido – Dano – Regresso

ABSTRACT

We build a whole argument that allows extend typical issues of Electoral Law to the field of Private Law, especially the discussion about possible civil liability for material damage or moral damage in party disaffiliation, and make it possible to return for reimbursement/repair

Keywords: Political Party - Part Loyalty – Exchange of Political Party – Damage – Return Action

INTRODUÇÃO

No ano de 2020 realizar-se-ão eleições nos municípios para a escolha de Prefeitos e Vereadores. No Brasil, são mais de 5.500 municípios, divididos entre metrópoles, grandes, médias e pequenas cidades. Todas elas possuem um Poder Executivo, encabeçado pelo Prefeito Municipal, e um Poder Legislativo, composto por Vereadores, tudo em conformidade com os artigos 1º, 18, 29 e 30 da Constituição Federal.

São nos municípios onde as pessoas trabalham, estudam, praticam atos civis, se locomovem, deitam, enfim, raízes sociais e econômicas mais vivas, concretas, pujantes, que exigem do Poder Público uma ação e um atendimento mais imediato, através de serviços públicos básicos para a satisfação das necessidades básicas da população e dos interesses locais. Por isso, as figuras políticas do Prefeito e dos Vereadores, não importa o tamanho do município, são importantes e conotam a concentração de autoridade e poderes dispostos constitucional e legalmente para ordenar, planejar e executar os serviços públicos sob o encargo dos municípios. São, portanto, autoridades com visibilidade política acentuada e muito próxima dos aglomerados populacionais. E esse poder advém desde a época do Brasil Colônia e cresceu no Brasil republicano, fortalecendo-se, ainda mais, com a Constituição da República de 1988, em que os municípios foram alçados ao nível de entes federativos e passaram a deter maior autonomia política, administrativa, legislativa e financeira, autonomia essa que antes de

¹ Procurador da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Doutor em Direito Financeiro pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

1988 era podada ou moderada pelas Constituições dos respectivos Estados-membros. Há de se assinalar que os poderes políticos dos Governadores, por exemplo, estavam alicerçados em apoios políticos locais, que, não raro, era (e é) muito comum a formação de verdadeiros bastiões políticos mais parecidos com facções do que com partidos políticos, evidenciando, geralmente, disputas políticas acaloradas e sangrentas.

VICTOR NUNES LEAL nos dá uma ideia desse poder político local em seu livro *Coronelismo, Enxada e Voto* (1997, p. 71), onde expõe as entranhas da formação do poder municipal e sua ligação com os poderes estaduais e federal, formação essa marcada pela violência e prepotência sobretudo dos proprietários rurais mais abastados, que levavam, para o campo da política, rugas e incômodos muitas vezes oriundos de conflitos agrários e econômicos. A aliança entre grupos políticos locais entre si, ou com poderes políticos do Estado e da União assinalavam, mesmo que temporalmente, a quem se devia prestar obediência, sob risco de morte. Mesmo com a democracia representativa, sonhada e positivada pelo legislador constituinte de 1987-1988, a atuação desses grupos antagônicos locais não arrefeceu. Apenas se cristalizaram nos partidos políticos, meios constitucionais para validar pretensões eleitorais, haja vista a inexistência de candidaturas avulsas e a obrigatoriedade, saliente-se, constitucional, de filiação partidária como expressão da condição de elegibilidade (art. 14, 3º, V, da CR 88).

Os partidos políticos, com previsão no texto constitucional em seu art. 17, são, na expressão de MAX WEBER (OPPO, 1961, p. 241-242)

uma associação que visa a um fim deliberado, seja ele objetivo como a realização de um plano com intuítos materiais ou ideais, seja pessoal, isto é, destinado a obter benefícios, poder e, conseqüentemente, glória para os chefes e sequazes, ou então voltado para todos esses objetivos conjuntamente.

Comentando essa definição de WEBER, ANNA OPPO (2000, 2001, p. 899), discorre que “essa definição põe em relevo o caráter associativo do partido, a natureza da sua ação essencialmente orientada à conquista do poder político dentro de uma comunidade.”

Na sua essência, os partidos políticos congregam pessoas com ideias econômicas, ideais sociais e ideologias comuns, que visam a tomada do poder político para a concretização desses elementos comuns. Na Europa e na Ásia, essa reunião em torno de elementos comuns é mais marcante, sobretudo no hasteamento de bandeiras ideológicas distintas, mas muito mais marcantes sob o pálio da Filosofia Política. Nos EUA, desde o advento após a Revolução de 1776, a divisão partidária é mais visível pela comunhão de ideias econômicas e financeiras do que pela comunhão ideológica. No Brasil, muito embora receba inegável influência europeia na formação de partidos de massa, também vem se acentuando a distinção entre os vários partidos políticos pela divergência a respeito de matérias econômicas, sobretudo.

Uma das principais características dos partidos políticos é a fidelidade que os seus associados devem ter aos objetivos estatutários que levaram à fundação do partido, que por sua vez firma uma disciplina programática. Ou seja, um compromisso de lealdade deve gravar as relações internas nos partidos políticos, com maior ou menor grau de flexibilidade ideológica ou idealista. Ser fiel às bandeiras do partido significa defender ideias e programas de governo comuns. Quem se desvia dessa defesa, repetimos, com maior ou menor grau de divisão de pensamentos internos, trai os ideais do partido político e, conforme dispuser o respectivo estatuto do partido político, poderá aquele que destoa gravemente dos elementos comuns de reunião, ser expulso da agremiação partidária. É a sempre almejada realização da chamada fidelidade partidária, que ganhou um importante status jurídico após uma série de decisões judiciais advindas

do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e do Supremo Tribunal Federal (STF). ROBERTO MOREIRA DE ALMEIDA (2019, p. 224) explica-nos didaticamente esse grande relevo que a fidelidade partidária ganhou nos últimos anos na política brasileira, sobretudo após a manifestação eloquente e definitiva dos tribunais no combate à infidelidade partidária:

A parte final do § 1º do art. 17 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 52/2006, dispõe que os estatutos partidários devem estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

A Lei nº 9096/1995, regulamentando a Lei Maior, destinou os artigos 23 a 25 a tratar do tema fidelidade partidária, ocasião em que dispôs que a responsabilização por violação dos deveres partidários deve ser apurada e punida pelo competente órgão, na conformidade do que dispõe o estatuto de cada partido.

Seja pela leitura do texto constitucional ou mesmo dos dispositivos legais atinentes à infidelidade partidária previstos na Lei Orgânica dos Partidos Políticos, não se vislumbrava na legislação brasileira hipótese constitucional ou legal a ensejar a perda do mandato eletivo. Não obstante a ausência de previsão normativa, o TSE, quando do exame da Consulta nº 1398/97, formulada pelo Partido Democratas (então PFL), vaticinou que o mandato eletivo pertence ao partido político ou à coligação e não ao parlamentar. Tal entendimento foi estendido aos mandatos executivos quando da Consulta nº 1407/97.

A questão foi levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, através da impetração dos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604. O Pretório Excelso, ratificando o entendimento agasalhado pelo Tribunal Superior Eleitoral, afirmou que o mandato pertence ao partido, não ao agente político. Em consonância com os precedentes citados, o TSE editou a Resolução nº 22.610, de 25.10.2007, alterada pela Resolução nº 22.733, de 11 de março de 2008, que disciplinou o processo de perda do mandato eletivo em virtude de infidelidade partidária e estabeleceu regras de justificação para a desfiliação partidária.

Aludida resolução foi editada no sentido de reconhecer que o mandato eletivo pertence ao partido político e, destarte, a troca de legenda, após o pleito, sem uma justificativa plausível, é considerada infidelidade partidária a sujeitar o infrator ao perdimento do próprio cargo para o qual fora eleito.

Posteriormente, em 2015, a Lei nº 13.165 esculpiu esse entendimento jurisprudencial na Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/95) e introduziu o seguinte art. 22-A:

Art. 22-A. Perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfiliar, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito.

Parágrafo único. Consideram-se justa causa para a desfiliação partidária somente as seguintes hipóteses:

- I - mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;
- II - grave discriminação política pessoal; e
- III - mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente.

O tema da infidelidade partidária, de assunto inicialmente jurisprudencial, passou a ser norma vinculante. Traz a sanção de perda do cargo eletivo se ocorrer a desfiliação da pessoa elegida, salvo se essa comprovar justificadas, plausíveis e comprovadas razões para evitar o perdimento do cargo.

Embora o tema ainda siga caminhando lentamente e parem obstáculos jurídicos para barrar as trocas partidárias, ainda assim sobrevive o destemor lastreado nas ambições puramente egoísticas individuais ou grupais a enfrentar a dura sanção legal e a força da jurisdição, especialmente nos municípios, onde as acirradas disputas locais desafiam qualquer bandeira ideológica.

Proporcionalmente ao aumento de importância dos municípios, cresceu também o interesse individual ou grupal pela assunção dos cargos de Prefeito e de Vereador. Entretanto, diante do quadro até aqui apresentado sobre os partidos políticos e a fidelidade que se deve a eles devotar, ainda persiste, expressivamente, a sombra de interesses pessoais, ou melhor, individualistas, a pairar sobre os interesses elementares dos partidos políticos. Aquele compromisso idealista ou ideológico mínimos cedem passo à obstinada ambição particular, ou grupal, de muitos cidadãos que vislumbram na política não um meio de se garantir e distribuir bem-estar e paz social à comunidade, mas como uma escada para alcançar objetivos espúrios, impuros e nebulosos, seja de que cor partidária a pessoa se traveste. De acordo com o momento e o interesse, o cidadão opta pelo Partido A porque esse lhe abriu as portas. Porém, se divergências de ângulo pessoal surgem, o cidadão troca o Partido A pelo Partido B e assim sucessivamente. Não é incomum que pessoas se filiem a partidos de ideologia, por exemplo, de esquerda para, lá na frente, mudarem de opinião e adentrarem em partidos de ideologia política mais centralizada ou à direita ou vice-versa, o que demonstra não uma revisão filosófica da sua vida pública, mas, muito mais, a visualização de outras oportunidades, de obter, num novo partido, vantagens (lícitas ou ilícitas). Mudam de ideologia ao sabor do vento, seja gerado pelo clamor popular por mais melhorias, ou, seja porque o vento é brisa e não tem força para lhe trazer o que sua ambição almeja: poder e dinheiro.

Se a constante troca de partido levou os tribunais a brechar esse ziguezague oportunista, de todo não está proibido e brechas no ordenamento jurídico existem que permitem, mesmo contenciosamente, mudar de partido político, valendo-se de motivações subjetivas e valorativas que escapam ao controle de validade que o prevalece no Direito.

Essa simbiose partidária se percebe com maior nitidez nos municípios, onde o compromisso partidário é mais fragilizado ante às prementes satisfações sociais, ou, diante das nefastas tentações que o poder oferece. A fidelidade partidária, nos municípios, infelizmente, caminha no compasso dos interesses temporais e não de acordo com a postura ideológica que se exige como expressão da vontade de se praticar algo de bom para o Povo.

Daí surge a pergunta: essa *ainda* possível troca partidária gera dano ao partido político, dano esse mensurável econômica e moralmente? É o que tentaremos responder, sabendo de antemão que a questão ainda se inicia muito embrionariamente no Direito Eleitoral, sendo uma questão em aberto, fértil para gerar debates e opiniões em vários sentidos. Nossa intenção não é nem de longe a de esgotar o assunto. Ao contrário. Temos a intenção de lançarmos o debate, até porque, se se concluir que trocas partidárias constantes, mesmo pelas janelas partidárias, geram dano, podemos concluir que o presente estudo contribuiu para produzir um efeito pedagógico em auxílio ao tema fidelidade partidária.

1 DO DANO. DANO NO DIREITO ELEITORAL

Iremos nos basear em dois brilhantes artigos, aos quais aderimos pelo menos em termos de conceito, para, preliminarmente, discorrermos a respeito da existência do dano no âmbito do Direito Eleitoral, nas formas do dano material e do dano moral e as

suas consequências, inclusa, obviamente, a questão da reparação pela via da ação de regresso. Atestar que se pode dizer sobre a existência de dano em matéria eleitoral é *conditio sine qua non* para tratarmos do tema epígrafado. Mesmo de maneira sucinta, cabe uma prévia explicação do que consista o dano no campo do Direito Civil, onde triunfam seus estudos, bem como a possibilidade de se valer do conceito civilista nas estepes do Direito Eleitoral que, apesar de ser uma matéria genuinamente de Direito Público, enseja atos que podem levar a discussão para o campo da responsabilidade civil não-estatal. Vejamos.

A responsabilidade é um dos temas vitais do Direito, sobretudo após a positivação e a codificação dos direitos a partir do Século XIX. A todo direito corresponde um dever ou uma obrigação. Descumprido esse dever ou inadimplida essa obrigação, surge o dano e, conseqüentemente, surge, àquele prejudicado que sofreu o dano, o direito de exigir do causador do dano a reparação que o Direito prevê como a justa medida da compensação pelo mal sofrido.

Sob o ponto de vista da doutrina civilista, valemo-nos da lição de FLÁVIO TARTUCE (2017, p. 390 e 405) para conceituar o que vem a ser dano, que pode ser material ou moral:

danos patrimoniais ou materiais constituem prejuízos, perdas que atingem o patrimônio corpóreo de uma pessoa natural, pessoa jurídica ou ente despersonalizado. (...) constituindo o dano moral uma lesão aos direitos da personalidade (arts.11 a 21 do CC) ... Esclareça-se que não há no dano moral uma finalidade de acréscimo patrimonial para a vítima, mas sim de compensação pelos males suportados.

Ao vislumbrarmos o conceito de dano, não temos dúvida que ele se aconchega no campo do Direito Eleitoral e o artigo de JOSÉ JAIRO GOMES (2019) bem esclarece a possível incidência desse conceito nessa seara.

O artigo explicita, com argumentos fortes, vários exemplos da ocorrência do dano, no campo do Direito Eleitoral, surgido após a quebra de um dever ínsito a esse Direito. Para o nobre membro do Ministério Público,

No Direito, a ideia de responsabilidade sempre foi central. Trata-se do instituto cuja atuação dá origem a uma relação jurídica com vistas a veicular uma sanção. Em sua base, encontra-se o descumprimento de deveres jurídicos e, pois, a prática de ato ilícito.

Por configurar-se como microssistema jurídico, no Eleitoral a responsabilidade abrange as esferas penal, administrativa e eleitoral propriamente dita. A penal decorre da prática de crime eleitoral. A administrativa se dá em virtude do descumprimento de regras administrativas, tais como as atinentes à realização de propaganda eleitoral (âmbito do poder de polícia), organização de eleições (ex.: atuação de mesários) e comparecimento de eleitores às urnas. Por fim, a responsabilidade eleitoral propriamente dita decorre de infrações a normas eleitorais ensejadoras de sanções como multa, inelegibilidade, denegação ou cassação de registro, denegação ou cassação de diploma.

Uma ordem normativa não pode conter somente direitos, senão também deveres. Essa, aliás, é uma das críticas que se fez à Constituição de 1988, cujo Título II prevê os direitos e garantias fundamentais, omitindo-se quanto aos deveres.

Por dever – segundo ABBAGNANO – compreende-se a “ação segundo uma ordem racional ou uma norma”. Esclarece que na ética contemporânea: “a doutrina do dever continua ligada à da ordem racional necessária, ou norma (ou conjunto de normas) apta a dirigir o

comportamento humano”. Dever, portanto, significa o que precisa acontecer, o que tem de ser feito ou a conduta cuja realização se impõe, quer seja por necessidade, quer seja por conveniência.

Em geral, distingue-se o dever em religioso, moral e jurídico.

No Direito, especificamente no tocante ao Eleitoral, prevê a legislação eleitoral muitos e variados deveres, os quais atingem não só candidatos como também partidos, instituições públicas e privadas, agentes públicos e cidadãos.

(...)

Na contemporânea democracia representativa, inúmeros são os deveres das agremiações partidárias. Basta dizer que não há, no sistema brasileiro, candidatura avulsa, sendo imperiosa a intermediação desses entes na ocupação das posições de poder político no Estado. São eles, portanto, que devem apresentar à Justiça Eleitoral os pedidos de registro de seus candidatos, bem como orientar as campanhas eleitorais.

Note-se, porém, que os partidos não gozam de plena liberdade de ação, devendo pautar-se pelo regramento legal, sob pena de serem responsabilizados e sancionados.

Apenas à guisa de exemplo, reza o art. 241 do Código Eleitoral que “toda propaganda eleitoral será realizada sob a responsabilidade dos partidos e por eles paga, imputando-lhes solidariedade nos excessos praticados pelos seus candidatos e adeptos”. Portanto, as agremiações partidárias são solidariamente responsáveis pelos desvios ocorridos na propaganda eleitoral de seus candidatos. Por isso, podem ser responsabilizadas tanto pela realização de (1) propaganda eleitoral ilícita, quanto de (2) propaganda partidária irregular.

Também não se pode olvidar que a agremiação pode ser responsabilizada por abuso de poder (sentido amplo), quando a sanção for compatível com sua natureza. É claro que a sanção não poderá ser de inelegibilidade, mas poderá, por exemplo, ser de multa (como consta do § 8º, do art. 73 da Lei nº 9.504/97) ou de suspensão de transferência de cotas do fundo partidário (como consta do art. 36 da Lei nº 9.096/95). (...) Os candidatos são os principais atores do certame eleitoral. Amplos são os deveres que lhe são atribuídos. A seguir, apenas para fins didáticos, é apresentada uma classificação:

I – Deveres do candidato para consigo mesmo – i) agir conforme os preceitos éticos, elevando-se moralmente; ii) ser coerente com sua própria história; iii) cuidar bem da própria imagem.

II – Deveres do candidato com a sociedade e os cidadãos em geral – i) aceitar o resultado das urnas em caso de derrota, contestando-o apenas quando houver argumentos sólidos, razoáveis e válidos; ii) não abusar dos poderes econômico e político que porventura detiver, tampouco permitir ou tolerar que terceiros o façam em seu proveito; iii) respeitar as normas regentes da campanha e do processo eleitoral; iv) tratar com dignidade e respeito os cidadãos ao endereçar-lhes mensagens e propagandas; v) abster-se de fazer promessas que não sejam sérias ou que não tenha intenção de cumprir; vi) agir com boa-fé objetiva; vii) colaborar com o meio ambiente e manter a cidade limpa, recolhendo, após o pleito, o material de propaganda que eventualmente estiver espalhado pela cidade.

III – Deveres do candidato com o próprio partido – tais deveres podem vir definidos no estatuto da agremiação, destacando-se a lealdade. i) abster-se de apoiar partido diverso em detrimento daquele em que se encontra filiado; ii) não apoiar candidato de partido concorrente; iii) não atacar ou combater os próprios colegas de agremiação; iv)

contribuir para o crescimento e aperfeiçoamento do partido, sobretudo para que tenha êxito no certame. (...) O ato ilícito sintetiza os seguintes elementos: a) conduta; b) resultado; c) relação causal; d) ilicitude ou antijuridicidade. Essa diversidade de elementos encontra-se reunida na ideia de ato ilícito, o qual é valorado como contrário ao Direito.

Se no Direito Privado a responsabilidade liga-se à reparação do dano sofrido pela vítima, no Penal relaciona-se à prevenção de novas práticas infracionais e na ressocialização do autor do crime. Já no Direito Eleitoral a responsabilidade visa ao controle das eleições e da investidura político-eleitoral, a fim de que o voto seja autêntico e sincero e a representatividade, real, verdadeira. Ademais, não se pode negar à responsabilidade eleitoral um papel preventivo, de intimidação social, desestimulador da realização de condutas ilícitas – aí se lhe divisa igualmente uma função didática.

Fundamento da responsabilidade eleitoral – enquanto no âmbito privado a responsabilidade (dita civil) encontra fundamento nas teorias subjetiva e objetiva, no penal funda-se na teoria subjetiva, exigindo sempre dolo ou culpa na conduta do agente.

Há em voga, também, uma doutrina e corrente jurisprudencial que entende que o dano há de ser algo com profundidade e não um mero aborrecimento. O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 844.736, entendeu que

só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

Segundo MARCOS DESSAUNE,

tal entendimento reverbera um conceito antigo de 'dano moral'. Embora já esteja superado pela doutrina contemporânea e pelo próprio autor que atualizou seu entendimento, tal conceito continuou a ser reproduzido indiscriminadamente no Direito brasileiro. Nesse sentido Fernando Noronha (2013) acrescenta, inclusive, que existe uma 'tradicional confusão' entre danos extrapatrimoniais e danos morais presente em praticamente todos os autores reputados como 'clássicos nesta matéria'. Sendo assim e com base em diversos autores como os próprios Cavalieri e Noronha, passei a sustentar que os danos extrapatrimoniais, por serem tradicionalmente chamados de 'danos morais', podem ser classificados em duas espécies: dano moral stricto sensu e dano moral lato sensu. O primeiro decorre da lesão à integridade psicofísica da pessoa — cujo resultado geralmente são sentimentos negativos como a dor e o sofrimento —, enquanto o último resulta da lesão a um atributo da personalidade ou da violação à dignidade humana. (DESSAUNE, 2020)

O foco do citado artigo, vê-se, é a demonstração da existência da responsabilidade que surge, no Direito Eleitoral, pela prática de um ato ilícito dentro desse sub-ramo do Direito Público. O autor, com o brilhantismo que lhe é peculiar, circunscreveu o tema da responsabilidade - que para ele, no Direito Eleitoral, é subjetiva, e com razão. Não avançou fora desse círculo. Da nossa parte, a par de aderirmos a essa opinião de JOSÉ JAIRO GOMES, faremos com que a responsabilidade de uma matéria eleitoral específica – eventual dano derivado de troca

partidária – seja também analisada sob o prisma da responsabilidade civil e especular sobre a possibilidade de o partido político ingressar com a devida ação de regresso na jurisdição competente.

2 TROCA DE PARTIDO É DANO? CONSIDERAÇÕES

Preliminarmente, o que significa trocar de partido? Segundo o Glossário Eleitoral Brasileiro, que está disponível no Portal do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) na Internet, “Transfugismo partidário” é a mudança de partido de um candidato eleito para nova agremiação política, sem justo motivo. É uma das formas de manifestação da infidelidade partidária.

Muito bem. Amparados nos elementos que antecedemos para fundamentar nossa opinião que, repita-se, não esgota o assunto, mas, ao contrário, fornece subsídios para deflagrar o debate, lançamos a seguinte pergunta: troca de partido enseja dano material ou moral, passível de ressarcimento ou reparação? E damos a provável resposta: depende, mas com um viés tendente pela possibilidade da reparação ou ressarcimento, condicionado à comprovação do dano, moral ou material.

O uso do verbo *dependere* não significa, em um primeiro momento, insegurança ou incerteza, ou dúvida, para não dizer a jocosa frase, em cima do muro. Não. Aqui o emprego do verbo o fazemos na definição cravada por HOUAISS, ou seja, a troca de partido ensejará dano material ou moral, passível de ressarcimento ou reparação se estiver sujeita a fatores objetivos, circunstâncias, situações.

E quais seriam esses fatores objetivos, circunstâncias, situações? Diremos que são múltiplos, mas todos decorrentes das prováveis previsões e interpretações que se deem a essas contidas no ordenamento jurídico.

Em um primeiro momento, poderíamos dizer que todos os casos de troca partidária seriam fatores geradores de danos, materiais ou morais, passíveis de regresso por iniciativa dos partidos políticos. As agremiações políticas investem parte dos recursos do Fundo Partidário e do Fundo de Campanhas, bem como parte das doações que recebem, em candidatos com potencial viabilidade eleitoral. Passadas as eleições, se eleito, o filiado arrasta consigo parte do rótulo partidário pelo qual foi eleito. Se por divergências internas de variada gama o eleito rompe com o partido político pelo qual se elegeu e dele se desfilia, cremos que é natural o desejo do partido abandonado, que serviu de ponte para o sucesso do então candidato, busque as devidas reparações por dano à sua imagem (p.ex.: graves acusações de desvio ideológico), ou busque ressarcimento de bens investidos na divulgação e eleição do agora desfilado (p.ex.: investimento de boa parte de doações recebidas em um candidato em detrimento dos demais candidatos do partido).

Acreditamos que o caput o art. 22-A da Lei nº 9096/95 dê margem a esticar para o campo do Direito Privado a mágoa, irritação que o partido político tenha sentido (pelo conjunto, óbvio, dos seus dirigentes). O art. 22-A diz que “perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfiliar, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito.” O comando do dispositivo é impingir uma sanção eleitora àquele que se desfiliar, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito. Subsiste, como bem apontou JOSÉ JAIRO GOMES, responsabilidade eleitoral ao desfilado pela quebra da fidelidade que tinha para com o partido. Vejam que a responsabilidade aqui é a eleitoral e a lei pode não dizer, porém também não veda, a possibilidade de o partido político ir além da responsabilidade eleitoral e pretender regressar na Justiça competente (veremos a seguir) para alcançar ressarcimento (dano material) ou reparação (dano moral).

Se ficássemos tão-somente com a leitura gramatical do *caput* tenderíamos a dizer que a responsabilidade civil sobrevive ao lado da responsabilidade eleitoral. Sem

problemas. Entretanto, o próprio caput estabelece uma condição para a perda do cargo eletivo: que a desfiliação se dê sem justa causa. E o que vem a ser essa justa causa? O legislador, tendo em mira evitar um excesso de subjetivismo concentrado no órgão dirigente do partido político, fixou no parágrafo único que garante o art. 22-A quais são as hipóteses de justa causa: I - mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; II - grave discriminação política pessoal; e III - mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente.

E é justamente nessas hipóteses que é cabal o uso do verbo *dependere* a permitir, ou não, o possível regresso do partido político em face da pessoa que se desfilou. Para tanto, precisamos investigar essas três condicionantes excludentes da sanção eleitoral, excludentes essas que podem, sim, ter reflexo na fundamentação do direito subjetivo privado de ressarcimento/reparação.

Para início, separamos em causas objetivas e causas subjetivas. As causas objetivas que alicerçam a justa causa para a desfiliação partidária é, por exemplo, a contida no item III do citado parágrafo único: mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente. Trata-se de causa objetiva uma vez que, com o advento do prazo firmado na lei, abre-se a chamada janela partidária que possibilita a movimentação de um partido para o outro sem a perda do cargo para o qual foi eleito. Surgiu o prazo, pode trocar de partido dentro desse prazo.

E existem causas subjetivas, para as quais se demanda uma apuração mais equilibrada, ponderada, razoável e proporcional. Seriam as hipóteses inseridas nos itens I e II do citado parágrafo único: I - mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário e II - grave discriminação política pessoal. Aqui, a questão fica mais complexa, porque surgem alguns problemas, (a) alguns de natureza teórica, que envolve obrigatoriamente uma discussão sob o enfoque da Ciência Política, como é o caso da mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário, e (b) outros de natureza mais processual, probatória, nem tanto de carga ideológica, mas sobrecarregado de aspectos de política e oportunidade partidárias (quase) puros.

No caso da ocorrência da causa objetiva caracterizado pela abertura do período que antecede o prazo de filiação partidária exigido em lei para concorrer à eleição, a chamada janela partidária, fica difícil se exigir do desfilado um ressarcimento ou reparação, uma vez que a lei franqueou essa mobilidade partidária, possibilitou a criação de uma zona neutra de sanções eleitorais, o que pode, também, contaminar o direito subjetivo do partido político a pretender compensações.

Esse, aliás, é o entendimento que vem sendo adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Exemplos desse entendimento são as Apelações nº 1004242-06.2016.8.26.0428 e 1002825-72.2016.8.26.0022, cujas ementas são as seguintes, respectivamente:

AÇÃO DE COBRANÇA - Desfiliação partidária, a sponte própria do réu, no curso do mandato eletivo de vereador do PRTB - Infidelidade partidária - Previsão estatutária da agremiação política deste prevendo aplicação de multa correspondente a 12 (doze) vezes o valor do salário do filiado - Procedência decretada - Descabimento - Hipótese de desfiliação partidária efetivada na vigência da Emenda Constitucional 91/2016 - Na prática o que se criou foi uma “janela” constitucional que possibilitasse a troca de legendas pelos representantes sem a perda de mandato por infidelidade partidária, daí porque, para o caso específico, a imposição da multa estabelecida pelo artigo 85, X, do Estatuto Interno do PRTB, perdeu eficácia naquele período -

Precedente Jurisprudencial - Multa estatutária afastada - Apelo provido.” (Apelação 1004242-06.2016.8.26.0428, 9^a Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador GALDINO TOLEDO JÚNIOR, j. 10/09/2019)

Cobrança - Contribuição partidária de vereador a que faz jus o autor diante de previsão legal e estatutária para tanto Resolução nº 22.025 do Colendo Tribunal Superior Eleitoral que se refere à ilegalidade de contribuição partidária cobrada de servidores ocupantes de cargos ou funções demissíveis ad nutum Pretendido recebimento de multa em razão da desfiliação do réu, no período estabelecido pela EC 91/2016 Inadmissibilidade Exercício de um direito potestativo pelo demandado Afastamento da sanção Danos morais não configurados Sucumbência do demandante Exegese do artigo 86, parágrafo único do CPC Sentença parcialmente reformada Recurso do autor desprovido e provido, em parte, o apelo do réu”. (Apelação 1002825-72.2016.8.26.0022, 5^a Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador MATHIAS COLTRO, j. 31/10/2018).

O que une os dois V. Acórdãos é o fato de a desfiliação ter ocorrido no período permitido pela legislação eleitoral, logo, como salientou o Desembargador GALDINO TOLEDO JÚNIOR, “despiciendo qualquer debate a respeito dos motivos antecedentes que levaram o apelante a se retirar do Partido apelado, pois *in casu* a cobrança de multa na vigência da Emenda Constitucional 91/2016 é indevida.”

Sob esse ponto de vista estritamente objetivo – advento do período que possibilita a troca partidária sem perda do mandato – é plausível imaginar indevida a cobrança de danos materiais, mormente da multa sancionatória por ventura prevista no estatuto do partido político.

No entanto, entendemos que remanesce a possibilidade de ressarcimento e reparação de outros possíveis danos materiais e danos morais. As decisões elencadas, a nosso ver, não fecharam as portas para a viabilização do regresso calcado em premissas decorrentes dessas duas espécies de danos.

O próprio Tribunal de Justiça de São Paulo, embora tenha decidido no sentido inverso (favoravelmente ao desfiliado em face do partido político) assinalou essa possibilidade de regresso para a reparação de danos morais, uma vez que, segundo constou dos autos (conjunto probatório é imprescindível nessas questões) indicou que teria ocorrido abuso de direito do partido em relação ao filiado, o que lhe teria causado comprovadamente dano moral. Vejamos:

Indenização por dano moral promovida por membro de partido político e que se qualificou como vítima do abuso de poder do diretório municipal - Admissibilidade - Dever de moralidade dos filiados acentuado pela importância dos órgãos partidários - Acusações infundadas de infidelidade e que repercutiram negativamente na vida política e profissional do autor - Indenização devida e majorada no Tribunal - Recurso do autor provido, em parte e improvido o dos réus.

Ficou provado que, como membros do Partido, extrapolaram do direito de representação interna e, sem substrato probante algum, produziram contra a pessoa do autor acusações infundadas. E o que é pior: obtiveram com essa conduta censurável a expulsão partidária -- obviamente indevida, como ficou patente mais tarde -- e, com esse trunfo, acabaram com a projeção política do excluído, pela ampla publicidade do fato na imprensa. Essa deliberação expulsória afetou o lado profissional da vida do autor, tanto que a partir desse

reconhecimento da infidelidade partidária, foi rebaixado de cargo na SABESP, o que antecipou a aposentadoria com proventos reduzidos. Cuidou-se de um expediente maroto, até porque o autor não era filiado ao Partido quando se deram os fatos informados na representação e, depois de tudo apurado, é de ser indagado: em política, tudo é possível e tolerado? Evidente que não.

Aqueles que se filiam a um partido político sabem que ingressaram em órgão de ligação do povo e do poder, uma parte do sistema democrático que permite acesso indiscriminado das pessoas a todos os postos eletivos. A obrigação de moralidade para os filiados é muito mais acentuada e beira a um dever, um compromisso assumido perante a Nação. Evidente que a deontologia política não abriga artimanhas e fraudes, como denúncias infundadas para expulsar membros dos partidos, pois um processo de tal envergadura não se compatibiliza com arbítrio e com o prejuízo da verdade. O erro de julgamento ocorreu por obra da representação dos réus, o que atrai a responsabilidade deles pelo resultado. A má-fé partiu dos requeridos, que, por prestígio político, conseguiram o desiderato, mesmo sem provas: a expulsão do autor. Interpretação mais liberal no cenário político atual, quando tudo é permitido até as proximidades das eleições -- não é infiel quem troca de partido com filosofias inconciliáveis apenas para ser candidato --, o fato é que expulsão por infidelidade é um gravame pesado no curriculum de um filiado, o que recomenda profunda reflexão daquele que agita a controvérsia e persegue a condenação. O que se viu, no entanto, foi o completo desprezo pela situação do autor que, vítima de uma pressão incontrolável no diretório municipal, acabou sofrendo consequências individuais em todas as variantes de seu posicionamento existencial. Atitudes como a que foram praticadas pelos requeridos transcendem os limites partidários e, quando injustas, como foram, arrastam efeitos danosos.” (Apelação 066.128-4/1, 3ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador ÊNIO SANTARELLI ZULIANI, j. 02/12/1997)

A recíproca há de ser verdadeira, a depender a ponderação dos fatos. Ou seja, poderá o desfiliação arcar com o regresso por ter ele sacado ofensas contra o partido político; por ter feito declarações desabonadoras da conduta dos dirigentes do partido político; por ter praticado atos materiais que denigram o partido político (ex.: rasgar a ficha partidária em frente da imprensa); deboche a respeito da ideologia defendida pelo partido político; insulto a dirigentes partidários já falecidos, entre outras situações que embasem a eventual justa causa para que ocorra a troca partidária fora do período permitido e que somente o peso dos fatos poderá dizer se é ou não considerado dano moral.

Portanto, dentro de uma visão de fidelidade partidária mais afinada com a linha adotada pelo Supremo Tribunal Federal - donde se entreveem elementos que desnudam óbices ao reconhecimento do dano -, o regresso deve ter um duplo caráter: (I) o caráter patrimonial, que é o de ressarcir materialmente os eventuais investimentos de um partido numa candidatura, com um fundamento mais econômico ou reparar a imagem estilhaçada por uma ofensa moral, com uma compensação que transcenda a abordagem econômica e (II) o caráter pedagógico, que é o evitar a disseminação de trocas de partidos políticos guiados por interesses que não os fixados na disciplina programática do partido político, inculcando nos pretendentes a essa troca um real temor reverencial de sofrer, caso eleitos, a perda do cargo público.

Certamente, a questão da fidelidade partidária sofre temperamentos, segundo a instituição que a confronte. Em recente parecer sobre a acusação de infidelidade

partidária imputada a alguns deputados que votaram a favor da Reforma da Previdência, desobedecendo orientação partidária, o Ministério Público Eleitoral, em manifestação do Vice-Procurador Geral Eleitoral, HUMBERTO JACQUES, entendeu que houve grave discriminação pessoal contra esses parlamentares federais, reconhecendo o direito de eles migrarem para outro partido sem o risco de perder o mandato.

Portanto, tudo ficará a depender dos fatos. O que queremos deixar claro é que o campo eleitoral pode provocar a incidência da responsabilidade civil a favor do partido político, ou a favor do (des)filiado. Todavia, a despeito de práticas oriundas do Direito Eleitoral poderem desencadear ação regressiva, esta não será decidida pela Justiça Eleitoral, mas pela Justiça Comum.

3 DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM PARA CONHECER DA AÇÃO DE REGRESSO DECORRENTE DA TROCA PARTIDÁRIA: BREVES CONSIDERAÇÕES

O exercício do mandato político não está subordinado à manutenção, pelo mandatário, da filiação partidária. No entanto, a regular expulsão do mandatário dos quadros do Partido Político pelo qual foi eleito, com o conseqüente cancelamento de sua filiação partidária (Lei 9.096/95, art. 22 – Lei dos Partidos Políticos), não importa, automaticamente, na perda do mandato eletivo. Isso porque a perda do mandato eletivo dependerá de ação a ser proposta perante a Justiça Eleitoral pelo partido prejudicado e, subsidiariamente, por alguém que demonstre interesse jurídico, ou pelo Ministério Público Eleitoral. Será sob o crivo do devido processo legal que será analisada a justa causa, ou não, para a desfiliação partidária.

Ainda dentro do tema anatem-se duas questões:

1º - A perda do mandato em razão de desfiliação partidária não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário (presidente da República, governador de Estado/DF, prefeito e senador) Súmula 67 do TSE.

2º - Existência da chamada “janela partidária”, ou seja, um prazo legal concedido aos detentores de mandato eletivo para a troca de partido (inciso III do art. 22-A da Lei nº 9096/95).

Entretanto, para as ações que discutam outras questões com fulcro no Direito Eleitoral, mas não sejam genuinamente eleitorais, deverão ser processadas e julgadas pela Justiça Comum.

Assim, conquanto seja possível a intervenção do Poder Judiciário nas deliberações internas dos partidos políticos, e em tese isso seja possível, tendo em vista a natureza privada conferida ao partido político, firmou-se o entendimento de que questões partidárias *interna corporis* ou envolvendo partidos são da competência da Justiça Comum Estadual. Assim, eventuais querelas existentes entre partido e pessoa natural ou jurídica, ou entre dois partidos, entre órgãos do mesmo partido ou entre partido e seus filiados devem ser dirimidas pela Justiça Comum. Há, no entanto uma tendência para se alterar esse entendimento e passar para a Justiça Especializada os julgamentos de questões internas partidárias. Contudo, o STJ ainda mantém o entendimento de que estas questões sejam tratadas pela Justiça Comum. Por sua vez, compete ao STF, art. 102, I, ‘o’, dirimir os conflitos de competência entre os tribunais superiores.

CONCLUSÃO

Pelo que ficou exposto, construímos toda uma argumentação que possibilite estender questões típicas do Direito Eleitoral para o campo do Direito Privado, especialmente a discussão sobre a possível responsabilidade civil por dano material ou

dano moral na desfiliação partidária, e viabilizar o regresso para o ressarcimento/reparação.

Logicamente, o dano há de ser comprovado e não pode ser tido como um mero aborrecimento, passageiro, que magoa. Não. O dano deve violar a imagem, no caso, da reputação do partido político perante a sociedade e o eleitorado, ferir a personalidade de quem empunha uma bandeira política e de ideias e não pode dela se desviar, sob pena de desnaturação do viés ideológico.

O regresso deve ter o duplo caráter: (I) o caráter patrimonial, que é o de ressarcir materialmente os eventuais investimentos de um partido numa candidatura, com um fundamento mais econômico ou reparar a imagem estilhaçada por uma ofensa moral, com uma compensação que transcenda a abordagem econômica e (II) o caráter pedagógico, que é o evitar a disseminação de trocas de partidos políticos guiados por interesses que não os fixados na disciplina programática do partido político, incutindo nos pretendentes a essa troca um real temor reverencial de sofrer, caso eleitos, a perda do cargo público.

Para encerrarmos, as palavras da Ministra CÁRMEN LÚCIA², que reforçam a ideia germinada no STF a respeito da fidelidade partidária e dão um norte importante para as Cortes e advogados refletirem seriamente sobre a possível discussão de danos em ação de regresso pela desobediência do programa partidário e das deliberações das cúpulas partidárias:

O tema já havia sido enfrentado pela corte em medida cautelar em setembro de 2015, posicionamento que se confirmou no julgamento da ação nesta quarta (4/3). Para a ministra Carmen Lúcia, relatora da ADI, a 'regra de fidelidade' (referente à exigência de os apoiadores do novo partido não serem filiados a outras siglas) garante o cumprimento dos princípios constitucionais de coesão, coerência, responsabilidade e moralidade. (...) A ministra Carmen Lúcia sublinhou que o direito à oposição partidária interna, a ser garantido aos filiados como corolário da plena cidadania, há que ser exercido em benefício e segundo o ideário, o fortalecimento e o cumprimento do programa do partido.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de Direito Eleitoral*. 13 edição. Editora Juspodivm: Salvador, 2019.

BOBBIO, Norberto *et al.* *Dicionário de Política*. Vol. 2. 5ª edição. Editora Imprensa Oficial/UNB: São Paulo, 2000.

DESSAUNE, Marcos. *Dano moral não é só sofrimento: a crescente superação do mero aborrecimento*, in Revista Eletrônica CONJUR. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mar-15/marcos-dessaune-crescente-superacao-mero-aborrecimento>. Acesso em 19 mai 2020.

GOMES, José Jairo. *Deveres e responsabilidades eleitorais*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/12/22/deveres-e-responsabilidade-eleitorais/>. Acesso em 19 mai 2020.

HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss*. In sítio eletrônico UOL. www.uol.com.br/educação/dicionários. Acesso em 19 de março de 2020.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto*. 6ª impressão. Editora Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 1997.

2 STF, ADIN nº 5311, j. 04/03/2020

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*, vol. 2. 12 edição. Editora GEN Forense, Rio de Janeiro: 2017.

OPPO, Anna. *Economia e società*. Volume II. Comunità: Milano, 1961.

Supremo Tribunal Federal (STF), www.stf.jus.br Acessado em 19 de março de 2020.

Tribunal Superior Eleitoral (TSE), www.tse.jus.br. Acessado em 19 de março de 2020.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, www.tjsp.jus.br. Acessado em 19 de março de 2020.

AS NOVAS DIRETRIZES DO PODER DE POLÍCIA DA PROPAGANDA ELEITORAL SEGUNDO O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

THE NEW GUIDELINES OF POLICE POWER FOR THE ELECTORAL PROPAGANDA ACCORDING TO THE BRAZILIAN SUPERIOR ELECTORAL COURT

Ângelo Soares Castilhos¹

RESUMO

O presente trabalho debruça-se sobre o exercício do poder de polícia, conferido à Justiça Eleitoral, para a fiscalização da propaganda eleitoral, uma questão que suscita debates em meio aos períodos de campanha eleitoral, visando a desenvolver uma análise sistemática do instituto sob o ponto de vista das mais recentes resoluções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral sobre tema. Assim, através de uma investigação das doutrinas do Direito Eleitoral e do Direito Administrativo, do exame de julgados de Tribunais Regionais Eleitorais e da Corte Superior e da confrontação entre os atos normativos regulamentares em estudo e a legislação correlata (notadamente Constituição, Código Eleitoral, Lei n. 9.504/97 e Código de Processo Civil), conclui-se que houve, por parte das Resoluções TSE n. 23.600/2019, 23.608/2019 e 23.610/2019, uma correta separação em os âmbitos administrativo e jurisdicional da atuação dos magistrados eleitorais, esclarecendo questões da prática jurídica da Justiça Eleitoral.

Palavras-Chave: Poder de polícia. Justiça Eleitoral. Propaganda Eleitoral. Resoluções. Tribunal Superior Eleitoral.

ABSTRACT

The present work focuses on the exercise of police power, conferred to the Electoral Justice, for the inspection of electoral propaganda, an issue that raises debates in the midst of electoral campaign periods, aiming to develop a systematic analysis of the institute from the point of view of the most recent resolutions issued by the Superior Electoral Court on this topic. Thus, through an investigation of the doctrines of Electoral Law and Administrative Law, the examination of judgments of Regional Electoral Courts and the Superior Court and the confrontation between the regulatory normative acts under study and related legislation (notably the Constitution, Electoral Code, Law n. 9.504/97 and Code of Civil Procedure), it is concluded that, on the part of TSE Resolutions n. 23.600/2019, 23.608/2019 and 23.610/2019, has been made a correct separation in the administrative and jurisdictional spheres of the electoral magistrates' performance, clarifying questions of the legal practice of the Electoral Justice.

Keywords: Police power. Electoral Justice. Electoral propaganda. Resolutions. Superior Electoral Court.

INTRODUÇÃO

O Direito Eleitoral possui largos vínculos com as demais disciplinas do Direito Público, que o permeiam e o entrelaçam, dada sua peculiar atuação multifacetada.

¹ Analista Judiciário - Área Judiciária do TRE-RS. Chefe da Seção de Produção e Gestão de Conhecimento Técnico-Jurídico do TRE-RS. Especialista em Direito Constitucional (FMP/RS) e em Direito Processual Civil (UNIASSELVI). Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP) e do Instituto Gaúcho de Direito Eleitoral (IGADE).

Assim, são constantes as intervenções do Direito Constitucional, do Direito Tributário, do Direito Processual Civil e de outras searas jurídicas na doutrina e na jurisprudência eleitoralistas.

Entre as peculiaridades da Justiça Eleitoral, encontra-se a exacerbação, em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, da sua função administrativa, destacada em atividades como o controle e a gestão do cadastro de eleitores, a organização do processo eleitoral e outras que lhe são correlatas. Nela, temos, ao mesmo tempo, a presença do Estado-Juiz (“juízes julgadores”) e do Estado-Administrador (“juízes administradores”).

Portanto, mesmo integrando o Poder Judiciário, a função administrativa é, também, típica da Justiça Eleitoral, sendo, nesta senda, considerada mesmo administração pública.²

Dada esta cumplicidade (e mesmo a complementariedade) nesta Justiça especializada, entre as funções judicial e administrativa, o Direito Administrativo acaba por ganhar especial destaque, sendo fonte para a aplicação de institutos previstos na legislação eleitoral. Nesse sentido, JOSÉ JAIRO GOMES:

É intenso o intercâmbio com o Direito Administrativo. Para além da organização e do funcionamento da Justiça Eleitoral, e da extensa ação administrativa concernente ao preparo e à gestão do processo eleitoral, dessa disciplina afluem conceitos fundamentais como poder de polícia, agente público, servidor público, probidade; a organização do corpo eleitoral é inteiramente regulada por normas administrativas.³

Entre as questões que encontram sua regência buscada na principiologia e em normas administrativistas, está o exercício do poder de polícia pelos magistrados eleitorais, cuja atuação cabe, preponderantemente, em todas as eleições (sejam gerais, sejam municipais), aos juízes eleitorais de primeira instância.

Sua atuação fiscalizadora da propaganda eleitoral constitui-se em caráter unicamente administrativo, devendo ser separada de todo e qualquer traço da jurisdição: o Juiz Eleitoral, ainda que não perca a condição funcional de magistrado, atua, em sede de poder de polícia, tão somente como autoridade administrativa da Justiça Eleitoral, tal como poderá ser depreendido no desenvolvimento do presente estudo.

Por isso, torna-se de vital importância a assimilação das seguintes premissas, relativas à propaganda eleitoral: (a) o Juiz Eleitoral funciona como autoridade administrativa fiscalizadora da propaganda enquanto estiver no exercício do poder de polícia, o que, geralmente, ocorrerá sob a forma de procedimento administrativo (PA) autuado; (b) o Juiz Eleitoral funciona como autoridade judiciária quando estiver conduzindo a atividade jurisdicional relativa a (ir)regularidade de propaganda, isto é, ao instruir e julgar representação (RP) autuada.

1 QUESTÃO PRELIMINAR E INCIDENTAL: A “RESOLUÇÃO DAS RESOLUÇÕES”

Em 2016, o Tribunal Superior Eleitoral deliberou em disciplinar, através de norma própria, o *modus operandi* para a elaboração de novas resoluções pelo próprio tribunal. Ou seja, foi estabelecida uma norma geral e abstrata sobre a atividade normativa da Justiça Eleitoral, motivo pelo qual a Resolução TSE n. 23.472/2016 passou a ser chamada de “resolução da resoluções”.

2 COSTA, Rafael Antônio. **O poder de polícia do Juiz Eleitoral**. Portal Eleitoral Brasil, 2016. Disponível em: <http://www.eleitoralbrasil.com.br/noticias/o-poder-de-policia-do-juiz-eleitoral>. Acesso em: 30 jan. 2019.

3 GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 74.

Neste ato normativo regulamentar fez-se constar que as instruções para a realização de eleições ordinárias, ao contrário das costumeiras sucessivas edições de resolução para cada pleito, passariam a ser permanentes. Além disso, suas hipóteses de futuras eventuais modificações foram determinadas em rol taxativo (*numerus clausus*). Veja-se:

Art. 2º As instruções para regulamentação das eleições ordinárias serão editadas em caráter permanente e somente poderão ser alteradas nas seguintes hipóteses:

I - reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade de dispositivo da instrução pelo próprio Tribunal Superior ou pelo Supremo Tribunal Federal;

II - análise da constitucionalidade de dispositivo legal pelo Supremo Tribunal Federal;

III - superveniência de Lei ou Emenda Constitucional que tenha aplicação para as eleições reguladas pelas instruções;

IV - em decorrência do aperfeiçoamento das boas práticas e desenvolvimento tecnológico dos equipamentos, materiais e serviços utilizados nas eleições e das datas em que elas se realizam;

V - em decorrência da modificação da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal sobre matéria eleitoral; e

VI - para correção de inexatidões materiais e retificação de erros de cálculo.

§ 1º As alterações de que tratam os incisos I, II e III deverão ser editadas até o dia 5 de março do ano da eleição e não poderão restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas na legislação eleitoral (Lei nº 9.504/97, art. 105).

§ 2º A alteração de que trata o inciso V será implementada com a observância da disciplina estabelecida no art. 5º desta Resolução.

§ 3º A alteração que verse sobre prestação de contas anuais somente será aplicada ao exercício seguinte, salvo se dela sobrevier evidente benefício para os partidos políticos.⁴ (grifou-se)

É por esse motivo que, como poderá ser depreendido da leitura das resoluções editadas em 2019⁵, ressalvadas pontuais exceções⁶, agora as previsões relativas ao exercício do poder de polícia e ao julgamento da propaganda eleitoral contemplam as eleições gerais e as eleições municipais em um mesmo texto regulamentar.

2 BREVE RETOMADA: O PODER DE POLÍCIA COMO FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DA JUSTIÇA ELEITORAL

Como já mencionado, é importante reforçar o caráter típico da função administrativa da Justiça Eleitoral, à qual se alia a também típica função jurisdicional,

4 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 23.472, de 17 de março de 2016. Regulamenta o processo de elaboração de instrução para a realização, pelo Tribunal Superior Eleitoral, de eleições ordinárias e dá outras providências. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2016/resolucao-no-23-485-de-1o-de-julho-de-2016>.

Acesso em: 29 jan. 2020.

5 Cabe o registro de que, smj, não restou expresso o porquê de tal sistemática já não haver sido adotada para as Eleições de 2018, mas consta que havia, junto à Corte Superior, a ideia de que o texto permanente deveria ser editado somente ao final do ciclo eletivo então corrente (2016-2018), sendo, pois, o ano de 2020 o mais adequado para tanto.

6 Há atos normativos que não comportam o caráter de generalidade que possibilite sua vigência permanente, pois seu conteúdo depende de circunstâncias específicas de cada temporalidade e preparação ao pleito, tais como as Resoluções n. 23.606/2019 (Calendário Eleitoral) e n. 23.611/2019 (Atos Gerais do Processo Eleitoral para as Eleições 2020).

sendo ambas complementares, mas inconfundíveis quando da atuação dos magistrados eleitorais em sede de poder de polícia. JOSÉ JAIRO GOMES assim enfatiza:

No âmbito administrativo, a Justiça Eleitoral desempenha papel fundamental, porquanto prepara, organiza e administra todo o processo eleitoral. No entanto, isso faz com que saia de seu leito natural, já que o administrador deve agir sempre que as circunstâncias reclamarem, não podendo manter-se inerte diante dos acontecimentos. Inaplicável, aqui, o princípio processual da demanda – *nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio* – previsto no artigo 2º do CPC, pelo que o juiz deve aguardar a iniciativa da parte interessada, sendo-lhe vedado agir de ofício.

Assim, nessa esfera de atuação, deverá o juiz eleitoral agir independentemente de provocação do interessado, exercitando o poder de polícia que detém. O que caracteriza a função administrativa é a inexistência de conflito ou lide para ser resolvida.⁷

Mas o que vem a ser o poder de polícia? Na legislação brasileira, as normas de Direito Administrativo não cuidam de tal conceituação, apesar da relevância do tema às atividades da administração pública em geral. Por isso, emprega-se, sem restrições, a definição legal contida no Código Tributário Nacional, que afirma:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 1966)

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.⁸

Na Lei n. 9.504/97, encontramos a moldura legal do exercício do poder de polícia pela Justiça especializada, apesar de certo laconismo em sua redação:

Art. 41. A propaganda exercida nos termos da legislação eleitoral não poderá ser objeto de multa nem cerceada sob alegação do exercício do poder de polícia ou de violação de postura municipal, casos em que se deve proceder na forma prevista no art. 40. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 1º O poder de polícia sobre a propaganda eleitoral será exercido pelos juízes eleitorais e pelos juízes designados pelos Tribunais Regionais Eleitorais. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

7 *Op. cit.*, p. 116. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, ao definir o que é jurisdição, é igualmente enfático sobre a necessidade de que haja uma demanda a ser solvida pelo Poder Judiciário: “Ao direito subjetivo de ‘ação’, pelo qual alguém pede ao Estado que lhe faça justiça, corresponde a atividade estatal da ‘jurisdição’, pela qual o Estado cumpre o dever de, mediante um devido processo legal, administrar justiça aos que a solicitarem.” (CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 3.)

8 BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm. Acesso em: 27 jan. 2020.

§ 2º O poder de polícia se restringe às providências necessárias para inibir práticas ilegais, vedada a censura prévia sobre o teor dos programas a serem exibidos na televisão, no rádio ou na internet. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009) ⁹

No entanto, o que poucos lembram é que existentes preceitos aplicáveis ao exercício do poder de polícia também no Código Eleitoral:

Art. 35. Compete aos juízes:

[...]

IV - fazer as diligências que julgar necessárias a ordem e presteza do serviço eleitoral;

V - tomar conhecimento das reclamações que lhe forem feitas verbalmente ou por escrito, reduzindo-as a termo, e determinando as providências que cada caso exigir;

[...]

XVII - tomar todas as providências ao seu alcance para evitar os atos viciosos das eleições;

Art. 249. O direito de propaganda não importa restrição ao poder de polícia quando este deva ser exercido em benefício da ordem pública.¹⁰

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ao tratar da temática como um todo, contextualiza a tensão presente entre a atuação estatal e os direitos individuais, tal como estatui o art. 249:

[...] Praticamente, todo o direito administrativo cuida de temas em que se colocam em tensão dois aspectos opostos: a **autoridade** da Administração Pública e a **liberdade** individual.

O tema relativo ao poder de polícia é um daqueles em que se colocam em confronto esses dois aspectos: de um lado, o cidadão quer exercer plenamente os seus direitos; de outro, a Administração tem por incumbência **condicionar o exercício daqueles direitos ao bem-estar coletivo**, e ela o faz usando de seu poder de polícia.¹¹

JOSÉ JAIRO GOMES, ao comentar o § 2º do art. 41 da Lei n. 9.504/97, faz uma observação que pode ser perfeitamente transposta para um bom entendimento do art. 249 do Código Eleitoral:

Nesse diapasão, o poder de polícia denota a faculdade que tem o Estado-Administração de intervir na ordem pública, limitando a liberdade, isto é, a ação das pessoas, em benefício da sociedade, o que é feito com a imposição de abstenções ou com a determinação de que certos comportamentos sejam realizados.¹²

9 BRASIL. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em: 18 fev. 2020.

10 BRASIL. Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm. Acesso em: 18 fev. 2020.

11 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 149. Grifos no original. Igualmente, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO assevera que “Através da Constituição e das leis os cidadãos recebem uma série de direitos. Cumpre, todavia, que o seu exercício seja compatível com o bem-estar social. Em suma, é necessário que o uso da liberdade e da propriedade esteja entrosado com a utilidade coletiva, de tal modo que não implique uma barreira capaz de obstar à realização dos objetivos públicos.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 869.)

12 *Op. cit.*, pp. 116-117. Em outras palavras, RODRIGO LÓPEZ ZILIO também fornece leitura apta a esclarecer o teor do mesmo dispositivo: “O poder de polícia regulamenta a prática de atos ocorridos no REDESP, São Paulo, SP, vol. 4, n. 1, jan/jun 2020

Cabe destacar que o exercício do instituto jurídico do poder de polícia, no Poder Judiciário como um todo, é peculiaridade exclusiva da Justiça Eleitoral.¹³ A atuação do magistrado eleitoral como agente fiscalizador da propaganda eleitoral, utilizando-se dos ditames do Direito Administrativo¹⁴, é uma complementação muito salutar ao processo eleitoral como um todo, uma vez que tal atribuição recai sobre um terceiro desinteressado, dotado das garantias e das vedações do art. 95 da Constituição¹⁵, entre as quais a necessária imparcialidade para o arbitramento das disputas eletivas, as quais são absolutamente suscetíveis a interesses e a paixões políticas.

processo eleitoral, com vista a evitar dano ou prejuízo a candidato, partido ou coligação.” (ZILIO, Rodrigo López. **Direito eleitoral**. 6. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018, p. 353.)

13 “Contudo, importante frisar que a Justiça Eleitoral é o único âmbito do Poder Judiciário em que encontramos o poder de polícia. Isto é, em nenhuma outra esfera judicial pode o juiz agir de ofício. E isso chama bastante atenção.” (MACHADO, Eloisa Helena. O poder de polícia na Justiça Eleitoral. In **Paraná Eleitoral: revista brasileira de direito eleitoral e ciência política**. Curitiba: TRE-PR, v. 6, n. 3, 2017 p. 335.)

14 FRANCISCO DIRCEU BARROS emite opinião diversa, afirmando que os institutos jurídicos de um e de outro ramo são distintos, afirmando que: “Em uma análise superficial, já percebemos que o conceito de poder de polícia no Direito Eleitoral não é o mesmo no Direito Administrativo. As razões são diversas, entre elas podemos citar: a) No Direito Administrativo o poder de polícia é exercido pelo Poder Legislativo e pelo Executivo. No Direito Eleitoral, o poder de polícia é exercido pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público Eleitoral. b) No Direito Administrativo, o poder de polícia decorre do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. No Direito Eleitoral, o poder de polícia decorre da imposição de uma norma. c) No Direito Administrativo, o poder de polícia tem como características a discricionariedade, autoexecutoriedade e a coercibilidade. No Direito Eleitoral, o poder de polícia tem como característica apenas a coercibilidade, porque: 1) A discricionariedade no Direito Administrativo é a liberdade de ação que, nos limites da lei, o administrador possui para agir. No Direito Eleitoral, não existe liberdade de ação, portanto, tendo notícia de um ato irregular, o promotor de justiça eleitoral é obrigado a tomar as providências legais. O poder de polícia, no Direito Eleitoral, é vinculado e não há liberdade de atuação. Diante de um ato ilegal, o juiz eleitoral e o promotor eleitoral devem agir para efetivar o cumprimento da lei. 2) A autoexecutoriedade, no Direito Administrativo, é a possibilidade da Administração pública de fazer cumprir suas decisões, por seus próprios meios, diretamente, ou seja, sem autorização do Poder Judiciário. Não existe autoexecutoriedade no poder de polícia do Direito Eleitoral, porque se não houver cumprimento da notificação, o juiz eleitoral não pode aplicar sanção sem o devido processo legal, deverá oficiar o Ministério Público Eleitoral para que tome as providências legais. 3) No Direito Administrativo, o poder de polícia pode ser positivo ou negativo, ou seja, regula a prática de ato (poder de polícia positivo) ou abstenção de fato (poder de polícia negativo). No Direito Eleitoral, o poder de polícia é, em regra, negativo, ou seja, regula a abstenção de um fato, podendo ser excepcionalmente positivo.” (BARROS, Francisco Dirceu. O poder de polícia no direito eleitoral. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 19, n. 4075, 28 ago. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/30629>. Acesso em: 29 jan. 2020.)

15 Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III - dedicar-se à atividade político-partidária.

IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jan. 2020.)

3 DAS DISPOSIÇÕES DA RESOLUÇÃO Nº 23.610/2019 (PROPAGANDA ELEITORAL) SOBRE O EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA

O poder de polícia foi tratado, nos atos normativos regulamentares das eleições (agora com caráter permanente), principalmente na Resolução TSE n. 23.610/2019¹⁶:

Art. 6º A propaganda exercida nos termos da legislação eleitoral não poderá ser objeto de multa nem cerceada sob alegação do exercício do poder de polícia ou de violação de postura municipal, casos em que se deve proceder na forma prevista no art. 40 da Lei nº 9.504/1997 (Lei nº 9.504/1997, art. 41, caput).

§ 1º O poder de polícia sobre a propaganda eleitoral será exercido por juízes eleitorais e juízes designados pelos tribunais regionais eleitorais, nos termos do art. 41, § 1º, da Lei nº 9.504/1997, observado ainda, quanto à internet, o disposto no art. 8º desta Resolução.

§ 2º O poder de polícia se restringe às providências necessárias para inibir práticas ilegais, vedada a censura prévia sobre o teor dos programas e das matérias jornalísticas a serem exibidos na televisão, na rádio, na internet e na imprensa escrita (Lei nº 9.504/1997, art. 41, § 2º).

§ 3º No caso de condutas sujeitas a penalidades, o juiz eleitoral delas cientificará o Ministério Público, para os fins previstos nesta Resolução.

A atuação da Justiça Eleitoral na fiscalização dos atos de propaganda eleitoral, tal como informados no Código Eleitoral, na Lei n. 9.504/97 e na Resolução TSE n. 23.610/2019, baliza-se pela preservação das condutas em conformidade com as regras estabelecidas e pela inibição daquelas realizadas em desacordo com os padrões legais. Tal desiderato encontra fundamento na doutrina de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que explica a moldura teórica do poder de polícia:

De todo modo, entretanto, descaberia falar em limitação a direitos, pois os atos restritivos, legais ou administrativos, nada mais significam senão a formulação jurídica do âmbito do Direito. Exatamente por isso, é ilegal a ação da Administração que, a pretexto de exercer o poder de polícia, se interna na esfera juridicamente protegida da liberdade e da propriedade. Eis por que, se não há tumulto, descabe dissolver comício sob tal fundamento [...]

Portanto, as limitações ao exercício da liberdade e da propriedade correspondem à configuração de sua área de manifestação legítima, isto é, da esfera jurídica da liberdade e da propriedade tuteladas pelo sistema. É precisamente esta a razão pela qual as chamadas limitações administrativas à propriedade não são indenizáveis. Posto que através de tais medidas de polícia não há interferência onerosa a um direito, mas tão só a definição que giza suas fronteiras, inexistente o gravame que abriria ensanchas a uma obrigação pública de reparar.¹⁷

Portanto, ao atuar, por exemplo, no sentido de evitar, inibir, determinar a retirada ou fazer cessar determinada conduta, em sede de poder de polícia, o Juiz Eleitoral não estará tolhendo direitos individuais ou coletivos, mas sim estabelecendo, para a situação concreta, qual a conformação juridicamente permitida pela legislação eleitoral para o

16 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 23.610, de 18 de dezembro de 2019. Dispõe sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-610-de-18-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 29 jan. 2020.

17 *Op. cit.*, pp. 871-872.

exercício daquela liberdade pública quando revestida de manifestação de propaganda eleitoral.

O *caput* do art. 7º trouxe o disciplinamento geral da fiscalização relativa à rede mundial de computadores, salientando que, a legislação eleitoral, em leitura conjunta com o Marco Civil da Internet, permitem apenas a fiscalização das formas empregadas para a propaganda eleitoral, não podendo adentrar no mérito dos conteúdos postados:

Art. 7º O juízo eleitoral com atribuições fixadas na forma do art. 8º desta Resolução somente poderá determinar a imediata retirada de conteúdo na internet que, em sua forma ou meio de veiculação, esteja em desacordo com o disposto nesta Resolução.

§ 1º Caso a irregularidade constatada na internet se refira ao teor da propaganda, não será admitido o exercício do poder de polícia, nos termos do art. 19 da Lei nº 12.965/2014;

§ 2º Na hipótese prevista no § 1º deste artigo, eventual notícia de irregularidade deverá ser encaminhada ao Ministério Público Eleitoral.

É muito importante destacar o teor trazido pelos §§ 1º e 2º do art. 7º: somente através de ordem judicial, ou seja, de decisão interlocutória ou final em sede de representação (RP), conforme fixado no art. 19 da Lei n. 12.965/2015 (Marco Civil da Internet)¹⁸, poderá ocorrer a determinação de remoção de conteúdo postado na internet. Desse modo, caso haja a notícia da irregularidade em sede de poder de polícia (classe processual processo administrativo – PA), tal expediente deve ser encaminhado ao Ministério Público Eleitoral, a fim de que, em sendo caracterizada a ilegalidade, o órgão ministerial tenha a iniciativa de propor a ação judicial com o pedido de remoção correspondente.

O art. 8º traz disposições específicas para o exercício do poder de polícia pelas unidades jurisdicionais no âmbito das respectivas eleições (municipais ou gerais), conforme o caso, em razão de, como já mencionado, a Resolução TSE n. 23.610/2019 possuir aplicação genérica aos pleitos vindouros:

Art. 8º Para assegurar a unidade e a isonomia no exercício do poder de polícia na internet, este deverá ser exercido:

I - nas eleições gerais, por um ou mais juízes designado(s) pelo tribunal eleitoral competente para o exame do registro do candidato alcançado pela propaganda;

II - nas eleições municipais, pelo juiz que exerce a jurisdição eleitoral no município e, naqueles com mais de uma zona eleitoral, pelos juízes eleitorais designados pelos respectivos tribunais regionais eleitorais.

Portanto, há uma fixação bastante estanque em relação à temática: quando se tratar de propaganda eleitoral na internet em eleições gerais, caberá apenas aos Juízes Auxiliares designados pelos Tribunais Regionais Eleitorais e pelo Tribunal Superior Eleitoral o conhecimento de procedimentos relativos ao exercício do poder de polícia. Assim sendo, para as Eleições 2020, nada muda: a fiscalização da adequação dos meios de propaganda utilizados pelos partidos e pelos candidatos na internet segue sendo (e assim continuará) atribuída aos Juízes Eleitorais.

18 Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. § 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material. (BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 21 fev. 2020.)

Já em relação ao poder de polícia em geral, exercido no que tange à propaganda eleitoral “de rua”, fisicamente externada, a resolução reproduz, em seu art. 108, dispositivo da Lei n. 9.504/97:

Art. 108. A comprovação do cumprimento das determinações da Justiça Eleitoral relacionadas a propaganda realizada em desconformidade com o disposto na Lei nº 9.504/1997 poderá ser apresentada no Tribunal Superior Eleitoral, no caso de candidatos a presidente e vice-presidente da República, nas sedes dos respectivos tribunais regionais eleitorais, no caso de candidatos a governador, vice-governador, deputado federal, senador da República, deputados estadual e distrital, e no Juízo Eleitoral, na hipótese de candidatos a prefeito, a vice-prefeito e a vereador (Lei nº 9.504/1997, art. 36, § 5º).
Parágrafo único. A comprovação de que trata o caput poderá ser apresentada diretamente ao juiz eleitoral que determinou a regularização ou a retirada da propaganda eleitoral.

A possibilidade de comprovação do cumprimento das ordens emanadas em sede de poder de polícia junto ao TSE e aos TREs, s.m.j., parece equivocada, em vista mesmo do disposto no parágrafo único: é mais efetivo e adequado que o peticionamento seja realizado diretamente ao Juízo Eleitoral responsável pela fiscalização, sobretudo por se tratar de propaganda em geral (art. 36 da Lei n. 9.504/97; a propaganda na internet é tratada com especialidade a partir do art. 57-A). Desde sempre, os atos relativos ao exercício do poder de polícia são afetos, via de regra, às zonas eleitorais, onde, por consequência, tramitarão os respectivos expedientes autuados.

Veja-se a doutrina de ANTÔNIO HERMES DA ROSA MARQUES:

Desse modo, poderá o magistrado determinar a notificação para que se suspenda ou se retire propaganda irregular, ainda que realizada por candidato a Presidente da República, mesmo que a competência processual seja do Tribunal Superior Eleitoral. Nesse cenário, com a cessação ou supressão da irregularidade, deverá o expediente ser encaminhado à instância competente, TRE ou TSE [...].¹⁹

Cabe ressaltar que, ainda que tudo seja levado a cabo pelo Processo Judicial Eletrônico (PJe), não se vislumbram motivos suficientemente idôneos para que haja a autuação de novo expediente em instância diversa daquela que conduz o procedimento inicialmente instaurado, com a necessidade de remessa (ainda que virtual) dos autos de tribunal para zona eleitoral.

Desse modo, tal faculdade tão somente parece ser plenamente aplicável caso o poder de polícia tenha sido, eventualmente, exercido por membro do TSE ou de TRE em processo administrativo lá autuado. No entanto, daí inverte-se a lógica: nesta hipótese, o que não faria sentido é apresentar a comprovação do cumprimento em juízo de primeira instância.

19 MARQUES, Antônio Hermes da Rosa. Poder de Polícia in **Revista do TRE-RS**. Porto Alegre: TRE-RS, n. 47, julho-dezembro de 2019, p. 214. Note-se, pois, que somente após encerrada a atuação do poder de polícia é que há a remessa dos autos, nas eleições gerais, ao tribunal competente para o julgamento da representação, tal como leciona JOSÉ JAIRO GOMES: “Destarte, nas eleições municipais, a competência para conhecer e julgar as representações em foco é do juiz eleitoral. Nas federais, estaduais e distritais, é do Tribunal Regional Eleitoral. Na presidencial, a competência é do Tribunal Superior Eleitoral. Nos termos do artigo 96, § 2º, da LE, nas “eleições municipais, quando a circunscrição abranger mais de uma Zona Eleitoral, o Tribunal Regional designará um Juiz para apreciar as reclamações ou representações”. Em princípio, o juiz designado já exerce funções eleitorais na circunscrição, ficando incumbido de conhecer e julgar as representações em apreço, bem como exercer o poder de polícia durante o processo eleitoral.” (*Op. cit.*, p. 579.)

4 DAS DISPOSIÇÕES DA RESOLUÇÃO Nº 23.608/2019 (REPRESENTAÇÕES, RECLAMAÇÕES E PEDIDOS DE DIREITO DE RESPOSTA) SOBRE O PODER DE POLÍCIA

Conforme ELOISA HELENA MACHADO, o exercício do poder de polícia pode ser realizado tanto em caráter preventivo, afastando-se a possibilidade concreta de ocorrência de dano, quanto a título repressivo ou sancionador, o qual, segundo ela, contemplaria prevenção específica (a reparação do dano pelo agente infrator) e prevenção geral (a exemplaridade aos demais administrados):

O poder de polícia pode ser exercido de duas maneiras. Pela prevenção, que visa a evitar o dano; ocorre principalmente quando o poder público exerce fiscalização; pode-se adotar medidas de cautela para evitar danos prováveis, como por exemplo o embargo de uma obra; se a administração se equivocar, responderá pelos danos que causou. Pela repressão, que serve para reparar o dano. O objetivo da repressão é a pedagogia: dar exemplo aos demais administrados, por meio da aplicação de uma sanção.²⁰

Entretanto, há de se prestar atenção ao que seria a atuação repressiva da Justiça Eleitoral em sede de poder de polícia, pois a Súmula n. 18 do Tribunal Superior Eleitoral é explícita ao vedar a imposição de penalidade de multa na atuação administrativa:

Súmula n. 18: Conquanto investido de poder de polícia, não tem legitimidade o juiz eleitoral para, de ofício, instaurar procedimento com a finalidade de impor multa pela veiculação de propaganda eleitoral em desacordo com a Lei nº 9.504/97.²¹

Destarte, a fim de que se possa considerar o exercício da fiscalização pelo Juiz Eleitoral como dotado de caráter repressivo, é mister adotar o conceito trazido por ANTÔNIO HERMES DA ROSA MARQUES, que afirma:

Assim, pode-se dizer que o poder de polícia tem caráter preventivo, quando visa ao impedimento da veiculação de propaganda, e repressivo, quando comporta a determinação de cessação e retirada de propagandas ilegais ou abstenção de condutas que possam atentar contra o equilíbrio e o perfeito andamento do processo eleitoral.²²

Reforça tal entendimento a sinalização do Tribunal Superior Eleitoral, através das disposições da Resolução TSE n. 23.608/2019, de que, em matéria eleitoral, o viés repressivo do poder de polícia não comporta a fixação de sancionamentos tipicamente jurisdicionais:

Art. 54. A competência para o processamento e julgamento das representações previstas no Capítulo II não exclui o poder de polícia sobre a propaganda eleitoral e as enquetes, que será exercido pelos juízes eleitorais, pelos membros dos tribunais eleitorais e pelos juízes auxiliares designados.

§ 1º O poder de polícia sobre a propaganda eleitoral é restrito às providências necessárias para inibir ou fazer cessar práticas ilegais, vedada a censura prévia sobre o teor dos programas e das matérias

20 *Op. cit.*, p. 330.

21 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Súmula n. 18. Conquanto investido de poder de polícia, não tem legitimidade o juiz eleitoral para, de ofício, instaurar procedimento com a finalidade de impor multa pela veiculação de propaganda eleitoral em desacordo com a Lei n. 9.504/1997. Disponível em: www.tse.jus.br. Acesso em: 28 jan. 2020.

22 *Op. cit.*, pp. 209-210.

jornalísticas ou de caráter meramente informativo a serem exibidos na televisão, na rádio, na internet e na imprensa escrita.

§ 2º No exercício do poder de polícia, é vedado ao magistrado aplicar sanções pecuniárias, instaurar de ofício a representação por propaganda irregular ou adotar medidas coercitivas tipicamente jurisdicionais, como a imposição de astreintes (Súmula nº 18/TSE).
(grifou-se)

§ 3º O mandado de segurança é a via jurisdicional cabível contra atos comissivos e omissivos praticados pelo juiz eleitoral no exercício do poder de polícia.²³ (grifou-se)

O inédito conteúdo dos §§ 2º e 3º do art. 54, cujo intuito é, claramente, salientar, sem meias palavras, a separação entre as atividades administrativa (fiscalização e controle das condutas ao longo da propaganda eleitoral) e jurisdicional (sancionamento através de multas e coerção através de astreintes), acabou por abalar sólidos posicionamentos doutrinários, os quais percebiam a possibilidade de fixação de multa diária por descumprimento de ordens emanadas em sede de poder de polícia.²⁴

No entanto, cumpre destacar que tal supressão vige apenas no exercício de poder de polícia, permanecendo a imposição de multa reservada à decisão que julga representação por propaganda eleitoral irregular, conforme se extrai da já mencionada Súmula n. 18 do Tribunal Superior Eleitoral. Veja-se:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROPAGANDA ELEITORAL. EXERCÍCIO DE PODER DE POLÍCIA. APLICAÇÃO DE MULTA DE OFÍCIO E SEM PRÉVIO AJUIZAMENTO DE REPRESENTAÇÃO. INVIABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Nos termos da Súmula 18 do TSE, é vedado ao juiz eleitoral, no exercício do poder de polícia, de ofício, instaurar procedimento com a finalidade de impor multa pela veiculação de propaganda eleitoral em desacordo com a Lei 9.504/97.
2. Recurso provido e segurança concedida.²⁵

Dessa forma, somente quando o Juiz Eleitoral estiver em sua atividade jurisdicional, exercendo sua competência no julgamento de representação, é que lhe será

23 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 23.608, de 18 de dezembro de 2019. Dispõe sobre representações, reclamações e pedidos de direito de resposta previstos na Lei nº 9.504/1997 para as eleições. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-608-de-18-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 29 jan. 2020.

24 Por exemplo, FREDERICO FRANCO ALVIM: “Do teor do verbete, porém, não se extrai óbice a que o Judiciário Eleitoral, nesse atuar, fixe sanção pecuniária como instrumento inibitório, com desiderato específico de prevenção ou suspensão de ilícitos eleitorais. Dito de outra forma, refere-se a Súmula 18 à proibição de imposição de multa sancionatória, deixando aberto espaço para que se estipule sanção pecuniária como mecanismo inibitório, meio idôneo à resguarda ou tutela específica do ordenamento eleitoral [...]” (ALVIM, Frederico Franco. **Curso de Direito Eleitoral**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 342.) Em idêntico sentido, ANTÔNIO HERMES DA ROSA MARQUES: “De uma leitura apressada do enunciado, ter-se-á que o magistrado eleitoral não poderá aplicar multa decorrente dessa atuação. Tal entendimento, porém, não se mostra adequado, na medida em que ao juiz eleitoral é vedada tão somente a instauração de procedimento que vise à imposição de multa como decorrência do ilícito, cuja sanção é abstratamente prevista na legislação. Contudo, não há óbice em relação à aplicação de multa pelo descumprimento da ordem de cessação ou retirada da propaganda irregular, após a devida notificação.” (Op. cit., p. 211.)

25 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso em Mandado de Segurança n. 48696. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROPAGANDA ELEITORAL. EXERCÍCIO DE PODER DE POLÍCIA. APLICAÇÃO DE MULTA DE OFÍCIO E SEM PRÉVIO AJUIZAMENTO DE REPRESENTAÇÃO. INVIABILIDADE. Tribunal Pleno. Relatora Ministra Nancy Andrighi. **Diário de Justiça Eletrônico**, t. 205, 23 out. 2012, p. 5. Disponível em: www.tse.jus.br. Acesso em: 28 jan. 2020.

possível aplicar penalidade pecuniária ao responsável por uma irregularidade na propaganda eleitoral. Conforme ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, “Todos os juízes exercem jurisdição, mas a exercem numa certa medida, dentro de certos limites. São, pois, ‘competentes’ somente para processar e julgar determinadas causas. A ‘competência’, assim, ‘é a medida da jurisdição’, ou, ainda, é a jurisdição na medida em que pode e deve ser exercida pelo juiz.”²⁶

O novel § 2º do art. 54 enseja também um alerta sobre a impossibilidade de realização de busca e apreensão em sede de poder de polícia. O próprio TSE, no julgamento do Recurso Especial Eleitoral n. 477-38, realizado em novembro de 2019 e com acórdão ainda pendente de publicação, afirmou, conforme seu informativo, que “o exercício do poder de polícia, nos termos do art. 41, §§ 1º e 2º da Lei nº 9.504/1997, não autoriza a realização de busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial.”²⁷

Outrossim, sobre o tema, deve ser salientado que, desde a vigência da Lei n. 13.869/20192, existe uma nova questão a ser sopesada, sobre a qual ainda não existem pronunciamentos judiciais: a eventual restrição à realização de atos de busca e apreensão no exercício do poder de polícia, em vista de possível cometimento de delito de abuso de autoridade. Veja-se:

Art. 22. Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena, na forma prevista no caput deste artigo, quem:

I - coage alguém, mediante violência ou grave ameaça, a franquear-lhe o acesso a imóvel ou suas dependências;

II – (VETADO);

III - cumpre mandado de busca e apreensão domiciliar após as 21h (vinte e uma horas) ou antes das 5h (cinco horas).

§ 2º Não haverá crime se o ingresso for para prestar socorro, ou quando houver fundados indícios que indiquem a necessidade do ingresso em razão de situação de flagrante delito ou de desastre.

Art. 25. Proceder à obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

26 *Op. cit.*, p. 55.

27 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Informativo TSE n. 14, Ano XXI. Disponível em: http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/informativo-tse-1/arquivos/informativo/informativo-tse-no-14-ano-xxi/rybena_pdf?file=http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/informativo-tse-1/arquivos/informativo/informativo-tse-no-14-ano-xxi/at_download/file. Acesso em: 18 mar. 2020. Nele, o julgado é assim descrito: “No caso, a condenação por abuso de poder econômico balizou-se, dentre outras provas, em documentos colhidos em medida de busca e apreensão de vales-combustível, realizada pessoalmente e por iniciativa própria do juiz eleitoral, sem a existência de processo ou de investigação prévia, fundamentada nos arts. 41, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.504/1997 e 241 do Código de Processo Penal (CPP). O Ministro Edson Fachin, relator, inicialmente esclareceu que o poder de polícia eleitoral, previsto no art. 41, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.504/1997, compreende a prática de atos preventivos ou inibitórios de irregularidades no âmbito da propaganda eleitoral. Assim, nos termos do seu voto, o poder de polícia não autoriza a realização direta de medida de busca e apreensão domiciliar pelo magistrado fora das hipóteses constitucionais. Nesse ponto, acrescentou que as ações que busquem aplicar sanções ou se distanciem do escopo preventivo possuem caráter jurisdicional e devem obedecer ao devido processo legal. Afirmou, ainda, que a autorização contida no art. 241 do CPP deve ser reinterpretada à luz do modelo processual constitucional vigente, fundado na paridade de armas, na igualdade das partes, no princípio da ampla defesa e na separação entre as funções de acusador e de julgador.”

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem faz uso de prova, em desfavor do investigado ou fiscalizado, com prévio conhecimento de sua ilicitude.

Portanto, em vista do posicionamento externado pela Corte Superior, tanto pela sua função legislativa (resolução), quanto pela sua função jurisdicional (julgamento em recurso especial eleitoral), há de se ter substancial zelo sobre este tópico específico.

Em relação ao § 3º do art. 54, a jurisprudência dos tribunais eleitorais já era, antes da Resolução TSE n. 23.608/2019, consolidada no sentido de que, se a atuação do Juiz Eleitoral não estiver revestida da função jurisdicional, suas decisões não são recorríveis por meio de agravo de instrumento ou de recurso eleitoral. Assim, tal como já pacificado no meio administrativista, a via para essa impugnação é o mandado de segurança:

ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO NOS PRÓPRIOS AUTOS. EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. NATUREZA ADMINISTRATIVA. INOVAÇÃO DE TESES. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE. DESPROVIMENTO.

1. A decisão proferida pelo juízo eleitoral que, no exercício do poder de polícia, verificou a utilização de veículo da prefeitura municipal para transporte de material de propaganda eleitoral e determinou, ao final do procedimento administrativo, o oferecimento de vista dos autos ao Ministério Público Eleitoral para providências cabíveis, possui índole administrativa e não caráter judicial, razão pela qual não desafia recursos de natureza jurisdicional.
2. É incabível a inovação de teses na via do agravo regimental.
3. Não há afronta ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal quando o julgado declina de forma clara os fundamentos suficientes a embasá-lo.
4. Agravo regimental desprovido.²⁸

RECURSO. PROPAGANDA ELEITORAL. DEPUTADA FEDERAL. PODER DE POLÍCIA. DENÚNCIA RECEBIDA PELO APLICATIVO PARDAL. DETERMINADA SUSPENSÃO DA PROPAGANDA. DECISÃO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIDO.

1. As decisões, no âmbito do poder de polícia conferido aos juízes eleitorais, são de natureza administrativa, não possuindo caráter jurisdicional.
2. A via adequada para impugnar decisões de natureza administrativa é o mandado de segurança.
3. Inadequação da via eleita. Não conhecimento.²⁹

Por fim, tem-se, no art. 55 do ato normativo regulamentar, o expresse dever dos serviços e dos servidores públicos (em sentido amplo), bem como de qualquer do povo, de comunicar quaisquer ilegalidades ou irregularidades, inclusive acerca da propaganda eleitoral, ao Ministério Público Eleitoral:

28 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo de Instrumento n. 27660. ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO NOS PRÓPRIOS AUTOS. EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. NATUREZA ADMINISTRATIVA. Tribunal Pleno. Relatora Ministra Laurita Vaz. **Diário de Justiça Eletrônico**, t. 38, 24 fev. 2014, p. 32. Disponível em: www.tse.jus.br. Acesso em: 28 jan. 2020.

29 BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul. Recurso Eleitoral n. 3546. RECURSO. PROPAGANDA ELEITORAL. DEPUTADA FEDERAL. PODER DE POLÍCIA. Tribunal Pleno. Relator Silvio Ronaldo Santos de Moraes. **Diário de Justiça Eletrônico do TRE-RS**, t. 208, 16 nov. 2018, p. 9. Disponível em: www.tre-rs.jus.br. Acesso em: 28 jan. 2020.

Art. 55. Os órgãos da administração e seus funcionários, os agentes públicos, sem exclusão dos que atuam em área de segurança, e qualquer outra pessoa que tiver ciência da prática de ilegalidade ou irregularidade relacionada com a eleição deverão comunicar o fato ao Ministério Público Eleitoral, podendo indicar a adoção das medidas que entenderem cabíveis.

Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo não impede que o juiz eleitoral, antes de comunicar o fato ao Ministério Público Eleitoral, adote as medidas administrativas necessárias para fazer cessar a irregularidade, se esta se tratar de propaganda irregular.

Sobre o tema, a orientação inequívoca é exatamente aquela contida no *caput*: apesar de o Juízo Eleitoral ser dotado de poder de polícia, o Ministério Público Eleitoral é a via mais adequada para o recebimento de notícias de ilícitos eleitorais, podendo dispensar a via administrativa junto ao Juízo Eleitoral e ajuizar, diretamente, a ação eleitoral cabível.³⁰

Em relação ao art. 55, parágrafo único, é válida a percuciente observação de JOSÉ JAIRO GOMES sobre o princípio da demanda (ou dispositivo):

Por esse princípio, a atuação da jurisdição – e a conseqüente movimentação da máquina judiciária – só se dá em virtude da iniciativa das partes (CPC, art. 2º) – ne procedat judex ex officio, reza o conhecido brocardo. Destarte, no âmbito jurisdicional, é vedada ao juiz eleitoral a iniciativa do processo.

A atuação ex officio do órgão da Justiça Eleitoral só encontra fundamento nos domínios do poder de polícia. O princípio em apreço certamente será ferido se o juiz, por ato próprio, desfechar ação eleitoral. Mas, dadas as múltiplas funções atribuídas à Justiça Eleitoral, há situações em que o mesmo evento enseja providências nas searas administrativa e jurisdicional. É o caso, e. g., da propaganda eleitoral irregular, em que o juiz (no âmbito do poder de polícia) poderá, sem ser provocado, determinar sua cessação, mas não está autorizado a instaurar de ofício o processo tendente à imposição de outras sanções, como multa, nos termos do artigo 37, § 1º, da Lei das Eleições.

Portanto, caso ocorra situação semelhante, em que o Juiz Eleitoral seja instado a atuar, no mesmo caso, administrativa e jurisdicionalmente, deve haver todo o zelo para que não haja confusão entre as suas esferas de atuação.

5 DAS DISPOSIÇÕES DA RESOLUÇÃO Nº 23.600/2019 (PESQUISAS ELEITORAIS) SOBRE O PODER DE POLÍCIA

A Resolução TSE n. 23.600/2019 contém disposição muito semelhante àquela prevista pelo § 2º do art. 54 da Resolução TSE n. 23.608/2019, já citada:

Art. 23. É vedada, a partir da data prevista no caput do art. 36 da Lei nº 9.504/1997, a realização de enquetes relacionadas ao processo eleitoral.

30 As notícias de irregularidades, também chamadas “denúncias”, podem ser realizadas, principalmente, pelos seguintes meios, na circunscrição eleitoral do Rio Grande do Sul: junto ao Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MP-RS), pelo link <https://www.mprs.mp.br/atendimento/denuncia/>; junto à Procuradoria Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul (PRE-RS), pelo link <http://www.mpf.mp.br/prers/denuncie>; pelas plataformas do Sistema Pardo (TSE), pelo link <https://pardal.tse.jus.br/pardal-web/> ou pelos aplicativos para iOS (<https://apps.apple.com/br/app/pardal/id1138128680>) e para Android (<https://play.google.com/store/apps/details?id=br.jus.trees.pardalmobile>).

[...]

§ 3º O poder de polícia não autoriza a aplicação de ofício, pelo juiz eleitoral, de multa processual ou daquela prevista como sanção a ser aplicada em representação própria (Súmula-TSE n. 18).³¹

Veja-se que houve o cuidado do Relator das resoluções paras as Eleições 2020, Ministro Luís Roberto Barroso, em destacar, também em relação às enquetes em período vedado pela legislação, a ressalva que expressa a separação entre os âmbitos administrativo e jurisdicional do *munus* eleitoral: desborda do exercício do poder de polícia a aplicação de multas processuais ou de sanções pecuniárias, as quais somente estão previstas, respectivamente, no Código de Processo Civil e na Lei n. 9.504/97, para os processos de representação eleitoral.

Por isso, JOSÉ JAIRO GOMES indica as providências a serem tomadas pelo magistrado enquanto atua como autoridade fiscalizadora:

Além disso, pode ser determinada a cessação da realização da enquete, providência essa situada no âmbito do poder de polícia do juiz eleitoral. Nesse caso, o descumprimento da ordem judicial (que deve ser específica e dirigida a pessoa determinada) pode significar a realização do tipo penal do artigo 347 do Código Eleitoral, que prevê o crime de desobediência.³²

Desse modo, é dever da autoridade administrativa (Juiz Eleitoral), bem como do serviço administrativo que lhe é correlato (Cartório Eleitoral), primar pela esmerada descrição do fato a ser inibido ou cessado e pela correta e precisa identificação da pessoa que deve dar cumprimento à ordem exarada em sede de poder de polícia, a fim de que seja possível a sua responsabilização penal, caso o comando do Juiz Eleitoral seja desrespeitado. Se houver falha na elaboração do documento (via de regra, denominado mandado), é possível que o processo administrativo (PA) reste inócuo, sem a interrupção da conduta ilegal ou irregular e sem qualquer consequência ao agente infrator da ordem fiscalizatória emanada pelo Juiz Eleitoral.

6 O PODER DE POLÍCIA E O CRIME DE DESOBEDIÊNCIA ELEITORAL (ART. 347 DO CÓDIGO ELEITORAL)

Dado o entendimento do TSE, manifestado em resolução com caráter definitivo, isto é, cuja normatividade alcançará as sucessivas eleições que ocorrerão daqui para frente, a imposição de astreintes e de outras medidas tipicamente jurisdicionais estão fora da alçada do poder de polícia dos Juízes Eleitorais, não sendo, portanto, aplicáveis aos procedimentos administrativos instaurados. Desse modo, o art. 347 do Código Eleitoral adquire grande importância para garantir a efetivação das ordens para cessação de condutas indevidas em meio ao processo eleitoral.

No entanto, é muito importante destacar: tal como delineado no tópico anterior, é a ordem direta e individualizada, manifestada em decisão exarada nos autos de processo administrativo (PA) e, via de regra, pormenorizada em mandado, aquela apta a, uma vez descumprida, caracterizar o tipo penal de desobediência eleitoral.

Por isso, a jurisprudência afirma não ser possível que portarias dos Juízes Eleitorais venham a fixar, abstratamente, a cominação de pena por crime de desobediência eleitoral (art. 347 do Código Eleitoral) ou, ainda, que importem

31 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 23.600, de 12 de dezembro de 2019. Dispõe sobre pesquisas eleitorais. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-600-de-12-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 29 jan. 2020.

32 *Op. cit.*, p. 489.

inovações no ordenamento jurídico-eleitoral, conforme sedimentado posicionamento dos tribunais eleitorais:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXPEDIÇÃO DE PORTARIA. JUIZ ELEITORAL. PENA. COMINAÇÃO. DESOBEDIÊNCIA. PROPAGANDA ELEITORAL IRREGULAR. PODER DE POLÍCIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

1. Aos juízes eleitorais, nos termos do artigo 41, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.504/97, compete exercer o poder de polícia sobre a propaganda eleitoral, não lhes assiste, porém, legitimidade para instaurar portaria que comina pena por desobediência a essa Lei.
2. Recurso a que se dá provimento.³³

MANDADO DE SEGURANÇA. ELEIÇÕES 2016. PODER DE POLÍCIA. PROPAGANDA ELEITORAL. EXPEDIÇÃO DE PORTARIA. PROIBIÇÕES NÃO PREVISTAS EM LEI. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. O poder de polícia deve se restringir às providências necessárias para inibir práticas ilegais, vedada a censura prévia.
2. Não cabe ao Juízo Eleitoral incluir, por meio de portaria, proibições incidentes sobre o direito de propaganda eleitoral não contempladas pela legislação.
3. Mandado de segurança concedido.³⁴

RECURSO - PROPAGANDA ELEITORAL - PODER DE POLÍCIA - JUIZ ELEITORAL - EXPEDIÇÃO DE PORTARIA - LIMITES À PROPAGANDA ELEITORAL NÃO PREVISTOS EM LEI - COMINAÇÃO DE PENA PECUNIÁRIA POR DESCUMPRIMENTO - IMPOSSIBILIDADE - PROVIMENTO.

Compete aos juízes eleitorais, nos termos do artigo 41, §§ 1º e 2º, da Lei n.º 9.504/97, exercer o poder de polícia sobre a propaganda eleitoral. A instauração de portaria que iguala carros de som ou paredes de som a trios elétricos extrapola a mera regulamentação da legislação sobre a matéria, impondo limites à realização de propaganda não previstos na lei eleitoral, aumentando o leque de vedação por ela estabelecido, ainda que com o objetivo de facilitar a fiscalização, dispensando o juízo do controle, caso a caso, da existência ou não de abuso. Configura também inovação legislativa, vedada ao juízo eleitoral, a previsão de sanção pecuniária para o caso de descumprimento das normas da portaria por ele instaurada.³⁵

33 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso em Mandado de Segurança n. 154104. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXPEDIÇÃO DE PORTARIA. JUIZ ELEITORAL. PENA. COMINAÇÃO. DESOBEDIÊNCIA. PROPAGANDA ELEITORAL IRREGULAR. PODER DE POLÍCIA. IMPOSSIBILIDADE. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilson Dipp. **Diário de Justiça Eletrônico**, t. 89, 14 maio 2012, p. 80. Disponível em: www.tse.jus.br. Acesso em: 28 jan. 2020.

34 BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Pará. Mandado de Segurança n. 16847. Tribunal Pleno. Relator Carlos Jehá Kayath. **Diário da Justiça Eletrônico**, t. 177, 28 set. 2016, p. 3. Disponível em: www.tre-pa.jus.br. Acesso em: 28 jan. 2020.

35 BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte. Recurso Eleitoral n. 15062. RECURSO - PROPAGANDA ELEITORAL - PODER DE POLÍCIA - JUIZ ELEITORAL - EXPEDIÇÃO DE PORTARIA - LIMITES À PROPAGANDA ELEITORAL NÃO PREVISTOS EM LEI - COMINAÇÃO DE PENA PECUNIÁRIA POR DESCUMPRIMENTO - IMPOSSIBILIDADE. Tribunal Pleno. Relator Alceu José Cicco. **Diário de Justiça Eletrônico**, 19 dez. 2016, pp. 03-04. Disponível em: www.tre-rn.jus.br. Acesso em: 28 jan. 2020.

Desse modo, há de se ter parcimônia em relação à questão da expedição de portarias, observando os limites determinados pelos tribunais, evitando-se possíveis questões atinentes, inclusive, ao art. 30 da Lei n. 13.869/2019 (Lei do Abuso de Autoridade)³⁶.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final do presente estudo, ainda poderão restar diversas possíveis dúvidas sobre o instituto do poder de polícia na seara eleitoral. Contudo, entre essas, um questionamento relevante que poderia restar seria: se ao Juiz Eleitoral não é dado se utilizar do principal meio de coerção disponibilizado ao Poder Judiciário para determinar obrigações de não fazer (as astreintes), de que adianta sua atuação puramente administrativa?

Sintética e abreviadamente, a resposta pode ser encontrada no magistério de FREDERICO FRANCO ALVIM:

No âmbito eleitoral, o poder de polícia constitui ferramenta jurídica de ampla aplicação, sobretudo no que diz respeito à propaganda eleitoral, em que muitas vezes, em defesa da normalidade das eleições, a retirada de expediente irregular urge, não se podendo aguardar a burocracia do trâmite processual, ou mesmo a provocação de parte interessada, que aqui se dispensa pelo fato que a atividade administrativa, ao revés da jurisdicional, não se submete ao princípio da inércia.

[...] A titularidade do poder de polícia, então, é conferida aos juízes eleitorais, bem como aos juízes designados pelos Tribunais Regionais Eleitorais, no caso de eleições gerais (os chamados juízes auxiliares), ou, também, de eleições municipais nas cidades que detenham mais de uma zona eleitoral.³⁷

É necessário enfatizar que, para autores como FRANCISCO DIRCEU BARROS, o poder de polícia compete também ao Ministério Público Eleitoral, ou seja, o Promotor de Justiça Eleitoral estaria igualmente embasado a expedir notificações e, em caso de inércia do candidato beneficiário e/ou partido político e/ou coligação, ajuizar a representação eleitoral para o sancionamento pecuniário do responsável pela propaganda irregular. Vejam-se suas lições:

Conclusão 1: considera-se poder de polícia, no Direito Eleitoral, atividade desenvolvida por prevenção pelo juiz eleitoral ou promotor de justiça eleitoral disciplinando direito, interesse ou liberdade, regulando a prática de abstenção de fato, em razão de interesse público determinado em uma norma.

Conclusão 2: no Direito Eleitoral, poder de polícia pode ser exercido pelo juiz eleitoral e pelo promotor de justiça eleitoral.

Conclusão 3: o poder de polícia no Direito Eleitoral só tem uma característica, qual seja, a coercibilidade e, no caso da propaganda irregular, após a prévia notificação cientificando o beneficiário, o candidato, o partido político, a coligação ou o Ministério Público Eleitoral devem propor a representação a que alude o art. 96 da Lei no 9.504/1997, como objetivo de aplicar as sanções legais.³⁸

36 Art. 30. Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

37 *Op. cit.*, p. 340.

38 *Op. cit.* Grifos no original.

Desse modo, é perceptível que a maior das virtudes do poder de polícia aplicado ao Direito Eleitoral é a agilidade da resposta institucional às ilegalidades e às irregularidades detectadas ao longo do período eleitoral. No entanto, a virtude da celeridade sofre o contrapeso da impossibilidade da utilização dos mecanismos judiciais de controle destas condutas. Portanto, para uma maior efetividade do exercício do poder de polícia pela Justiça Eleitoral, uma vez entendidas as restrições legais em sede de atuação administrativa, adquire vital importância o cumprimento das formalidades documentais (eskorreita descrição do fato a ser inibido ou cessado e correta e precisa identificação da pessoa que deve dar cumprimento à ordem exarada), a fim de que o art. 347 do Código Eleitoral³⁹ possa, caso necessário, servir como salvaguarda à autoridade administrativa do magistrado investido na função eleitoral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Frederico Franco. **Curso de Direito Eleitoral**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.
- BARROS, Francisco Dirceu. O poder de polícia no direito eleitoral. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 19, n. 4075, 28 ago. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/30629>. Acesso em: 29 jan. 2020.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jan. 2020.
- BRASIL. Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm. Acesso em: 18 fev. 2020.
- BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm. Acesso em: 27 jan. 2020.
- BRASIL. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em: 18 fev. 2020.
- BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 21 fev. 2020.
- BRASIL. Lei n. 13.869, de 05 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 16 mar. 2020.
- BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Pará. Mandado de Segurança n. 16847. Tribunal Pleno. Relator Carlos Jehá Kayath. **Diário da Justiça Eletrônico**, t. 177, 28 set. 2016, p. 3. Disponível em: www.tre-pa.jus.br. Acesso em: 28 jan. 2020.
- BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte. Recurso Eleitoral n. 15062. RECURSO - PROPAGANDA ELEITORAL - PODER DE POLÍCIA - JUIZ ELEITORAL - EXPEDIÇÃO DE PORTARIA - LIMITES À PROPAGANDA ELEITORAL NÃO PREVISTOS EM LEI - COMINAÇÃO DE PENA PECUNIÁRIA

39 Art. 347. Recusar alguém cumprimento ou obediência a diligências, ordens ou instruções da Justiça Eleitoral ou opor embaraços à sua execução:

Pena - detenção de três meses a um ano e pagamento de 10 a 20 dias-multa.

POR DESCUMPRIMENTO – IMPOSSIBILIDADE. Relator Alceu José Cicco. **Diário de Justiça Eletrônico**, 19 dez. 2016, pp. 03-04. Disponível em: www.tre-rn.jus.br. Acesso em: 28 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul. Recurso Eleitoral n. 3546. RECURSO. PROPAGANDA ELEITORAL. DEPUTADA FEDERAL. PODER DE POLÍCIA. Tribunal Pleno. Relator Silvio Ronaldo Santos de Moraes. **Diário de Justiça Eletrônico do TRE-RS**, t. 208, 16 nov. 2018, p. 9. Disponível em: www.tre-rs.jus.br. Acesso em: 28 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo de Instrumento n. 27660. ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO NOS PRÓPRIOS AUTOS. EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. NATUREZA ADMINISTRATIVA. Tribunal Pleno. Relatora Ministra Laurita Vaz. **Diário de Justiça Eletrônico**, t. 38, 24 fev. 2014, p. 32. Disponível em: www.tse.jus.br. Acesso em: 28 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Informativo TSE n. 14, Ano XXI**. Disponível em: http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/informativo-tse-1/arquivos/informativo/informativo-tse-no-14-ano-xxi/rybena_pdf?file=http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/informativo-tse-1/arquivos/informativo/informativo-tse-no-14-ano-xxi/at_download/file. Acesso em: 18 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso em Mandado de Segurança n. 48696. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROPAGANDA ELEITORAL. EXERCÍCIO DE PODER DE POLÍCIA. APLICAÇÃO DE MULTA DE OFÍCIO E SEM PRÉVIO AJUIZAMENTO DE REPRESENTAÇÃO. INVIABILIDADE. Tribunal Pleno. Relatora Ministra Nancy Andrichi. **Diário de Justiça Eletrônico**, t. 205, 23 out. 2012, p. 5. Disponível em: www.tse.jus.br. Acesso em: 28 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso em Mandado de Segurança n. 154104. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXPEDIÇÃO DE PORTARIA. JUIZ ELEITORAL. PENA. COMINAÇÃO. DESOBEDIÊNCIA. PROPAGANDA ELEITORAL IRREGULAR. PODER DE POLÍCIA. IMPOSSIBILIDADE. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilson Dipp. **Diário de Justiça Eletrônico**, t. 89, 14 maio 2012, p. 80. Disponível em: www.tse.jus.br. Acesso em: 28 jan. 2020

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 23.472, de 17 de março de 2016. Regulamenta o processo de elaboração de instrução para a realização, pelo Tribunal Superior Eleitoral, de eleições ordinárias e dá outras providências. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2016/resolucao-no-23-485-de-1o-de-julho-de-2016>. Acesso em: 29 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 23.600, de 12 de dezembro de 2019. Dispõe sobre pesquisas eleitorais. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-600-de-12-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 29 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 23.608, de 18 de dezembro de 2019. Dispõe sobre representações, reclamações e pedidos de direito de resposta previstos na Lei nº 9.504/1997 para as eleições. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-608-de-18-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 29 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 23.610, de 18 de dezembro de 2019. Dispõe sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-610-de-18-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 29 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Súmula n. 18. Conquanto investido de poder de polícia, não tem legitimidade o juiz eleitoral para, de ofício, instaurar procedimento com

a finalidade de impor multa pela veiculação de propaganda eleitoral em desacordo com a Lei n. 9.504/1997. Disponível em: www.tse.jus.br. Acesso em: 28 jan. 2020.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA, Rafael Antônio. **O poder de polícia do Juiz Eleitoral**. Portal Eleitoral Brasil, 2016. Disponível em: <http://www.eleitoralbrasil.com.br/noticias/o-poder-de-policia-do-juiz-eleitoral>. Acesso em: 30 jan. 2019.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 74.

MACHADO, Eloisa Helena. O poder de polícia na Justiça Eleitoral. *In* **Paraná Eleitoral: revista brasileira de direito eleitoral e ciência política**. Curitiba: TRE-PR, v. 6, n. 3, 2017, pp. 327-343

MARQUES, Antônio Hermes da Rosa. Poder de Polícia *in* **Revista do TRE-RS**. Porto Alegre: TRE-RS, n. 47, julho-dezembro de 2019, pp. 203-225.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ZILIO, Rodrigo López. **Direito eleitoral**. 6. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018.

CULTURALISMO PUNITIVISTA E A NÃO RECEPÇÃO DOS CRIMES ELEITORAIS PELA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA

PUNITIVE CULTURALISM AND THE NO RECEPTION OF ELECTION CRIMES BY THE REPUBLICAN CONSTITUTION

Rafael Tadeu de Salles Cezar¹

RESUMO

Temos hoje, no Brasil, uma vasta produção legislativa de cunho penal. Assevere-se que em todos os ramos do ordenamento jurídico existe, pelo menos, algum ponto correlacionado ao drástico campo legislativo – direito penal. Não sem razão o é também no direito eleitoral. Criado sob os auspícios de um Estado totalitário, o Código Eleitoral perfaz uma verdadeira carta ao malferimento das garantias fundamentais ao limite estatal de punir. Tipos penais criados sem o menor critério de certeza e estrita necessidade acabam por revelar um espírito incentivador da legislação simbólica. Por essa razão e ancorada nessa ideia de que um sistema de justiça penal eficiente parte de tipos penais claros, propomos que, no modelo republicano de 1988, não há espaços para criações despidiendas.

Palavras-chave: cultura, excesso, punição, legislação criminal, Constituição, Código Eleitoral

ABSTRACT

Today, in Brazil, we have a vast legislative production of a criminal nature. It should be noted that in all branches of the legal system, there is at least some point related to the drastic legislative field - criminal law. Not without reason it is also in the electoral law. Created under the auspices of a totalitarian state, the Electoral Code is a true letter to the violation of fundamental guarantees to the state limit of punishment. Criminal types created without the slightest criterion of certainty and strict necessity end up revealing a spirit that encourages symbolic legislation. For this reason and anchored in this idea that an efficient criminal justice system starts from clear criminal types, we propose that, in the 1988 republican model, there are no spaces for despicious creations.

Key words: culture, excesso, punishment, criminal legislation, Constitution, Electoral Code.

INTRODUÇÃO

O tema central deste artigo e sua problematização tem como ponto de partida a definição do seu objeto de estudo, a qual se encontra na exacerbada produção legislativa no âmbito penal, entre eles o eleitoral. São inúmeras leis extravagantes, afora o código penal. Essa vasta produção decorre de um sistema de cultura já enraizado há muito em nosso sistema de contenção da criminalidade. O Código Penal orquestrou-se em meio a um estado totalitário, no qual o que importava era o império da lei, tendo em vista a

¹ Mestrando em Direitos Humanos, pós-graduado em Direito do Consumidor pela Escola Paulista da Magistratura, pós-graduando em Direito Eleitoral e Processo Eleitoral pela Escola Judiciária Eleitoral Paulista.

ampla e acentuada influência da Escola Italiana Positivista, capitaneada no Brasil por doutrinadores de densa envergadura, tais como Nelson Hungria, Roberto Lyra, Basileu Garcia, Costa e Silva, Narcélio de Queiroz, Vieira Braga, entre outros.

Desde o início daquela época - Estado Novo - a base governista era marcada por ideais legalistas, fato ensejador da forte produção cultural penalista. Exemplificar tal apanágio não se torna algo difícil, à vista do que se põe a tratar de matéria penal no próprio Código Penal: crimes contra a organização do trabalho. Tal fato significa que, conquanto tenha sido construído durante um regime totalitário, o Código Penal assume um papel incorporador de uma base punitivista liberal. A catalogação de uma tipificação voltada à proteção da organização do trabalho, inspirada no direito italiano, representa um direito de máxima intervenção na vida social. Tal fato distancia-se do que a moderna doutrina penalista conclama como necessário ao estado democrático, ou seja, o estabelecimento de um direito penal mínimo, de intervenção mínima. Em outras palavras, com a conclamação de um direito penal mais robusto e com menos leis, chega-se ao que hodiernamente a sociedade espera: a eficiência normativa.

Inobstante tal quadro, embasado na ideia de que o sistema deve ser guiado pelo império da lei, advém a Segunda Guerra Mundial e o conhecimento pela humanidade das atrocidades perpetradas pelo nazismo de Hitler e pelo fascismo de Mussolini.

Nesse espaço sombrio da história da humanidade, graves violações aos direitos humanos básicos foram orquestradas nos campos de batalha. Episódios estarrecedores no quadro guerrista perfizeram a imperiosa reformulação nas bases do que se deveria entender por direitos da pessoa humana. Afinal, o *establishment* no estado nazista baseava-se no império da lei, em detrimento de direitos. Toda sociedade na qual se elege a lei como instrumento único de repressão aos desvios de conduta, terá como resultado a proliferação de regras para compor os litígios ali existentes.

1 CULTURA DA CRIMINALIZAÇÃO

Todos nós temos o direito a ter direitos. Essa é a célebre frase de Hannah Arendt. Até mesmo na seara eleitoral temos o direito a ter normas criadas pelo Legislador de forma coerente e necessária, estando aí incluídas as normas de natureza crimino-eleitoral.

Com arrimo nas lições de Celso Lafer, em sua obra "A reconstrução dos direitos humanos - um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt", o autor traz a contextualização da conceituação de Arendt sobre o "direito a ter direitos". Assim dispõe o mestre:

É por essa razão que Hannah Arendt realça, a partir dos problemas jurídicos suscitados pelo totalitarismo, que o primeiro direito humano é o direito a ter direitos. Isto significa pertencer, pelo vínculo da cidadania, a algum tipo de comunidade juridicamente organizada e viver numa estrutura onde se é julgado por ações e opiniões, por obra do princípio da legalidade. (LAFER, 1988, p. 154).

Como se depreende das lições do jurista, parafraseando Arendt, sob o auspício de um Estado totalitário é mais difícil se buscar o mínimo almejado a uma concepção minimamente digna do ser humano. O indivíduo tem como fator intrínseco a sua natureza o direito humano a ter direitos.

Com o Estado brasileiro não foi diferente. Criado sob a égide da ditadura militar - forma de governo totalitária - conhecida como Anos de Chumbo, o Código Eleitoral, Lei 4.737 de 15 de julho de 1965, não se pautou pela máxima consignada por Arendt sobre o "direito a ter direitos".

O Estado é investido de poder, o qual lhe foi dado pela vontade popular. A Constituição traça os limites de cada função estatal: Executiva, Legislativa e a Judicial.

Especificamente em relação ao Poder Legislativo, está ele estritamente conformado pelos limites insertos no artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição Federal. Existe uma corrente doutrinária proveniente do direito alemão que descreve um dever de atuação estatal pautado pela proibição de excesso - *Übermassverbot* - e a obrigação de promover a vedação da proteção deficiente - *Untermassverbot*.

Ambas refletem o que chamamos de proporcionalidade *strictu sensu*, que se destrincha em um tripé: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. No quadro brasileiro, quando o assunto é legislação, sempre há a conspurcação desta determinação constitucional durante o processo de feitura das normas. Talvez aí resida o problema da ineficácia das normas penais no país.

2 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO EFICIENTE E SUA SIGNIFICAÇÃO

A conformação do sistema de justiça penal, hoje, sofre influência direta com o enfrentamento da criminalidade organizada. Pontuar a necessária atualização do direito penal com essas questões de criminalidade, não é tarefa fácil. Nesse sentir, utilizar como instrumento de estudo a análise da política criminal como forma alternativa à solução de problemas desta espécie é fundamental.

Com isso, entendemos existirem outros mecanismos de solução para os percalços atuais, inclusive, os oriundos das campanhas eleitorais, do processo de registro e deferimento de candidaturas, bem como, inclusive, do período extraeleitoral.

A vasta produção legislativa em matéria penal no Brasil surge como um intrincado quadro cultural, o qual tem a falsa necessidade para o enfrentamento de crimes do mundo moderno. Funciona, em verdade, como um paliativo para um câncer maligno. Em outros dizeres, coloca-se como um método de exclusividade para o amálgama criminoso, porquanto não ter nosso Legislativo outra opção, a não ser a criação de tipos e mais tipos penais.

A título de exemplo cite-se a Lei 13.834/2019, que inseriu o artigo 326-A no rol dos crimes eleitorais, com o *nomem iuris* denúncia caluniosa eleitoral. Ora, se já havia a previsão do crime de denúncia caluniosa no próprio Código Penal, no artigo 339, qual seria a *ratio juris* do incremento da legislação eleitoral? Pensamos que nenhuma, data vênua.

Nesse quadro, cabe aos intérpretes do direito rememorar a real significação da categoria *proteção eficiente*. Destarte, existe na doutrina o chamado mandato constitucional de criminalização, entendendo-se esse instituto por uma expressa determinação da Lei Maior para que o legislador infraconstitucional legisle em determinado sentido inserindo na legislação ordinária tipos penais. Essa categorização tem uma especial razão de existir: evitar a erosão da proteção mínima em um Estado em matéria de segurança e pacificação social, haja vista o sentimento de abalo social quando praticadas tais condutas.

O direito penal só pode atuar quando estritamente necessário, aliás, só pode se preocupar quando uma conduta cause efetiva lesão ou exponha a tal perigo um bem juridicamente tutelado pelo ordenamento jurídico, a exemplo do direito à vida, ao patrimônio, à integridade física, entre tantos outros.

O doutrinador e professor Lenio Streck tece considerações acerca do assunto, apresentando reflexões sobre um precedente julgado pela Corte Alemã, nos seguintes termos:

Assim, na Alemanha, há uma distinção entre os dois modos de proteção de direitos: o primeiro – o princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) – funciona como proibição de intervenções; o segundo – o princípio da proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) – funciona como garantia de proteção contra as

omissões do Estado, isto é, será inconstitucional se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção. (STRECK, p. 17, 2003).

Impende observar que, segundo o doutrinador mencionado, a primeira vez que o Tribunal Alemão tentou conceituar *proteção eficiente* assim o fez para o caso de aborto. São suas as seguintes palavras:

A efetiva utilização da Untermassverbot (proibição de proteção deficiente ou insuficiente) na Alemanha deu-se com o julgamento da descriminalização do aborto (BverfGE 88, 203, 1993), com o seguinte teor: "O Estado, para cumprir com o seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que permitam alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos – uma proteção adequada, e como tal, efetiva (Untermassverbot). (...) É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (...). Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis. [...].(STRECK, p. 17, 2003).

Ora, há um dever de atuação para casos pontuais, os quais o constituinte predispostamente determinou. Em caso de aborto, a conclusão é decorrência lógica do sistema de normas penais, posto ser ela considerada um valor cultural fortemente arraigado na sociedade.

A pauta eleitoral, ao revés, não consta de nenhuma imposição do constituinte originário. A despeito disso, pela coerência do sistema constitucional, a rigor, o elenco de normas eleitorais ficara adstrito aos campos do direito administrativo, civil e processual. Não haveria, por essa razão, uma efetiva e premente necessidade de chamar à baila o direito penal no trato de casos eleitorais.

Tentar angariar meios e soluções eficazes para o pernicioso efeito cultural de criação de leis penais desnecessárias é tarefa difícil. Para tanto, a utilização de teorias do direito comparado, bem como alternativas outras que não a inflação do ordenamento jurídico, é pretensão salutar. Há que se ressaltar a teoria do direito simbólico, a qual pode se encrustar em variados campos, inclusive no próprio direito constitucional.

Existe hoje no Brasil a Teoria do Constitucionalismo Simbólico, cujo autor é Marcelo Neves. Para ele existem alguns elementos que se destacam dentro da constitucionalização simbólica: a legislação simbólica, ou legislação-álibi (aqui se encontra o direito penal simbólico), sendo necessário para sua compreensão o próprio entendimento de símbolo que, para o festejado doutrinador, é aquilo que representa tudo e ao mesmo tempo nada, devido à tamanha ambiguidade e acepção da palavra.

O mestre especificou um modelo baseado em um tripé para esquematizar a legislação simbólica, dividindo sua concepção em: confirmação de valores sociais, demonstração da capacidade de ação do Estado e adiamento da solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios. Com escólio nas teorias de Luhmann, o vocábulo “constitucionalização simbólica” descreve a constituição como uma estrutura híbrida do direito e da política.

Assim explica em sua obra:

Em sentido mais abrangente, pode-se dizer que uma quantidade considerável de leis desempenha funções sociais latentes em contradição com sua eficácia normativo-jurídica, ou seja, em oposição

ao seu sentido jurídico manifesto [...] pode-se definir a legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico. (NEVES, p. 30, 2007).

Com arrimo nas precisas orientações do jurista Neves, podemos concluir que a pretensão de servir a legislação criminal como resolução dos problemas eleitorais não passa de artifício pretensioso e, a rigor, despreciando.

A pesquisa que ora se expõe tem como razão de existir a problemática da extensa existência de normas penais no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Sua abordagem analítica perpassa por uma difícil compreensão da sociedade sobre o porquê de tantas leis, bem como a dificuldade encontrada pelo Poder Judiciário na sua aplicação.

Tendo em vista as constantes inovações no campo penal e processual penal, fica condicionada a atuação dos juristas a uma constante e insegura abordagem prática. Se por um lado a renovação busca acalentar os anseios sociais, por outro lado a segurança jurídica fica prejudicada.

O principal motivo deste trabalho é demonstrar que, a partir de uma abordagem conceitual e científica do tema culturalismo punitivista e excessos de normas penais, reste satisfatoriamente demonstrado que o problema não será resolvido com a criação de mais tipos penais ou outras normas penais, ao revés, deve-se pautar o legislador por instrumentos que já existem no sistema de justiça penal e das práticas de boa política criminal, tudo observando a dignidade da pessoa humana.

A busca pela demonstração dos aspectos jurídico-penais em sede internacionalista da proteção dos direitos humanos, bem como a observação de normas de nossa democracia servem como ponto de partida para a conclusão que buscamos estabelecer neste trabalho científico. Como já salientado alhures, apontamentos sobre como enfrentar a criminalidade moderna organizada, sem a inflação legislativa, é a razão de um direito penal contemporâneo. A demonstração de que políticas criminais são as ferramentas essenciais para a deflação normativa em sede penal é o principal enfoque e desafio do legislador hodierno.

3 CÓDIGO ELEITORAL E SUA RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Antes de adentrarmos no foco da recepção ou não do Código Eleitoral, temos que conceituar a expressão “recepção de normas” pela Constituição. Todo ordenamento tem uma escala hierarquizada de normas, na qual a Constituição ocupa o vértice superior, estando as demais normas em posição abaixo daquela.

Segundo Kelsen, toda norma só é válida se retira seu fundamento de validade de uma lei maior. Se a normas são produzidas após o advento de uma nova Constituição, o que temos é o chamado controle de constitucionalidade de normas. Por outro lado, se a norma objeto do controle foi criada antes da Lei Maior, a doutrina denomina este controle de recepção ou não de normas, tendo em vista que no Brasil não se adota a teoria da constitucionalidade superveniente.

Esclarecidas essas questões, incumbe-nos, nesta sede, tecer alguns esclarecimentos.

Estabelecer um sistema de excepcional rigor na repressão dos ilícitos penais relacionados ao sistema eleitoral, não parece ser algo razoável. Com o advento do Código Eleitoral em pleno regime totalitário, por óbvio, a criação de tipos penais no bojo da legislação eleitoral não poderia fugir à regra do modelo anacrônico que vinha e sempre circundou o Brasil.

Com efeito, a problemática do excesso punitivista surte um deletério reflexo, qual seja, o do sentimento de ineficiência normativa. Em outras palavras, no campo penal, quanto mais se tem, menos se usa. Ferramentas inteligentes surgem em meados dos anos setenta, quando o penalista e sociólogo Claus Roxin escreve o que viria a ser intitulada de teoria funcionalista do direito penal.

Por essa construção teríamos que ao direito penal só restaria o cuidado de campos estritamente necessários. Esse drástico campo de atuação do Estado só se legitimaria caso permitisse com sua função promocional do ser humano construir o ápice de todo estado democrático, a salvaguarda da dignidade humana.

Com o rompimento do positivismo estatal e o advento do Neoconstitucionalismo, estabeleceu-se uma religação entre o direito e a moral. As bases principiológicas construídas a partir de teorias da constitucionalização de vários ramos do direito influenciaram sobremaneira a forma de pensar a própria estrutura estatal.

Essa estrutura deve ser do provo, servir a ele e em função dele. Toda essa perspectiva tem o papel de remodelar a forma de ser do direito penal e da sua efetiva função. Surgem aqui inúmeras teorias, entre as quais se destacam as já mencionadas de Roxin, o qual defende a satisfação de um sistema de justiça penal amparado no respeito aos direitos básicos do indivíduo.

O direito eleitoral-penal, na atualidade, nos força a revisitar os tipos penais inseridos no Código Eleitoral. Depois de passada a breve evolução doutrinária sobre os porquês do culturalismo punitivista, um olhar atento para a busca da resposta acerca da recepção ou não dos crimes eleitorais, reflete imediata e indubitavelmente para a pergunta: haveria ou não a necessidade da criação de alguns crimes previsto da legislação eleitoral? Cremos que não!

Destarte, colocar em reflexão a necessária observância ao desejo constituinte de 1988. Assenta-se esse desejo na concretização de um Estado responsável pela obediência aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Não por outra razão, inúmeros princípios foram lançados no rol fundamental do artigo 5º, com a finalidade precisa de se limitar os certos e futuristas inconvenientes por que passaria a vida constitucional brasileira.

O princípio da estrita legalidade e da taxatividade penal, da proibição de retroatividade da lei penal maléfica, da anterioridade da lei penal para criação de tipos penais, bem como da cominação de sanção penal, todos e vários outros, significam um preocupado olhar do constituinte com o drástico ramo penalista.

Com amparo nessas premissas, de certa maneira e em uma dada medida é permitido afirmar que o Código Eleitoral foi recepcionado em partes pela Carta Republicana, com exceção das disposições penais, prevista no Título IV, dos artigos 283 ao 364.

4 CRIMES ELEITORAIS NO CONTEXTO DITATORIAL E O REMODELAMENTO PENAL- ELEITORAL NO QUADRO DEMOCRÁTICO REPUBLICANO

Este estudo foi engendrado com o propósito de se compreender as causas e os motivos acerca da enorme produção normativa em âmbito penal, seus efeitos e complicações estruturais no sistema de eficiência normativa nacional. Entender se a produção dessas inúmeras leis e demais construções em política criminal seriam solução adequada ao avanço no enfrentamento à criminalidade, principalmente a organizada. Saber se e quando são os meios eficazes de se chegar a um nível de segurança desejado do ponto de vista socio-cultural.

É claro que à vista de uma visão ergonômica, institucionalmente falando, tais ações representam remédios sociais robustecedores do sistema de justiça penal, no qual apenas os artistas do projeto e aprovação normativa ganham elevação midiática; em contrapartida, a grande massa - população destinatária da produção legislativa - sofre as agruras de um simbólico sistema normativo, no qual verdadeiros paliativos sequer são colocados em discussão nas casas legislativas e, quando o são, decorrem de motivações momentâneas e calores sociais que requerem uma rápida e suficiente resposta à criminalidade.

Ações como essas são, em alguma medida, um standard para o avanço político maniqueísta, porquanto ocasionam um pernicioso efeito de retrocesso social. Essa prática gera o recrudescimento da ineficiência normativa, uma vez que leis e mais leis são criadas de maneira despicienda ao combate à criminalidade.

5 PRETEXTO LEGISLATIVO COMO REMEDIAÇÃO DOS PERCALÇOS ELEITORAIS

A abordagem teórico-metodológica utilizada pelo legislador, comumente, em matéria penal tem como característica fundamental a premissa da “necessidade”. Um estudo analítico sobre o tema, amparado em amplo leque de fontes documentais (leis esparsas pelo arcabouço normativo-jurídico) e bibliográficas (inúmeras obras doutrinárias de autores nacionais e estrangeiros), dão conta das principais motivações desse modo de agir: o cultural.

Nos aspectos jurídico-constitucionais e legais, a utilização do método histórico na análise da problemática posta, faz com que cheguemos às possíveis causas da avasta produção normativa. Estudos empíricos demonstram que problemas de matéria penal não se resolvem com dogmática e hermenêutica jurídica penal como resposta imediata aos percalços sociais. O que serviu e muito provavelmente continuará a servir como fonte de resolução dos fatos sociais indesejados é a construção de normas e tipos penais.

A solução plausível para essa problemática é uma ruptura com o atual modelo repressor. Sem exageros podemos afirmar ser o Brasil um Estado com uma produção criminal exacerbada. O início de um novo trilhar na forma de pensar sobre a criminalidade tem que se arvorar sobre o crime, o criminoso, a vítima e o controle social sobre a criminalidade. Querer asseverar conclusões a partir de sofismas não trasmudará o estado de coisas instalado.

O conhecimento agregado enriquecedor da pesquisa acadêmica, talvez, acalentasse a fonte de produção legislativa penal. Estudos de política criminal convergem, hodiernamente, que o remédio para os problemas está em meios alternativos de solução de conflitos.

A propósito, veja-se o que o professor Richard Pae Kim leciona especificamente sobre novel inserção no Código Eleitoral aqui já retratada – denúncia caluniosa eleitoral – a qual também recebe críticas do festejado doutrinador, veja-se:

O novo tipo penal veio para coibir a conduta de candidatos ou aliados que, ao longo da campanha eleitoral ou razão dela, procuram, com inverdades, forcejar investigações, procedimentos e processos contra adversários. No “vale tudo” que sói acontecer nas eleições, gente inescrupulosa procura Polícia, Judiciário ou Ministério Público com dossiês forjados, testemunhas peitadas, informações enganosas e narrativas especiosas, explorando o zelo profissional e a boa-fé de autoridades.

Surge o temor de que, como contramedida, se procure responsabilizar alguém por denúncia caluniosa eleitoral a cada vez que oferecer notícia ou representação contra determinado políticos e candidatos. O crime de denúncia caluniosa, nesse caso, ao invés da proteção dos

bens jurídicos, servirá como vendetta diante da perspectiva da investigação de fatos que podem ser graves. Não é demais, para obviar tais males, observar que imputar a alguém a conduta de denúncia caluniosa, sabendo-o inocente, será igualmente crime de denúncia caluniosa. Esse aspecto deve ser considerado pelo parquet eleitoral diante de notícias crime que lhes sejam dirigidas.

Por igual, cabe lembrar que o Supremo Tribunal Federal, ao examinar questão de ordem no inquérito nº 4.435, concluiu pela aplicabilidade plena do artigo 35 do Código Eleitoral, que diz competir ao juiz eleitoral o julgamento dos crimes eleitorais e de outros que lhes sejam conexos. Cabe zelar para que não se utilize desse expediente – uma notícia-crime em razão da suposta prática do novo crime do artigo 326-A – para, simplesmente, trazer para a competência eleitoral a apuração e o processo dos crimes que, até então, se davam na Justiça Comum.

Não teríamos incluído essa nova figura no Código Eleitoral. O rigor punitivo nela previsto destoa do conjunto dos crimes eleitorais, sem falar que esse intervalo de pena – 2 a 8 anos – é muito largo. Oxalá o novo ilícito sirva para iluminar a urgente necessidade de reforma do sistema de crimes e penas eleitorais.(KIM, 2019).

Depreende-se da leitura do renomado jurista que, com a criação da denúncia caluniosa eleitoral não se chegou a uma solução jurídica plausível. Ao revés, segundo o doutrinador, orquestrou-se um cenário para o descumprimento da norma, porquanto seu rigor punitivo transcende do necessário. Em outras palavras, criou-se um tipo penal sem necessidade normativa, sem caráter efetivo.

Esse aspecto, quando se está em jogo discussões de âmbito não-penal, a exemplo do direito eleitoral, o melhor caminho é a utilização de mecanismos e instrumentos adequados e precisos. A utilização do direito civil, do administrativo e do processual é, seguramente, mais adequado do que o incremento penal no direito eleitoral.

Buscar demonstrar os aspectos jurídico-constitucionais e internacionais relacionados ao direito humano fundamental à limitação do poder punitivo estatal é condição inarredável da atual doutrina. Apontamentos sobre como enfrentar a criminalidade moderna organizada, sem a inflação legislativa, através de políticas criminais são as ferramentas essenciais para a deflação normativa em sede penal na busca pela efetivação dos direitos fundamentais.

Passados os aspectos gerais acerca da preocupante produção normativa penal excessiva, concluímos que o estudo almeja buscar a demonstração do panorama da realidade problemática da vasta legislação e trazer o leitor para discussão e, nessa extensão, despertar-lhe o interesse pelo tema.

CONCLUSÃO

Em toda sociedade existe a constante e premente necessidade de atualização normativa, entretanto, em campos como o do direito penal, há que se tomar maiores cuidados, pois nesse espaço estão em jogo direitos e garantias fundamentais do indivíduo, lado mais fraco da relação, que tem especial proteção da Constituição e da legislação de proteção internacional dos direitos humanos.

O legislar requer maturidade democrática. A produção de normas legítimas pauta-se na observância da conformação constitucional predisposta. Um olhar sério e respeitoso do legislador hodierno não se deixa levar pelas paixões sociais e televisivas; ao revés, tem como premissa basilar o respeito à proporcionalidade e adequação frente aos avanços nacionais.

A dignidade da pessoa humana deve ser o piso a partir do qual se mede a imperiosa necessidade das alterações no campo penal.

A mudança do direito penal simbólico - sistema no qual importa a produção normativa desenfreada – requer alteração de padrão cultural. Enquanto os anseios sociais imediatistas forem o centro de erupção da atuação legislativa penalista, não haverá transformações na eficiência. O que se espera e requer é uma alteração no padrão cultural. Alterando o sentimento culturalista produtor de normas, muda-se o fator de eficiência penalista.

A pretensão que se impõe é o melhoramento da eficiência normativa, com a redução significativa das constantes inovações legislativas no campo do direito penal, porquanto ser esse a *ultima ratio* como solução dos problemas sociais, inclusive, o eleitoral. Enfim, limites existem e devem ser respeitados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto . **Teoria do Direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- KIM, Richard. O novo crime eleitoral: denúncia caluniosa. GENJURÍDICO, 2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/07/04/crime-eleitoral-denunciacao-caluniosa/>. Acesso em: 10/06/2020.
- REALE, Miguel, **Lições preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LAFER, Celso, **A reconstrução dos direitos humanos - um diálogo com o pensamento de Hannan Arendt**. 2ª ed. São Paulo: Cia das letras, 1988.
- NEVES, Marcelo, **A constitucionalização simbólica**. 2. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
- RAMOS, Andre de Carvalho, **Curso de Direitos Humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- PIOVESAN, Flávia, **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- ROXIN, Claus, **Estudos de Direito Penal**. 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2012.
- UHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**, v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- STRECK, Lenio, **O dever de proteção do Estado**. Informações retiradas do site <https://jus.com.br/artigos/11493/o-dever-de-protecao-do-estado-schutzpflicht> Rio Grande do Sul, 2008.
-

A INELEGIBILIDADE DECORRENTE DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL E SUA MOLDURA JURISPRUDENCIAL RECENTE

THE INELEGIBILITY RESULTING FROM CRIMES AGAINST IMMATERIAL PROPERTY AND ITS RECENT JURISPRUDENTIAL FRAMEWORK

Luís Vicente Federici¹

RESUMO

O presente estudo tem por objeto a análise da inelegibilidade decorrente da condenação por crimes contra a propriedade imaterial no entendimento da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. Dessa maneira, é demonstrada a construção lógica dos requisitos para sua ocorrência, como a condenação com trânsito em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por crimes especificados no item 2, da alínea e, inciso I, do art. 1.º, da Lei Complementar n.º 64/90. Após, é procedida a análise do conceito de patrimônio privado, fornecendo elementos para sua compreensão enquanto gênero, do qual a propriedade material e imaterial são espécies. Por fim, há a exposição dos julgados da Corte Eleitoral, que demonstram posicionamento divergentes desde as eleições de 2012 até a eleição de 2016, quando fora fixado o entendimento da questão sob análise.

Palavras-chave: inelegibilidade; condenação; crimes; patrimônio privado; propriedade imaterial.

ABSTRACT

The present study has as its object the analysis of the ineligibility resulting from crimes conviction against immaterial property in the understanding of the jurisprudence of the Superior Electoral Court. Thus, the logical construction of the requirements for its occurrence is demonstrated, such as condemnation with res judicata or rendered by a collegiate judicial body, for crimes specified in item e, item I, of art. 1.º, of Complementary Law No. 64/90. Afterwards, the concept of private equity is analyzed, providing elements for its understanding as a genus, of which material and immaterial property are species. Finally, there is the exposition of the judges of the Electoral Court, who demonstrate divergent positioning from the 2012 elections to the 2016 election, when the understanding of the issue under analysis was established.

Keywords: ineligibility; conviction; crimes; private assets; immaterial property.

INTRODUÇÃO

O assunto de inelegibilidades sempre está em voga quando nos aproximamos do período eleitoral, com certa apreensão por parte de quem pretende se lançar candidato e disputar o pleito.

De um modo geral, trata-se de um assunto complexo para aqueles que desconhecem o tecnicismo do Direito Eleitoral, até por conta de constantes viragens

¹ Pós graduado em Direito Eleitoral e Processual Eleitoral pela Escola Judiciária Eleitoral Paulista, Advogado atuante nas áreas de Direito Eleitoral, Municipal, Administrativo e Tributário. Foi Assessor Jurídico Legislativo da Câmara Municipal de Jahu (2007/2008), ex Secretário de Economia e Finanças do Município de Jahu (2013/2016).

jurisprudenciais que muitas vezes remetem à sensação de incerteza jurídica de temas que lhe são afetos.

A própria inelegibilidade decorrente da condenação por crimes contra a propriedade imaterial não é um tema bem definido e sedimentado no entendimento da Justiça Eleitoral, principalmente no Tribunal Superior Eleitoral.

Por várias vezes a Corte encerrou entendimentos por apertada maioria, variando sobre a compreensão da inelegibilidade decorrente da aplicação do conteúdo do item 2, da alínea e, do inciso I, do art. 1º, da Lei Complementar n.º 64/90, incluído pela Lei Complementar n.º 135/2010.

Com relação a esta Lei Complementar n.º 135/2010, popularmente denominada Lei da Ficha Limpa, deve ser levado em consideração que sua origem se deu através de proposta legislativa de iniciativa popular, sendo, por esta razão, dotada de impropriedades técnicas que causam profundas dúvidas hermenêuticas ao exegeta.

Uma das possíveis indagações está atrelada à interpretação do termo “patrimônio privado”, e se esse conceito seria dilargado a ponto de abarcar a propriedade imaterial.

Diante da relevância deste tema, cujos reflexos de suas conclusões podem influir drasticamente nas eleições, inviabilizando o exercício dos direitos políticos passivos (a possibilidade de ser votado), faz-se necessária uma análise técnica e aprofundada, levando em consideração recente posicionamento da jurisprudência.

Certo é que a Lei Complementar n.º 135/2010 trouxe, desde sua origem, um contexto social muito importante: o clamor pela integridade dos políticos, futuros governantes.

Historicamente, sempre se exigiu do homem público postura condizente com o bem comum e o respeito aos interesses públicos, exigindo-se, inclusive, a boa índole pessoal dos políticos, diante da necessária respeitabilidade das atividades por eles exercidas.

No berço da democracia, Demóstenes mostra o senso de respeito aos interesses da República por parte daqueles que desempenham as funções públicas em Atenas no séc. IV a.C., em seus discursos (1950), afirmou:

...Vosotros consideráis que quien abandona el lugar que le ha sido señalado por el estratega, tiene que perder los derechos de ciudadano y no tener parte alguna en la cosa pública. Pues bien, es necesario que a aquellos que em política abandonen los puestos que les confiaron nuestros antepasados y sigan la oligarquía se les declare despojados del derecho de aconsejaros... Por lo tanto, creo que tenéis que emprender la cosa con energía y actuar conforme al interés de la República, recordando com cuánta satisfacción sentís alabar a vuestros antepasados o recitar sus gestas o enumerar sus trofeos. Creed, pues, que nuestros antepasados no erigieron estos trofeos para que los contemplaseis com admiración, sino para que imitaseis las virtudes de quienes los erigieron.² (p.41).

A perda do direito de cidadão, assinalada por Demóstenes, está diretamente ligada à recente ideia de perda dos direitos políticos de participação da vida pública e

2 Tradução: Vocês devem considerar que quem abandona o lugar que tenha lhe sido designado pelo estrategista, tem que perder os direitos de cidadão e não ter parte alguma com a coisa pública. Pois bem, é necessário que aqueles que na política abandonem os postos que os confiaram nossos antepassados e sigam a oligarquia, que os declarem despojados do direito de aconselhá-los... Pelo tanto, creio que tens que emprender a coisa com energia e atuar conforme o interesse da República, recordando com quanta satisfação sentem louvar vossos antepassados o recitar de seus gestos e enumerar os seus troféus. Crê, pois, que nossos antepassados não erigiram esses troféus para que os contempleis com admiração, senão para que imitásseis as virtudes de quem os erigiram.

política. A virtude dos antepassados deve ser imitada pelos políticos da então atualidade ateniense.

Essa ideia do homem público virtuoso é repetida na legislação pátria como uma qualidade necessária ao político, que não deve possuir máculas que o desqualifiquem para a vida pública, gerando sua inelegibilidade, ou seja, a impossibilidade de exercício da cidadania passiva.

Os discursos políticos proferidos por Demóstenes mais de dois mil anos atrás não poderiam ser mais atuais quando contrastados com a motivação que originou a Lei da Ficha Limpa, a constante busca pelo político virtuoso e sem máculas em sua vida pregressa.

Recentemente, entende-se a ocorrência de uma crescente deterioração da confiança nas instituições representativas da democracia (MIGUEL, 2013), que pode ser expressa pelo sentimento de crise, não no modelo representativo em si, mas na própria representação.

Trata-se de uma estrutura que se tornou contraditória: de um lado existe o valor da democracia, aceito pela maioria, e de outro, essa crise no sentimento de não representação:

Uma aproximação possível ao problema parte da aparente contradição entre a aceitação quase universal do valor da democracia e a crescente deterioração da confiança em relação às instituições representativas que deveriam efetivá-la. É possível identificar uma crise do sentimento de estar representado, que compromete os laços que idealmente deveriam ligar os eleitores a parlamentares, candidatos, partidos e, de forma mais genérica, aos poderes constitucionais. O fenômeno ocorre por toda a parte, a partir das últimas décadas do século XX, de maneira mais ou menos acentuada, atingindo novas e velhas democracias eleitorais. (MIGUEL, 2013, p. 98).

É nesse contexto que a Lei das Inelegibilidades é alterada, num momento de crise no sentimento de representação, onde se buscou permitir apenas que políticos considerados “ficha limpa” tivessem a oportunidade de participar da disputa eleitoral.

Logo, ao se falar em inelegibilidade, inclusive a decorrente de condenação por crime contra o patrimônio privado, não se deve olvidar da origem desse dispositivo, trazido pela Lei da Ficha Limpa como inovação capaz de suprimir candidatos que não se enquadrem no molde legal de aptos a exercerem a cidadania passiva.

1 INELEGIBILIDADE DECORRENTE DE CONDENAÇÃO CRIMINAL

Na esteira do entendimento exposto anteriormente, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional estabeleceram critérios que afastam o pleno exercício dos direitos políticos passivos, ou seja, descreveram condições que geram a inelegibilidade.

A inelegibilidade traz em seu conceito o afastamento do exercício da cidadania passiva, tornando o indivíduo inapto a receber votos. Dessa forma, José Jairo Gomes (2018) define inelegibilidade a partir da presença de um fator negativo que subtrai a capacidade eleitoral passiva do nacional:

Denomina-se inelegibilidade ou ilegibilidade o impedimento ao exercício da cidadania passiva, de maneira que o cidadão fica impossibilitado de ser escolhido para ocupar cargo público-eletivo. Em outros termos, trata-se de fator negativo cuja presença obstrui ou subtrai a capacidade eleitoral passiva do nacional, tornando-o inapto para receber votos e, pois, exercer mandato representativo. Tal impedimento é provocado pela ocorrência de determinados fatos previstos na Constituição ou em lei complementar. Sua incidência

embaraça a elegibilidade, esta entendida como o direito subjetivo público de disputar cargo eletivo. (p. 227).

O fator impeditivo compõe o conceito jurídico da inelegibilidade, pois o cidadão é impedido do pleno exercício dos direitos políticos, obstando-se a possibilidade de ser votado e de vir a ocupar um cargo eletivo.

Frise-se que a inelegibilidade gera o impedimento do exercício da cidadania plena, impedindo que o cidadão esteja apto a ser votado, permanecendo intacto seu direito de votar, sendo-lhe lícito o exercício da cidadania ativa.

Nesse sentido, é relevante a advertência de SANTOS GONÇALVES (2012):

As inelegibilidades não prejudicam o exercício dos demais direitos políticos, inclusive o de votar, criar ou integrar partidos políticos ou propor ação popular. Referem-se tão somente aos direitos políticos passivos, ou seja, ao direito de se candidatar. Por essa razão, não podem ser confundidas com as situações de perda ou suspensão dos direitos políticos, que suprimem ou suspendem tanto os direitos ativos quanto os passivos. (p. 69).

Compreendida a extensão da inelegibilidade, adstrita tão somente aos direitos políticos passivos, importante consignar que ela está diretamente ligada à pessoa do cidadão que detém o impedimento à eventual candidatura.

Por ser personalíssima, afirma-se que integra a personalidade da pessoa, consistindo em verdadeiro *status* ou estado eleitoral (GOMES, 2018, p. 231). Nessa compreensão elegibilidade e inelegibilidade são estados eleitorais relativos à personalidade do cidadão.

Seguindo o raciocínio, o cidadão poderá ter o *status* de elegível, quando apto a ser votado, podendo adquirir o *status* de candidato, ou, ao contrário, poderá ter o *status* de inelegível e ser impedido de participar da disputa eleitoral.

Assim, o cidadão poderá ostentar o *status* de elegível ou inelegível, candidato, eleito, diplomado, agente público. Como visto, o *status* de inelegível impõe restrições à esfera jurídica da pessoa, a qual não pode ser eleita; já o *status* de elegível confere-lhe o direito subjetivo público de participar do certame e participar do governo. O *status* de candidato confere a seu titular diversos direitos e deveres, tais como: realizar propaganda eleitoral, arrecadar recursos, não ser preso até 15 dias antes das eleições (CE, art. 236, § 1º, salvo em flagrante delito), ser diplomado se eleito, prestar contas à Justiça Eleitoral. (GOMES, 2018; p. 232).

O *status* confere ao cidadão o exercício de uma série de direitos, bem como impõe deveres, podendo até mesmo funcionar como fator negativo ou impeditivo do exercício desses direitos, no caso de inelegibilidade.

Em sua origem, a inelegibilidade traz como um de seus fundamentos a sanção pelo cometimento de um ilícito jurídico, ou seja, o detentor desse *status* de inelegível o alcançou por conta da violação da ordem jurídica reconhecida por uma decisão condenatória.

A decisão condenatória, por conseguinte, tem como reflexo a alteração do *status* do cidadão em caráter de punição pelos seus atos.

Sob tal perspectiva, afigura-se correta afirmação de que a inelegibilidade apresenta duplo fundamento. De um lado, pode ser efeito direto ou indireto da decisão condenatória pela prática de ilícito, tendo, portanto, natureza de sanção. De outro, liga-se à adequação da situação do cidadão ao regime jurídico-eleitoral em vigor, sem que na

origem exista uma sanção por prática de ilícito. (GOMES, 2018, p. 235).

É sob esse aspecto de sanção/punição que deve ser compreendida a inelegibilidade decorrente de crime contra o patrimônio privado. Trata-se de efeito atrelado a uma decisão condenatória, cujos reflexos extrapolam a órbita criminal gerando uma sanção ao nacional na esfera dos seus direitos políticos, primando pela virtuosidade que deve ostentar o homem público.

Nesse caso, a inelegibilidade é legal, pois seu fundamento encontra-se na Lei Complementar n.º 64/90, em seu art. 1.º, I, e³, nos termos das alterações trazidas pela Lei da Ficha Limpa.

Mas não se deve confundir esse instituto com a suspensão dos direitos políticos do condenado criminalmente enquanto durarem os efeitos da condenação. A inelegibilidade pode ter o mesmo fundamento, porém não possui os mesmos efeitos.

Na suspensão dos direitos políticos decorrentes da condenação criminal, o cidadão não pode fruir de seus direitos políticos na totalidade enquanto durarem os efeitos da condenação, estando impedido de votar e ser votado durante o cumprimento da pena.

Passado o período de cumprimento da pena, inicia-se a contagem do prazo de 8 anos de inelegibilidade decorrente de condenação pelos crimes descritos na Lei das Inelegibilidades, entre eles o crime contra o patrimônio privado.

Para ambos os casos o raciocínio deve ser o mesmo: a proteção moral dos representados face os representantes não virtuosos ou desqualificados. Como elucida José Jairo Gomes:

O artigo 15, inciso III, da Constituição Federal determina que a condenação criminal transitada em julgado acarreta a suspensão dos direitos políticos do condenado enquanto durarem seus efeitos. A *ratio legis* presente no dispositivo em foco é a salvaguarda da legitimidade e da dignidade da representação popular, porquanto o Parlamento não pode transformar-se em abrigo de delinquentes, o que constituiria decadência moral vitanda. (2018, p. 274).

Referido escopo do artigo 15, inciso III, de impedir que o Parlamento e instâncias do Poder Executivo sejam ocupados por pessoas sem a compleição moral necessária para a idoneidade do cargo, alberga o conteúdo da alínea e, do inciso I, do art. 1.º, da Lei 64/90.

3 Nos termos da Lei Complementar n.º 64/90:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

(...)

e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes:

1. contra a economia popular, a fê pública, a administração pública e o patrimônio público;
2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência;
3. contra o meio ambiente e a saúde pública;
4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade;
5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública;
6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores;
7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos;
8. de redução à condição análoga à de escravo;
9. contra a vida e a dignidade sexual; e
10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando;

Afirma-se, por força desse entendimento, que a lei indica os bens jurídicos de interesse para a moral eleitoral do candidato e dos cidadãos por ele representados, através do rol de figuras típicas da seara penal que defende esses bens, e os protege.

Na esteira desse entendimento:

Note-se que o principal critério adotado pela lei é o da indicação de determinados bens jurídicos, incluindo todas as figuras típicas que os protegem. Assim, crimes contra o patrimônio são aqueles dos arts. 155 e seguintes do Código Penal; crimes contra a administração pública são aqueles previstos no Código Penal, art. 312 e seguintes, mas também outros, por exemplo, aqueles previstos no Decreto-Lei 201/67, crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais. Os crimes contra a ordem tributária são crimes contra a administração pública. Da mesma forma, os crimes contra o consumidor, previstos no Código de Defesa do Consumidor e, também, nos arts. 6 e 7 da Lei 8.137/90, são crimes contra a economia popular, tornando inelegíveis os que forem por eles condenados (SANTOS GONÇALVES, 2012; p. 98).

Pretendeu o legislador proteger o patrimônio privado, elevando-o à condição de bem jurídico relevante a fim de ser salvaguardado o interesse dos cidadãos em estarem representados por políticos que não contenham a mácula da condenação por tais crimes alçados a cargos eletivos durante as eleições.

No tema em testilha, as condenações encartadas na alínea e, do inciso I, do art. 1º, da Lei Complementar n.º 64/90, o prazo da inelegibilidade inicia-se do término do cumprimento da pena até o período de oito anos, justamente por força de, enquanto se cumpre a pena, os direitos políticos estão suspensos. Logo, afirma-se que a inelegibilidade perdura desde a condenação por órgão colegiado, passando por eventual trânsito em julgado, até oito anos após o cumprimento ou extinção da pena (GOMES, 2018, 276).

Assim, os efeitos da suspensão dos direitos políticos só cessam com o cumprimento ou a extinção da pena aplicada, momento em que, conforme o caso e o enquadramento legal inicia-se o prazo da inelegibilidade decorrente da condenação.

Para a configuração de inelegibilidade, portanto, não há qualquer relevância quanto ao tipo de pena aplicada na condenação, tendo em vista que a Lei das Inelegibilidades fala apenas e tão somente em condenação. Logo pode ser pena privativa de liberdade, restritiva de direitos, multa, e até mesmo derivada da substituição (conversão) da privativa de liberdade pela restritiva de direitos (TSE Súmula 61).

A jurisprudência ainda afirma que no caso de extinção da pretensão executória do Estado pelo reconhecimento da prescrição nos crimes delineados na alínea e, do inciso I, do art. 1º, da Lei Complementar n.º 64/90, não haveria prejuízo dos efeitos extrapenais da condenação, inclusive a inelegibilidade (TSE, Súmula 59).

O mesmo não pode ser afirmado com relação aos efeitos da extinção da pretensão punitiva estatal, pois nesse caso perece o direito de punir do Estado, não surtindo efeitos extrapenais, inclusive para fins de inelegibilidade. Ainda, pelo mesmo motivo, a extinção da punibilidade pela anistia e a abolição do crime (*abolitio criminis*) não geram efeitos extrapenais, e também não incidem em causa de inelegibilidade.

Por fim, necessários três requisitos para a configuração da inelegibilidade disciplinada na alínea e, sob enfoque deste tópico:

Assim, prevê a vigente lei complementar a inelegibilidade de quem tiver contra si processo criminal pendente, ainda que a sentença condenatória (no caso do Tribunal do Júri) ou o acórdão (confirmatório da condenação ou condenatório) não tenham transitado

em julgado. A inelegibilidade incide desde a publicação da condenação. Entretanto, para que ela se configure, é mister: (i) que haja condenação por crime especificado na enfocada alínea e; (ii) que haja decisão confirmada ou originariamente proferida por órgão judicial colegiado; (iii) que o interessado não logre junto ao órgão competente a suspensão da inelegibilidade, nos termos do artigo 26-C da LC n.º 64/90 (GOMES, 2018, p. 282).

A causa de inelegibilidade sob análise (alínea e) exige, para sua existência, a condenação por qualquer um dos crimes elencados no dispositivo legal. A condenação deve, para tanto, condizer com os bens jurídicos elencados na lei de regência.

Além da condenação pelos crimes assinalados, é necessário que seja proferida por órgão colegiado, para que atraia a incidência da norma, pois a alínea e refere-se especificamente a órgão judicial colegiado, ou que tenha havido trânsito em julgado da condenação, neste caso independentemente da colegialidade do órgão.

Também é necessário que não ocorra a suspensão da inelegibilidade pelo órgão colegiado competente para julgar os recursos da decisão que acarrete a causa de inelegibilidade, podendo esta ser objeto de liminar sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso.

A partir deste panorama geral traçado para os casos de inelegibilidade decorrente de condenação criminal, faz-se mister caminhar para a análise do termo patrimônio particular, constante do item 2, da alínea e, do inciso I, do art. 1.º, da Lei Complementar n.º 64/90.

2 O CRIME CONTRA A PROPRIEDADE INTELECTUAL CONSIDERADO COMO CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO PRIVADO

A Lei Complementar n.º 64/90 traz em seu bojo as disposições relativas às causas de inelegibilidade, destacando dentre seu extenso rol a condenação por órgão judicial colegiado ou transitada em julgado por crimes contra o patrimônio privado.

Referida disposição fora inserida pela Lei Complementar n.º 135/2010, chamada Lei da Ficha Limpa. Consubstanciada em proposta popular, trouxe ao mundo jurídico o anseio popular que a motivou: a busca de critérios moralizantes que obstassem a candidatura de pessoas com possíveis desvios em sua vida pregressa.

Uma das inovações fora a alteração da alínea e, do inciso I, do art. 1.º, da Lei das Inelegibilidades, que, antes da reforma de 2010, previa a inelegibilidade decorrente da condenação criminal, com trânsito em julgado, dos crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, tráfico de entorpecentes e crimes eleitorais.

Tratava, pois, de crimes afetos à esfera pública do direito. Esse rol foi consideravelmente ampliado pela alteração legislativa, incluindo-se, além do patrimônio público, o seu correspondente privado.

Em termos jurídicos, a noção de patrimônio sempre esteve associada ao conceito de propriedade, sendo o sentido daquele muito mais amplo por contemplar a soma dos valores patrimoniais ou dinheiro reunido por uma pessoa (MENDES; BRANCO, 2017, p. 325-326). Já a noção de propriedade está atrelada ao direito subjetivo e protegido pela Constituição e pela Lei, de uso, fruição e disposição de algo que é seu (nos limites da sua função social).

Seja como for, o Código Penal, ao estabelecer os crimes contra o patrimônio em seu título II, traz a noção de infrações danosas ao direito de propriedade, desde o furto e roubo até a receptação.

A propriedade deve ser encarada como um direito, exercido pelo proprietário e oponível em face de todas as pessoas que devem respeitá-lo.

Nestes termos, a propriedade passou a ser concebida como a relação entre um sujeito ativo (proprietário) e um sujeito passivo, que seria universal, uma vez que constituído por todas as demais pessoas (não proprietárias quanto ao objeto em apreço). De fato, todos os integrantes da comunidade passam a ter o dever de respeitar o direito de propriedade reconhecido a cada indivíduo particularmente. Esse é o caráter civilista do direito de propriedade, ao qual deve acrescentar-se o regime de Direito Público que consta da própria Constituição. (TAVARES, 2012, p. 701).

Logo, a Constituição trouxe extensa gama de disposições relativas ao direito de propriedade, desde alusivas à sua função social, até o reconhecimento e proteção ao direito de propriedade autoral e imaterial.

Entre essas disposições, nota-se que “somente no âmbito do art. 5º, mencione-se que os incisos XXII a XXXI tratam do tema do direito de propriedade em sentido amplo, aqui contemplados o direito de sucessão, o direito autoral e o direito de propriedade imaterial, entre outros”(MENDES; BRANCO, 2017, p. 322).

A propriedade intelectual é protegida pela Constituição Federal, ao dispor textualmente no inciso XXVII, do art. 5º, que aos autores pertença o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a legislação fixar.

A doutrina considera que o art. 5º, XXVII, da Constituição busca assegurar a proteção do direito intelectual do autor – em relação às obras literárias, artísticas, científicas ou de comunicação – pelo tempo em que viver, que envolva não só os direitos morais concernentes à reivindicação e aos reconhecimento da autoria, à decisão sobre a circulação ou não da obra (inclusive sobre a sua conservação como obra inédita), à possibilidade de se lhe introduzirem modificações antes ou depois de utilizada, à adoção de medidas necessárias à proteção de sua integridade, mas também os direitos patrimoniais relativos à forma de uso, fruição e disposição. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 327).

A Constituição Federal defende a propriedade intelectual, fazendo com relação à ela expressa menção em seus dispositivos.

No Código Penal de 1940, os crimes contra a propriedade imaterial aparecem logo na sequência dos crimes patrimoniais, sendo que o art.184⁴ trata especificamente

⁴ São termos do Código Penal:

Violação de direito autoral

Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º-Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º-Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

§ 3º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de

da violação de direito autoral, estabelecendo que se trata de crime violar os direitos de autor e os que lhe são conexos, os parágrafos trazem penas maiores a partir da figura dolosa do lucro (com o intuito de lucro direto ou indireto).

O sujeito passivo nos crimes contra a propriedade imaterial é o titular dos direitos sobre esses bens, no caso o autor da obra ou seus herdeiros. Já o sujeito ativo é a pessoa que atenta contra os direitos sobre a propriedade autoral, por qualquer forma, até mesmo pela reprodução não autorizada.

O elemento subjetivo do *caput* é o dolo genérico, consubstanciado na ciência ou a consciência de se que se está a violar direito de outrem, sendo verificado nos parágrafos o dolo específico, que é o intuito de lucro, ainda que indireto.

A propriedade intelectual é considerada como propriedade imaterial, na qual se agrupam duas categorias de bens protegidos pela Constituição Federal, pela legislação pátria e internacional, que são a propriedade industrial, com os direitos relativos às invenções, marcas e patentes, entre outros; e de outro lado o direito autoral, relativo às obras literárias, artísticas, filme, imagem, e assemelhados (TAVARES, 2012, p.710-711).

Assim, a propriedade intelectual deve ser compreendida como uma espécie de propriedade sobre um bem imaterial, dando ensejo ao poder de usar, utilizar, fruir e dispor de uma coisa, podendo ainda reavê-la de quem quer que injustamente a possua ou detenha, na forma da legislação de regência.

Uma das principais leis atinentes à matéria é a Lei n.º 9.610/98, publicada em 19 de fevereiro de 1998, tratando, inclusive, do chamado direito moral de autor, e garantindo ao titular de uma obra o direito à retribuição material do trabalho intelectual.

Na órbita internacional, a Organização das Nações Unidas (ONU) possui uma agência especializada em propriedade intelectual, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), com sede em Genebra, que foi criada pela Convenção de Estocolmo, assinada em 14 de Julho de 1967, e modificada em 28 de Setembro de 1979.

A OMPI é o principal organismo internacional de direito público destinado a promover a proteção dos direitos intelectuais, e a mediação de tratados internacionais atinentes à matéria.

Seguindo toda exposição acerca dos direitos de propriedade, pode-se concluir que esses direitos referem-se aos bens que podem ser corpóreos e incorpóreos, de fundamento eminentemente patrimonial.

Por conta disso, é de se concluir que o patrimônio manifesta-se inclusive através de bens imateriais, como a propriedade intelectual. Apesar de os bens imateriais serem incorpóreos, é evidenciado seu valor não só econômico, mas também cultural e artístico, como elemento participante do patrimônio privado de quem é seu titular.

É possível se afirmar, então, que se o direito imaterial manifesta-se em relação à atividade intelectual exteriorizada de maneira patrimonial, deve se reconhecer que se trata de propriedade de quem o detenha, devendo ser compreendido como patrimônio privado.

3 A VIRAGEM JURISPRUDENCIAL DO TSE E SUA POSIÇÃO ATUAL

lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 4º O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.

O tema objeto deste estudo reflete grande dissenso da Corte Eleitoral, não alcançando unanimidade e nem tranquilidade no Tribunal Superior Eleitoral.

Como a inclusão do termo “patrimônio particular” partiu da alteração legislativa promovida pela Lei da Ficha Limpa, de 2010, seus efeitos praticamente tiveram início a partir das eleições de 2012, quando o TSE fixou o entendimento de que a legislação deveria ser interpretada de maneira ampla, de modo a abarcar a lesão contra a propriedade intelectual como ofensa ao patrimônio privado da vítima, fazendo incidir a causa de inelegibilidade (REspe 202-36, Rel. Min. Arnaldo Versiani, sessão de 27.9.2012).

Já para as eleições de 2014, o TSE muda sua posição novamente, interpretando a legislação de maneira restritiva, afastando os crimes contra a propriedade intelectual do conceito jurídico de patrimônio particular, e assim impedindo a incidência da inelegibilidade (RO 981-50, Rel. Min. João Otávio de Noronha, sessão de 30.9.2014).

Por sua vez, para as eleições de 2016, o TSE muda mais uma vez o seu entendimento para reafirmar a inelegibilidade decorrente da condenação, com trânsito em julgado ou emanada de órgão judicial colegiado, por conta de crimes contra a propriedade intelectual (REspe 145-94.2016.6.24.007SC, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe: 02/08/2018).

A partir desse julgado o TSE manteve o entendimento da ocorrência da causa de inelegibilidade para os crimes contra o patrimônio intelectual por conta da segurança jurídica, mas ainda expressando que pode vir a ocorrer divergência de entendimentos sobre o caso.

A manutenção do entendimento se deve à preocupação de que a mudança de entendimento brusca, ou viragem jurisprudencial, cause prejuízo à segurança jurídica que deve dar suporte às eleições.

Assim, também o Tribunal Superior Eleitoral, quando modifica sua jurisprudência, especialmente no decorrer do período eleitoral, deve ajustar o resultado de sua decisão, em razão da necessária preservação da segurança jurídica que deve lastrear a realização das eleições, especialmente a confiança dos cidadãos candidatos e cidadãos eleitores. (MENDES; BRANCO, 2017, p.845).

Esse entendimento de que a mudança interpretativa repentina é prejudicial à confiança dos cidadãos nos critérios de realização das eleições demonstra a importância da jurisprudência na composição das normas eleitorais.

É de se asseverar que a norma jurídica existe quando interpretada. E é a partir da interpretação judicial da norma que ela pode ser alterada, tal como o entendimento jurídico acerca do patrimônio particular ser levado a contemplar a propriedade intelectual para fins de interpretação da Lei Complementar n.º 64/90.

Conforme asseverado por Gilmar Mendes:

Lembre-se a observação de Peter Häberle, segundo a qual não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada (*Es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretierte Rechtsnormen*). Interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública (*Einen Rechssatz “auslegen” bedeutet, ihn in die Zeit, d. h. in die öffentliche Wirklichkeit stellen – um seiner Wirksamkeit willen*). Por isso, Häberle introduz o conceito de *pós-compreensão* (*Nachverständnis*), entendido como o conjunto de fatores temporalmente condicionados com base nos quais se compreende ‘supervenientemente’ uma dada norma. A *pós-compreensão* nada mais seria, para Häberle, do que a *pré-compreensão do futuro*, isto é, o elemento dialético correspondente da idéia de pré-compreensão. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 845-846).

A ideia de pós-compreensão nada mais seria que a interpretação da norma jurídica em um momento posterior à sua edição, com base em novos elementos e fatores. A compreensão da Lei das Inelegibilidades, dessa feita, é analisada conforme a compreensão do sistema jurídico da época expresso pelos seus julgadores.

É necessário considerar que, de acordo com as sucessivas interpretações, a norma jurídica acaba adquirindo várias roupagens, o que leva à compreensão de duração temporal. Assim:

Tal concepção permite a Häberle afirmar que, em sentido amplo, toda norma interpretada – não apenas as chamadas leis temporárias – é uma norma com duração temporal limitada (*In einen weiteren Sinne sind alle – interpretierten – Gesetzen ‘Zeitgesetze’- nicht nur die zeitlich befristeten*). Em outras palavras, a norma, confrontada com novas experiências, transforma-se necessariamente em outra norma. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 846).

Da compreensão de que a interpretação jurisdicional da norma acarreta sua mutação, conforme os fatores temporais, pode-se contemplar as variantes interpretativas do termo patrimônio privado, a fim de abarcar, recentemente, a propriedade imaterial.

O TSE, ao decidir o Recurso Especial Eleitoral n.º 145-94.2016.6.24.007SC, manteve a inelegibilidade de candidato condenado como incurso no art. 181, parágrafo 2.º, do Código Penal, por estar em posse, no seu comércio, de 49 CDs falsos.

Para tanto, entendeu-se que a interpretação legislativa da Lei de Inelegibilidades deveria ocorrer através da interpretação teleológica e sistemática, não somente pela literal e gramatical.

Em seus termos:

Os dispositivos da LC 64/90 (Lei de Inelegibilidades) - originários e alterados pela LC 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) - devem ser objeto de interpretação teleológica e sistemática.

A LC 135/2010, que alterou e acresceu novos prazos e casos de inelegibilidade à LC 64/90, visa atender aos anseios da cidadania, norteados pela exigência cada vez maior de eleições livres de candidatos cujas vidas pregressas sejam desabonadoras e não preencham requisitos mínimos, nos campos ético e legal, imprescindíveis ao desempenho de mandato eletivo no Estado Democrático de Direito.

A leitura do art. 10, I, e, 2 da LC 64/90 de modo algum pode se dissociar do § 90 do art. 14 da CF/88, que visa proteger a probidade administrativa e a moralidade para exercício de mandato, considerada a vida pregressa do candidato.

Conforme a exposição argumentativa do acórdão em epígrafe, o dispositivo legal que trata da inelegibilidade decorrente de condenação por crime contra o patrimônio privado deve ser interpretado levando em conta os anseios da cidadania.

Como tal dispositivo é fruto da reforma trazida pela Lei Complementar n.º 135/2010, o desejo popular moralizante deve pesar quando da sua interpretação, de modo a afastar candidatos com mácula jurídica e moral em suas vidas pregressas.

O entendimento jurisprudencial trazido à colação elucida que a propriedade imaterial (intelectual) deve ser considerada como elemento do patrimônio privado, atraindo a aplicação da causa de inelegibilidade constante da Lei Complementar n.º 64/90. É o que pondera nas razões de julgamento:

O exame das causas de inelegibilidade por prática de crime - art. 1, I, e, da LC 64/90 - deve levar em conta o bem jurídico protegido, sendo irrelevante a topografia (locus) do tipo no Código Penal ou em legislação esparsa.

A circunstância de o art. 184 do CP inserir-se em título próprio, por si só, não desnatura o bem jurídico tutelado, qual seja, o patrimônio imaterial.

Embora os bens imateriais sejam incorpóreos, evidencia-se seu expressivo valor econômico, cultural e artístico, a consubstanciar patrimônio privado de seu titular.

Se o direito de autor manifesta-se, patrimonialmente, em relação à atividade intelectual exteriorizada, inexistente dúvida de que se trata de propriedade de quem o detenha, a revelar ideia de patrimônio privado.

De início, o julgado que reflete o entendimento do TSE acerca do tema para as eleições de 2016, afirmando que a Lei Complementar n.º 64/90 elege bens jurídicos objeto de proteção, abarcando-os em seu sentido amplo, e não com base na topografia de suas disposições na legislação penal.

Isso se deve em razão dos direitos imateriais serem objeto de dispositivos encartados no “Título III – Dos crimes contra a propriedade imaterial”, em posição diversa do “Título II – dos crimes contra o patrimônio”.

A leitura proposta pelo entendimento jurisprudencial é que independe o *locus* do tipo no Código Penal, sendo que a legislação eleitoral abarca o bem jurídico a ser protegido de maneira ampla, não significando, com isso, sobreposição ao princípio da taxatividade.

Aplica-se, pois, o entendimento de que a Lei das Inelegibilidades faz menção à gêneros, de modo que não seria tão minuciosa a ponto de atingir espécies, conforme o mesmo julgado:

Outro aspecto a se ressaltar é que o art. 1º, I, e, 2, da LC 64/90 faz menção a patrimônio privado e também a crimes contra o sistema financeiro, contra o mercado de capitais e os previstos em lei que regula a falência. Ora, têm-se gêneros, não espécies, que abarcam diversas ramificações da legislação brasileira.

Anote-se, ainda, que o próprio tipo previsto no art. 184, *caput*, do CP, qual seja, "violar direitos de autor e os que lhe são conexos", caracteriza-se como lei penal em branco ou *lato sensu*, pois o preceito primário nele contido foi complementado pela Lei 9.610/98, que atualizou e consolidou a legislação sobre direitos autorais e definiu, nos arts. 22 e 287, que se asseguram ao autor os direitos patrimoniais e morais sobre sua obra, podendo dela se utilizar, fruir ou dispor.

Para complementar as argumentações trazidas neste julgado, importante colacionar o Recurso Especial Eleitoral n.º 137-96.2016.6.26.0063SP, de relatoria do Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, publicado no DJe em 26 de outubro de 2018.

Neste acórdão é primado pela segurança jurídica nas eleições, mantendo-se o entendimento do TSE para as eleições de 2016, possuindo a seguinte ementa:

ELEIÇÕES 2016. REGISTRO DE CANDIDATURA. INDEFERIMENTO PELO TRE. INELEGIBILIDADE. CONFIGURAÇÃO. CANDIDATO. VEREADOR. CONDENAÇÃO. CRIME DO ART. 184, § 20, DO CP. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. INCIDÊNCIA. ART. 1º, I, E, DA LC Nº 64/90. PRINCÍPIO. SEGURANÇA JURÍDICA. PRECEDENTE DO TSE. SOLUÇÃO LINEAR. ADOÇÃO. NECESSIDADE. ISONOMIA DE TRATAMENTO. DESPROVIMENTO.

1. Para as Eleições 2016, este Tribunal Superior firmou o entendimento de que o "crime de violação a direito autoral (art. 184, *caput* e §§ 10, 20, e 30, do CP) ofende o patrimônio privado e pode ensejar inelegibilidade do art. 10, 1, e, 2, da LC 64/90" (RESpe nº

145-94/SC, redator para o acórdão o eminente Ministro Herman Benjamin, *DJe* de 2.8.2018).

2. O princípio da segurança jurídica e a necessidade de tratamento isonômico exigem a adoção de soluções lineares para casos de um mesmo pleito. Precedentes reiterados do TSE e do STF.

3. *In casu*, ao perfilhar orientação estabelecida por este Tribunal Superior para o referido pleito, o TRE aplicou corretamente o direito à espécie, não comportando reforma o acórdão pelo qual indeferido o registro de candidatura de postulante que foi condenado, por decisão transitada em julgado em 15.5.2013 (fl. 127 do acórdão regional), em razão da prática do crime do art. 184, § 21, do CP, cuja consequência, no que toca ao art. 1, I, e, 2, da LC n° 64/90 é o reconhecimento da sua inelegibilidade.

4. Recurso especial ao qual se nega provimento.

Esse julgado utiliza-se do acórdão anteriormente analisado como paradigma para manter o entendimento linear do TSE.

Nesse julgamento, o ministro Luiz Fux, expôs a importância da valoração da norma eleitoral, considerando que no conceito da expressão patrimônio privado estariam inseridos bens materiais e imateriais, dos quais estes são espécies daquele, que deve ser considerado gênero:

Analisando o estatuto das inelegibilidades, percebe-se que, para a correta aplicação da restrição ao *ius honorum* contida no art. 1, I, e, 2, da LC n° 64/90, o intérprete deve passar pelo objeto jurídico tutelado e pela eventual norma penal que gerou a condenação do candidato, ou seja, a valoração acerca da violação do patrimônio privado, que, a meu sentir, também é francamente possível de ocorrer diante de direitos autorais.

Aliás, é importante deixar claro que a Lei Complementar n° 64/90 não previu que a norma em epígrafe estaria voltada apenas aos delitos classificados em determinada parte ou seção do Código Penal - notadamente o Título II da Parte Especial -, porquanto o espectro de aplicação da norma eleitoral exige a precisa identificação do bem jurídico relativo ao patrimônio individual.

E ainda, para ilustrar que referido entendimento se coaduna com outros entendimentos ampliativos do rol da alínea e, confirmando que não ocorrera violação ao princípio da taxatividade, pontificou:

Friso que, em casos semelhantes, esta Corte já restringiu o *ius honorum* quando, por exemplo, fixou-se a tese de que o "desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicações configura crime contra a Administração Pública" (REspe n° 7679, Rei. Mm. Marco Aurélio Melio, *DJe* de 8.11.2013), muito embora tal delito não esteja expressamente previsto no Código Penal; do mesmo modo quando a Corte acolheu o entendimento de que "os crimes previstos na Lei de Licitações estão abrangidos nos crimes contra a administração e o patrimônio públicos referidos no art. 10, I, e, 1, da LC 64/90." (REspe n° 12922, ReI. Min. Fátima Nancy Andrichi, PSESS de 4.10.2012).

Através dos arestos colacionados, seja o paradigma para as eleições de 2016, seja o acórdão oriundo de terras paulistas, pode-se observar que o entendimento firmou-se no sentido de dilargar a interpretação do conteúdo das disposições constantes da Lei de Inelegibilidades, abarcando tanto a propriedade material quanto imaterial como elementos do gênero patrimônio privado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação eleitoral relativa às inelegibilidades passou por uma grande reforma com o advento da Lei da Ficha Limpa, que modificou profundamente a Lei Complementar n.º 64/90, decorrente do anseio popular de que seus representantes não possuíssem máculas em suas vidas pregressas.

Essa vontade popular possivelmente tem sua origem na crise da representatividade democrática, na qual os cidadãos não se sentem representados pelos políticos eleitos.

Com base nas mudanças legislativas ocasionadas pela Lei Complementar n.º 135/2010, o Tribunal Superior Eleitoral passou a interpretar os novos dispositivos de maneira diversa para cada eleição que procedeu à reforma.

De início, nas eleições de 2012, mostrou-se propenso a compreender que a condenação transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em crimes contra o patrimônio privado (item 2, alínea e, inciso I, do art. 1.º, da Lei Complementar n.º 64/90) abarcaria a condenação por crimes contra a propriedade imaterial.

Dois anos após fixado esse entendimento, em 2014, houve mudança interpretativa do tribunal, que passou a decidir que diante taxatividade do rol e pela localização dos crimes contra o patrimônio no Código Penal, a restrição ao exercício da cidadania passiva estaria reservada apenas aos crimes contra a propriedade privada inseridos no “Título II” de referida codificação.

Logo depois, já nas eleições de 2016, nova viragem jurisprudencial ocorre, tendo como paradigma decisão do ministro Herman Benjamin, fixando o entendimento de que o bem jurídico objeto da proteção era o patrimônio, gênero do qual a propriedade material e a propriedade imaterial são espécies, não importando a posição topográfica no Código do tipo penal.

Esta última decisão segue a linha teleológica e sistemática de interpretação legal, tende a buscar a melhor forma de equilibrar os anseios populares frente à crise de representação, com toda a sistematização necessária para a defesa da moralidade administrativa, e a correta definição de patrimônio privado, ou seja, assim constituído pela propriedade material e imaterial do indivíduo.

É um imperativo democrático a compreensão de que deve haver uma simetria entre os anseios populares moralizantes, a proteção aos princípios constitucionais da administração pública - principalmente o princípio da moralidade e o decorrente dever de probidade - e a aplicação das normas jurídicas eleitorais, de modo a analisar a vida pregressa do candidato e a impedir-lhe, com isso, o exercício dos direitos políticos passivos.

Sobre o assunto, importante trazer à baila a reflexão especializada de um cientista político ao analisar a representação política e a democracia no Brasil:

Apresento aqui, para a representação democrática e para a democracia representativa, um ideal bastante exigente. Numa frase famosa do *Contrato social*, Rousseau diz que a democracia é um regime próprio para os deuses: “Um governo tão perfeito não convém aos homens” (Rousseau, 1964 a [1757], p. 406). Seres perfeitos, porém, provavelmente produziram cooperação de maneira espontânea e dispensariam qualquer espécie de governo. São as mulheres e os homens que precisam da democracia. E as formas institucionais em que ela se realiza apresentam-se sempre incompletas, sempre atravessadas pelos mecanismos de reprodução das assimetrias sociais, manter o horizonte normativo de uma democracia aprofundada permite avançar na crítica – e, oxalá, também na transformação – da realidade. (MIGUEL, 2013, p. 308-309).

A interpretação das normas eleitorais relativas à inelegibilidade, sobretudo daquelas em apreço neste estudo pela Corte Eleitoral, deve cadenciar o avanço para uma democracia mais aprofundada, buscando a realização dos princípios democráticos estampados na Constituição Federal.

O grande desafio é manter o entendimento dado pelo TSE à amplitude do conceito de patrimônio privado, de modo a contemplar a propriedade de bens materiais e imateriais, e nestes compreendida a propriedade autoral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, TSE. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL N: 202-36, Rel. Min. Arnaldo Versiani, sessão de 27/09/2012. Disponível em <<http://inter03.tse.jus.br/sju-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=45979&noCache=998044169>> Acesso em: 27 mar. 2020.

_____, TSE. RECURSO ORDINÁRIO N: 981-50, Rel. Min. João Otávio de Noronha, sessão de 30/09/2014. Disponível em <<http://inter03.tse.jus.br/sju-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=50964&noCache=1236494959>> Acesso em: 27 mar. 2020.

_____, TSE. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL N: 145-94.2016.6.24.007SC. Relator: Ministro Herman Benjamin. DJe: 02/08/2018. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=14594&processoClasse=RESPE&decisaoData=20170405>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

_____, TSE. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL N: 137-96.2016.6.26.0063SP. Relator: Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto. DJe: 26/10/2018. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=302103&noCache=1578525249>>. Acesso em: 27 mar. 2020.

DEMÓSTENES. *Discursos políticos*, Barcelona: Editorial Iberia, 1955.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*, 14° ed., São Paulo: Atlas, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 12° ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

MIGUEL, Luís Felipe. *Democracia e representação*, São Paulo: Unesp, 2013.

SANTOS GONÇALVES, Luiz Carlos dos. *Direito eleitoral*. 2° ed., São Paulo: Atlas, 2012.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, 10° ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

SISTEMA POLÍTICO-ELEITORAL BRITÂNICO, ELEIÇÕES DE 2019 E SISTEMA *FIRST-PAST-THE-POST* PARA COMPOSIÇÃO DO PARLAMENTO: ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA JURÍDICA BRASILEIRA

UK POLITICAL AND ELECTORAL SYSTEM, 2019 ELECTIONS AND THE FIRST-PAST-THE-POST SYSTEM: ANALYSIS UNDER A BRAZILIAN LEGAL PERSPECTIVE

Antonio Gelis Filho¹

RESUMO

O comparativismo é uma metodologia importante para os estudos jurídicos eleitorais. A análise do funcionamento de escolhas políticas e jurídicas em relação a sistemas eleitorais muito se beneficia do estudo dos processos e dos resultados derivados de sua aplicação real a eleições. Neste artigo, analisamos diversas questões que cercam o voto pluralitário para composição de um parlamento, a partir do estudo do caso das eleições britânicas de 2019. O Reino Unido é um dos poucos países do mundo onde vige um sistema eleitoral baseado no voto pluralitário puro para composição de sua câmara baixa, a *House of Commons*. Concluímos que o método apresenta desafios em relação à produção de enorme proporção de “votos desperdiçados”, falta de proporcionalidade, com dúvidas em relação a ameaças à unidade nacional e em relação à diversidade de ideias representadas no parlamento.

Palavras-chave: direito eleitoral; voto distrital; direito eleitoral comparado; Reino Unido.

ABSTRACT

Comparative law is an important research method for electoral law. The analysis of how foreign systems and elections work in practice can help the understanding of institutional and legal options for the advancement of electoral systems. In this paper, I analyze various issues surrounding the plurality voting system, basing my analysis on the United Kingdom general election of 2019. United Kingdom is one of the few countries in the world where the *first-past-the-post* system is utilized, especially to elect Members of the House of Commons. I sustain that the system produces a high number of “wasted votes”, induces a serious lack of proportionality. In the other hand, the evidence for regionalization of political parties and lack of political diversity in the parliament is less convincing.

Keywords: Election Law; majoritarian systems; comparative election law; United Kingdom.

SUMÁRIO

Introdução; 1. Breves Considerações sobre a História Política do Reino Unido; 2. O Atual Sistema Político-Eleitoral Britânico e a Necessidade de Reforma; 2.1. *Sistema pluralitário puro de voto único em circunscrições com vaga única em disputa*

¹ Doutor em Administração pela FGV-EAESP (2005), Especialista em Direito Eleitoral pela EJP (2018), Especialista em Direito Sanitário pela FSP-USP (2000), Advogado (FADUSP-1995) e Médico (USP-1990). Professor do Dep. Gestão Pública da FGV-EAESP, onde leciona em cursos de pós-graduação, graduação e *InCompany*.

(“voto majoritário”): “*First-Past-The-Post*”; 3. Eleições de 2019 no Reino Unido: Síntese de Resultados e Análise; Conclusão.

INTRODUÇÃO

No dia 12 de dezembro de 2019 o Reino Unido realizou eleições gerais. Em jogo estavam todas as 650 cadeiras disponíveis na câmara baixa do país (*House of Commons*). O Partido Conservador foi o grande vencedor. As eleições foram cercadas por particularidades. A data foi não usual; havia grande instabilidade política; o movimento independentista da Escócia não havia perdido força após o referendo de 2014, no qual fora derrotado por estreita margem; o processo de desligamento do país da União Europeia (*Brexit*²) inflamava a sociedade britânica. Um processo peculiar, naquela que talvez seja a mais estável democracia eleitoral do mundo. É possível aprendermos com quaisquer eleições, e as eleições britânicas de 2019 não são exceção, ainda mais quando consideramos o ambiente institucional desafiador que as cercou.

A ciência jurídica eleitoral não dispõe das metodologias experimentais utilizadas pelas ciências naturais, ao menos não na mesma medida. Embora estudos de psicologia e de economia experimental venham abordando temas jurídicos, e embora modelos matemáticos sofisticados venham sendo aplicados a temas de direito eleitoral, o estudo comparativo da realidade observada em processos eleitorais é um instrumento muito valioso para que possamos analisar como se desenrolam, na prática, as escolhas jurídico-institucionais relativas a sistemas eleitorais. Podemos, destarte, extrair lições para serem aplicadas a nosso próprio sistema eleitoral. Essencial, para tanto, inserir tais observações no contexto histórico político local.

Selecionamos para este artigo um tema de muita relevância para o sistema eleitoral brasileiro e cuja manifestação nas eleições britânicas pode fornecer *insights* para nós. Trata-se do sistema pluralitário de escolha dos eleitos para o parlamento. Entre nós as propostas nesse sentido têm sido incluídas na discussão do erroneamente nomeado “voto distrital”. Erroneamente, pois que nosso voto já é “distrital”; tal termo, em português, deriva, ao menos em parte, da tradução errônea de “electoral district”, termo em inglês que seria mais bem traduzido como “circunscrição eleitoral”. Um voto não-distrital seria um voto no qual qualquer eleitor pudesse votar em qualquer local do país. Algo obviamente impossível, exceto talvez em micropaíses. O sistema eleitoral britânico, ao menos em relação às eleições para composição do parlamento nacional (pois há também parlamentos regionais), segue um sistema pluralitário puro. Cada um dos 650 *Members of the Parliament* (“Membros do Parlamento, “MPs”) é o vencedor de eleição pluralitária em turno único (*first-past-the-post*, como o sistema é informalmente conhecido), em uma determinada circunscrição eleitoral (*constituency*). Isso torna o país verdadeiro laboratório onde tal sistema eleitoral é testado a cada eleição.

É frequente em nosso meio o argumento de que a introdução do sistema pluralitário nas eleições para o parlamento federal, com os estados sendo divididos em circunscrições eleitorais (“distritos”) que elegeriam um deputado cada, traria uma série de benefícios. Alguns apontam a proximidade entre eleitor e candidatos; maior facilidade de fiscalização do trabalho de seus representantes pelos eleitores; promessas de campanha menos vagas, pois que mais imediatamente fiscalizáveis, e outras. Registre-se que boa parte das propostas incluem apenas fração do número total de vagas para deputado federal sendo preenchida por tal sistema, o restante seguindo o sistema proporcional (ACE project, 2020).

Como qualquer sistema eleitoral, a apuração por critério pluralitário não é uma panaceia institucional. Há pontos positivos e negativos. Neste texto abordaremos quatro

2 Neologismo formado pela junção de “*Britain*” e “*exit*” (saída).

características associadas ao voto majoritário: a alta quantidade de votos “desperdiçados”, já que não influem na formação do parlamento, em oposição ao que ocorre no sistema proporcional; falta de proporcionalidade; impacto sobre unidade nacional, em especial com análise dos casos do *Scottish National Party* (Partido Nacional Escocês, doravante “SNP”), *Plaid Cymru*³ (“Partido de Gales”, doravante PCy); e, finalmente, a questão da representação de ideias não majoritárias no parlamento.

A análise comparativa de eleições é também uma oportunidade de aprender sobre sistemas políticos e eleitorais estrangeiros. Essa oportunidade não será desperdiçada aqui, pois será apresentado um breve histórico da evolução política do Reino Unido, culminando com o desenho político-eleitoral atual.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A HISTÓRIA POLÍTICA DO REINO UNIDO

O Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte (*United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*) é um país arquipelágico situado a noroeste da Europa continental. Sua área (242.495 km²) é muito semelhante à do Estado de São Paulo (248.219 km²). A população do país é de cerca de 66,5 milhões de habitantes, segundo estimativa do *Office for National Statistics* referente a 2018. Apenas para comparação, a população do Estado de São Paulo é estimada atualmente pelo IBGE em 45,9 milhões de habitantes.

O país é formado por Inglaterra, Escócia, País de Gales, Irlanda do Norte e ilhas menores. Além disso, diferentes vínculos jurídicos unem o Reino Unido a fragmentos de seu antigo império, os *British Overseas Territories*. Estes últimos não são propriamente parte do país. Há ainda conjuntos de pequenas ilhas, dois no Canal da Mancha, entre Grã-Bretanha e França (Bailiados de Guernsey e de Jersey) e uma entre Grã-Bretanha e Irlanda (Ilha de Man) que são *Dependências da Coroa*, não fazendo parte do país Reino Unido (Ministry of Justice, 2020). São conhecidos paraísos fiscais. Até 31 de janeiro de 2020, o Reino Unido era também membro da União Europeia. A maior parte da área do país é representada pela ilha da Grã-Bretanha, na qual estão localizadas Inglaterra, Escócia e País de Gales. A Irlanda do Norte ocupa cerca de 17% da ilha da Irlanda, possuindo área (c.14.000 km²) pouco inferior ao dobro da área da Região Metropolitana de São Paulo, com cerca de 7.900 km² (EMPLASA, 2020; UN DATA 2020). O restante da ilha da Irlanda é ocupado pela República da Irlanda, país independente mas outrora parte do Reino Unido, como veremos .

Uma peculiaridade do Reino Unido é a falta de documento constitucional único. Esse fato é erroneamente simplificado por meio da expressão “o Reino Unido não possui constituição escrita”. Em realidade, essa afirmação é apenas parcialmente verdadeira. A constituição do Reino Unido consiste em uma série de princípios constitucionais identificados pelos tribunais ao longo do tempo, mas também inclui documentos de valor constitucional. O mais correto seria afirmar que se trata de constituição não-codificada (University College London, 2020). Não é objetivo deste texto mergulhar no tópico fascinante, porém extraordinariamente complexo, do direito constitucional britânico. Para nossas finalidades, algumas informações são suficientes. Em primeiro lugar, lembremo-nos que se trata de sistema jurídico muito diferente do nosso; em poucas áreas do direito tais diferenças são tão marcantes quanto no direito constitucional. Além disso, vale ressaltar que as discussões sobre a necessidade de

3 Nome do partido em galês, língua celta do País de Gales. A pronúncia aproximada é “pláid kâmri”, com o “r” pronunciado como na palavra do português “cara”.

documento constitucional único abundam no país. A *House of Commons* chegou a publicar, em 2015, texto com opções para a reforma constitucional do país (House of Commons, 2015). Em segundo lugar, não há predominância das regras constitucionais sobre outras leis, ao menos não no sentido de outros sistemas jurídicos. Muito curiosamente, como não há documento elencando quais documentos são ou não constitucionais, frequentemente há dúvida sobre quais documentos e institutos jurídicos o são.

O Reino Unido é uma Monarquia Constitucional. A rainha é chefe de estado e o primeiro-ministro é chefe de governo. Como monarquia constitucional, é parlamentarista.

Para respondermos à questão “quão unitário é o Estado britânico”, devemos investigar, ainda que superficialmente, a história do país. É sabido hoje que a velha polarização “estados unitários (ou centralizados) *versus* federações” raramente traduz a verdade de um país. Alguns estados considerados unitários por muitos, como a Itália, possuem unidades com amplos graus de autonomia, caso de Sicília, Sardenha, Vale d’Aosta, Friuli-Venezia Giulia e Trentino Alto-Adige; outros estados, federativos, possuem unidades com autonomia muito reduzida em comparação a outras, como é o caso dos *oblasts* russos quando comparados às repúblicas étnicas que também compõem o país. Melhor fazemos quantos interrogamos qual é o grau de autonomia das diferentes unidades que compõem um estado. A resposta a essa questão, em relação ao Reino Unido, é particularmente complexa. Para respondê-la, breve síntese histórica se faz necessária. Os acontecimentos marcantes dessa história, especificamente, nos ajudarão a compreender essa *polity* peculiar. O Quadro 1 apresenta apertada síntese.

ANO	Acontecimento	Estado resultante
1535 e 1542	<i>Laws in Wales Acts</i> : anexação do País de Gales pelo Reino da Inglaterra	Reino da Inglaterra (já existia como tal)
1707	União política entre Reino da Inglaterra e Reino da Escócia	Reino Unido da Grã-Bretanha
1800	União política entre Reino da Grã-Bretanha e Reino da Irlanda (que já era um <i>puppet state</i> controlado pelo Reino Unido da Grã-Bretanha)	Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda
1922	Independência de grande parte da Irlanda, como República da Irlanda. Porção nordeste da ilha permanece no Reino Unido	Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte (1927)
1973	Reino Unido ingressa na Comunidade Europeia	Sem alteração
1975	Primeiro plebiscito sobre a permanência do Reino Unido na Comunidade Europeia, com 67% dos votos por permanecer.	Sem alteração
1997-1999	Plebiscitos levam à devolução de poderes a Escócia e País de Gales, com estabelecimento de parlamentos regionais	Sem alteração
1998	<i>Northern Ireland Act 1998</i> (dando forma a previsões do Acordo de Belfast) devolveu poderes à Irlanda do Norte, reinstalando a Assembleia local.	Sem alteração

2014	Plebiscito pela Independência da Escócia, com 55,3% dos votos pela permanência no Reino Unido	Sem alteração
2016	Segundo plebiscito sobre a permanência do Reino Unido na Comunidade Europeia, com 51,89% dos votos por não permanecer.	Sem alteração
2020	O Reino Unido deixa de ser membro da União Europeia no dia 31 de janeiro.	Sem alteração

Quadro 1. Formação do Reino Unido: Principais eventos. FONTES: BBC.com4, Britannica.com, 20205; Morgan, 2010.

Duas câmaras compõem o parlamento britânico. A câmara baixa é a *House of Commons*; a câmara alta é a *House of Lords*. Ambas funcionam no Palácio de *Westminster* em Londres.

O modelo britânico é talvez único entre democracias avançadas no sentido de não haver eleições gerais para a câmara alta; apenas cerca de 90 de suas vagas, reservadas a membros da aristocracia hereditária, são preenchidas por “eleições” entre os possíveis ocupantes. Todos os membros da câmara alta britânica pertencem ao sistema de *peerage* do Reino Unido. Trata-se de instituição jurídica britânica que inclui portadores de título de nobreza, hereditários (não são mais criados desde 1999, exceto para membros da família real) ou não. Há dois títulos para seus ocupantes: *Lords Spiritual* (membros da Igreja Anglicana) e *Lords Temporal* (todos os outros). Outra peculiaridade da câmara alta é não ter um número fixo de membros, atualmente sendo de 788 *Lords*; trata-se de caso também talvez único de câmara alta com número maior de membros que a câmara baixa. Funciona como casa revisora, pode propor legislação e fiscalizar o governo, mas com poderes mais limitados que os da câmara baixa (House of Lords, 2020).

A câmara baixa é a *House of Commons*. Possui 650 *Members of Parliament*. É o coração político do Reino Unido. As eleições gerais britânicas acontecem para sua composição. A Tabela 1 mostra a relação entre população e número de representantes para os quatro *countries* do Reino Unido.

	População (milhões)	% da população do Reino Unido	nº de cadeiras	% do nº total de cadeiras
Reino Unido	66,5	100	650	100
<i>Inglaterra</i>	56	84,2	533	82
<i>Escócia</i>	5,5	8,1	59	9
<i>País de Gales</i>	3,1	4,9	40	6,15
<i>Irlanda do Norte</i>	1,9	2,8	18	2,8

TABELA 1. População dos componentes do Reino Unido e representação no parlamento. FONTES: *Office of National Statistics; Parliament of United Kingdom*. Obs: Números arredondados em relação a população e porcentagens, podendo haver em consequência pequenas divergências nas somas dentro das colunas.

4 <http://www.bbc.co.uk/history/british/>

5 <https://www.britannica.com/place/United-Kingdom>

Essas breves pinceladas sobre a formação do Reino Unido deixam evidente o processo básico: expansão bem-sucedida por vários séculos, porém em regime de tensão quase permanente, em maior ou menor grau, entre Londres e as capitais regionais; desintegração do Império Britânico, eventual independência de parte da Irlanda, forte movimento independentista escocês e devolução de poderes aos entes subnacionais desde o final do século XX. Acrescente-se a isso o fracasso do projeto de integração à União Europeia, com possíveis repercussões futuras sobre a unidade nacional. A despeito de tais fatos, o Reino Unido é considerado um dos países mais democráticos do mundo de acordo com os rankings internacionais. Sua economia inclui-se entre as maiores e mais avançadas do planeta.

2 O ATUAL SISTEMA POLÍTICO-ELEITORAL BRITÂNICO E A NECESSIDADE DE REFORMA

Como discutido acima, não há propriamente um “sistema eleitoral constitucional” no Reino Unido, ao menos não no sentido que essa expressão adquire em outros países (Loughlin, 2013). A “lei” aplicada às eleições é o resultado do acúmulo histórico de decisões, *statutes* (equivalentes às nossas leis) e decisões judiciais. Segundo o Relatório da Reforma Eleitoral (*Electoral Reform Report, Summary*, 2020, p. 6), a “legislação” eleitoral britânica pode ser classificada em primária e secundária. A legislação primária inclui “as provisões fundamentais, que incluem assuntos constitucionais, tais como direito de sufrágio e sistema de votação, e legislação eleitoral estrutural, incluindo registro, voto dos ausentes, regulamentação da campanha eleitoral, delitos eleitorais, e provisões em relação ao direito processual eleitoral e ações eleitorais”. A legislação secundária, inclui “normas mais detalhadas e de natureza técnica sobre a condução e administração da votação e da contagem dos votos”. Há ainda normas mais tópicas, puramente administrativas.

Nas palavras da própria *Law Commission*, órgão responsável por sugerir modificações nas direito inglês:

O direito eleitoral no Reino Unido está espalhado por 17 *statutes* e cerca de 30 regulamentos. Tem se tornado crescentemente complexo e fragmentado; difícil de acessar, aplicar e atualizar. Muito do direito eleitoral [no Reino Unido] envolve linguagem e práticas do século XIX e não reflete a moderna administração eleitoral. (*Law Commission of England and Wales*, 2020)

Em virtude de tal problema, um grande projeto de reforma do direito eleitoral britânico foi iniciado em 2011 e concluído em 2020 com a publicação do relatório conjunto da *Law Commission of England and Wales* e da *Scottish Law Commission* (*Electoral Reform Report*, 2020; Lundberg, 2018).

O principal documento regulando as eleições gerais no Reino Unido (bem como algumas outras) é o *Representation of the People Act 1983*, mais conhecido por *1983 Act*. Segundo o relatório acima mencionado, o *Act 1983* está muito defasado, tendo raízes em institutos jurídicos de meados do século XIX. É interessante notar que um dos objetivos da proposta reforma é a unificação da legislação eleitoral, permitindo aos operadores do direito e aos cidadãos a fácil identificação de qual é a legislação aplicável. Há também propostas para modificação do direito penal eleitoral; para evitar petições eleitorais (*electoral petitions*) oportunistas. Curiosamente, o documento cita a necessidade de se evitar candidaturas fraudulentas, citando o caso de uma pessoa que mudou seu nome para Margareth Thatcher (ex-primeira ministra do país) e concorreu em sua antiga *constituency*, e de um manequim que foi indicado candidato na Escócia (*Electoral Reform Report, Summary*, 2020, p.9).

O sistema político britânico é multipartidário. A despeito disso, todos os governos formados desde 1945 foram comandados ou pelo Partido Conservador (*Conservative and Unionist Party*, apelidado por razões históricas “*Tories*”) ou pelo Partido Trabalhista (*Labour Party*), em raras ocasiões em coalizão ou aliança com partidos menores. Há a possibilidade de candidaturas avulsas (independentes). Atualmente, dez partidos estão representados na *House of Commons*. Nas eleições de 2019, mais de quarenta partidos apresentaram candidatos. Nenhum partido disputou todas as *constituencies*, sendo o Partido Conservador o que disputou o maior número delas, 635.

Considerações sobre necessidade de reformas à parte, o sistema eleitoral do Reino Unido é caracterizado, acima de tudo, pelo uso de um sistema pluralitário puro para escolha dos representantes em seu parlamento nacional, que detalharemos a seguir.

2.1 SISTEMA PLURALITÁRIO PURO DE VOTO ÚNICO EM CIRCUNSCRIÇÕES COM VAGA ÚNICA EM DISPUTA (“VOTO MAJORITÁRIO”): “FIRST-PAST-THE-POST”

No sistema britânico há eleições dentro de cada uma das 650 constituencies (“circunscritões eleitorais”), em turno único, para escolha dos membros da House of Commons. O candidato que receber mais votos em uma constituency é eleito. Registre-se aqui que o sistema britânico é conhecido localmente pela tradicional expressão, algo jocosa, “first-past-the-post” (literalmente, “o primeiro que passar pelo poste”). A expressão, segundo alguns, é emprestada do turfe, onde o cavalo vencedor era aquele que primeiro ultrapassasse o poste que marcava a linha de chegada. A expressão destaca o fato de que apenas um candidato é eleito.

Alguns talvez definissem tal sistema como “majoritário”, mas a expressão “voto majoritário” é imprecisa cientificamente. Essa imprecisão decorre de quatro pontos. Vale aqui pequeno excursão a respeito.

O primeiro ponto de imprecisão é que a expressão “voto majoritário” exclui a eleição por pluralidade dos votos, sistema empregado no Reino Unido, e, por exemplo, também nas eleições para senador no Brasil. Aqui, como lá, não é necessário obter a maioria dos votos; basta ser o candidato mais votado; basta, portanto, obter a pluralidade dos votos. Não se trata de maioria simples, termo que se refere à atividade legislativa parlamentar.

O segundo ponto de imprecisão é o fato de a expressão “voto majoritário” não esclarecer tratar-se de circunscritões nas quais há uma única cadeira em disputa. Novamente, eleições brasileiras para o Senado Federal fornecem exemplos. Como são três senadores por estado-membro da federação brasileira, com disputa, de modo alternado, por $\frac{1}{3}$ e $\frac{2}{3}$ das cadeiras para mandatos de oito anos, há eleições nas quais há uma única cadeira em disputa na circunscritão (cada estado-membro da federação brasileira sendo uma circunscritão nesse sentido), seguidas, após quatro anos, por eleições nas quais há duas cadeiras em disputa.

Como terceiro ponto de imprecisão, há a questão do voto único. Há sistemas pluralitários que franqueiam aos eleitores mais de um voto. Um exemplo é o caso de eleitores brasileiros autorizados a votar em dois candidatos ao senado em 2010 e 2018.

Finalmente, um ponto de imprecisão científica é a ausência dos adjetivos “puro” ou “misto”. O sistema britânico é puro: não há vagas em disputa por outro sistema. Muitas das propostas para reforma do sistema brasileiro, por exemplo, incluem um sistema misto, no qual as vagas seriam preenchidas, parte pelo sistema pluralitário, parte pelo sistema proporcional.

Assim, o sistema britânico é mais corretamente definido como sendo um sistema pluralitário puro de voto único em circunscrições com vaga única em disputa. Mesmo aqui, é preciso fazer uma ressalva. Esse é o sistema para eleição de membros da câmara baixa do parlamento nacional. Há outras eleições no país que seguem sistemas distintos, como eleições locais ou eleições para parlamentos regionais.

3 ELEIÇÕES DE 2019 NO REINO UNIDO: SÍNTESE DE RESULTADOS E ANÁLISE

A situação política do Reino Unido nos anos que antecederam a eleição vinha sendo dominada pela discussão em torno do *Brexit*. Pequena maioria dos eleitores havia favorecido a saída do país da União Europeia, no plebiscito convocado em 2016 pelo então primeiro-ministro, o conservador David Cameron. Embora tendo convocado o plebiscito, o chefe de governo era contrário à saída do país da União Europeia. Com a vitória da posição oposta ele renunciaria a seu cargo, assumindo a posição a também conservadora Theresa May.

Período de incerteza política se seguiria. Em 2017 a primeira-ministra decidiu convocar novas eleições, em tentativa de ampliar sua maioria pouco confiável no parlamento. A tentativa falhou e o Partido Conservador conseguiu se manter no poder apenas por conta de frágil acordo com o pequeno *Democratic Unionist Party* (Partido Unionista Democrático, “DUP”), pequeno partido da Irlanda do Norte que contava com apenas oito cadeiras no parlamento. Segue-se período de confusão política, havendo incerteza sobre como se daria o *Brexit* e havendo ainda muita pressão por setores da sociedade e da mídia para que fosse realizado novo plebiscito sobre o tema. Incapaz de conduzir a situação e enfrentando crescente oposição dentro de seu próprio partido, a primeira-ministra renunciaria, sendo substituída pelo vencedor das eleições internas para liderança do partido conservador, Boris Johnson. Este assumiria o cargo em julho de 2019, enfrentando dificuldades para a aprovação de seu plano para retirada do país da União Europeia. Decide, então, convocar as eleições que seriam realizadas em 12 de dezembro de 2019.

O resultado das eleições foi uma vitória decisiva do Partido Conservador, com dados apresentados na Tabela 2.

Partido	% dos votos	% das cadeiras obtidas	n° de cadeiras obtidas
Conservador	43,6	56,2	365
Trabalhista	32,1	31,1	202
SNP (E)	3,9	7,4	48
LibDem	11,6	1,7	11
DUP (NI)	0,8	1,2	8
Sinn Féin (NI)	0,6	1,1	7*
PD (PG)	0,5	0,6	4
SDLP (NI)	0,4	0,3	2
Alliance (NI)	0,4	0,2	1
Green	2,7	0,2	1

Brexit Party	2,0	0	0
Speaker**	-	-	1

TABELA 2. Resultados das eleições de 2019 no Reino Unido. E = Escócia; NI = Irlanda do Norte; PG = País de Gales; SNP = Partido Nacional Escocês; DUP = Partido Unionista Democrático; SDLP = Partido Social-Democrata e Trabalhista; Green = Partido Verde da Inglaterra e Gales. *O partido irlandês Sinn Féin recusa-se a ocupar as cadeiras que conquista nas eleições, em virtude de sua posição histórica pela incorporação da Irlanda do Norte à República da Irlanda. **A posição de *Speaker of the House of Commons*, própria do sistema político inglês, guarda semelhanças com a posição de Presidente da Câmara dos Deputados no Brasil. Ao ser eleito por seus pares *Speaker*, o MP desfilia-se de seu partido e concorre nas eleições seguintes em tal condição.

A análise do resultado das eleições nos ajuda a refletir sobre vários pontos. O primeiro deles é a questão da inerente *falta de proporcionalidade dos sistemas pluralitários*. Um rápido exercício mental explica a razão disso. Imaginemos que apenas dois partidos disputassem todas as 650 vagas para os parlamento britânico. Imaginemos que, em cada uma delas, o partido “A” obtivesse 51% dos votos e o partido “B” obtivesse 49% dos votos. O partido “B”, nada obstante sua excelente votação, não obteria sequer uma cadeira no parlamento. Essa é uma grande crítica ao sistema pluralitário.

Como se extrai de rápida inspeção dos resultados, há casos de gritante falta de proporcionalidade. O Partido Liberal-Democrata (*LibDem* na tabela) obteve 11,6% dos votos, mas apenas 1,7% das cadeiras; com 0,8%, o partido norte-irlandês DUP (*Democratic Unionist Party*) conseguiu oito cadeiras, mas o *Brexit Party*, com 2,0% dos votos, não obteve sequer uma. O SNP (*Scottish National Party*), concentrando suas forças, por óbvio, nas *constituencies* escocesas, obteve 3,9% dos votos, mas 7,4% das cadeiras, tornando-se a terceira força do parlamento.

Outro ponto para reflexão é o problema dos votos “desperdiçados”. Um sistema proporcional almeja dar a cada voto uma parcela, por pequena que seja, de representação parlamentar. Em tal sistema, um partido com 1% dos votos obteria 1% das cadeiras. Na prática, claro, isso não acontece, por uma série de fatores; mas esse é o objetivo maior. Em um sistema pluralitário, porém, a questão dos votos “desperdiçados” é crítica. Vejamos alguns casos interessantes das eleições de 2019 na Tabela 3.

<i>Constituency</i>	Total de Votos	Votos do Vencedor (Margem sobre 2º) - % do total	Votos Desperdiçados
Isle of Wight (E)	74.442	41.815 (23.737) - 56,2%	32.627 (43,8%)
Fermanagh and South Tyrone (IN)	50.762	21.986 (57) - 43,3%	28.776 (56,7%)
South Down (IN)	49.762	16.137 (1.620) - 32,4%	33.625 (67,6%)

TABELA 3. Votos desperdiçados nas eleições britânica de 2019: exemplos. FONTES: Isle of Wight: BBC6; demais *constituencies*: BBC e Commons Library7. E = Inglaterra; IN = Irlanda do Norte.

A *constituency* da Ilha de Wight, no Canal da Mancha, bem próxima à costa sul da Inglaterra, possui o maior número de eleitores registrados entre todas. A margem da

6 <https://www.bbc.com/news/politics/constituencies/E14000762>

7 <https://commonslibrary.parliament.uk/insights/general-election-2019-marginality/>

vitória do candidato eleito por Fermanagh and South Tyrone, na Irlanda do Norte, foi a menor de todas, apenas 57 votos. E em South Down, também na Irlanda do Norte, aconteceu a vitória com a menor porcentagem de votos, apenas 32,4%. Observamos o enorme número de votos desperdiçados em cada uma delas; trata-se de problema inerente a sistemas pluralitários.

Muito se discute, também, em relação aos sistemas pluralitários com única vaga em disputa, a questão da “Lei de Duverger”. A dita “lei” foi extraída por intérpretes da obra do cientista político Maurice Duverger. Consiste na afirmação de que sistemas pluralitários com votação em turno único (como, por exemplo, Reino Unido, Estados Unidos e Índia) estimulariam um sistema bipartidário, enquanto sistemas proporcionais e sistemas majoritários com votação em dois turnos estimulariam sistemas multipartidários (Duverger, 1972, p.23). Há argumentos contrários e favoráveis à verificação da correção da “lei de Duverger” no Reino Unido, a depender daquilo que se entende por bipartidarismo. Entendendo-se por bipartidarismo a presença de representantes de apenas dois partidos no parlamento, então o caso britânico representa claro fracasso da “lei”: dez partidos estão atualmente representados na *House of Commons* (muito embora o *Sinn Féin* se recuse a ocupar as cadeiras que conquista, em protesto à presença britânica na Irlanda do Norte). Caso o conceito de bipartidarismo se refira à efetiva conquista do poder, então haveria dúvidas. Desde 1945, como já mencionado acima, o Partido Conservador e o Partido Trabalhista alternam-se no poder, em raras ocasiões recorrendo a coalizão ou alianças para governar. Em realidade, houve apenas uma coalizão formal, entre Conservadores e Liberais-Democratas, de 2010 a 2015. Em todo caso, os outros dois sistemas mencionados tornam ainda mais complexa a avaliação da “lei” de Duverger: os Estados Unidos parecem confirmá-la, com apenas dois partidos (Democrata e Republicano) representados no Congresso, salvo raros parlamentares independentes; já a Índia parece oferecer exemplos que tornam menos convincente a lei (Diwakar, 2007; Mayer, 2011).

Outro ponto interessante a ser discutido a partir do resultado das eleições de 2019 é a questão do impacto do sistema pluralitário com vaga única sobre unidade nacional e sobre o sistema partidário como um todo. Embora essa seja uma questão dificilmente separável do contexto histórico e de sequência de resultados eleitorais, os resultados das eleições de 2019 apontam a regionalização como possível estratégia política. O caso mais marcante é o do *Scottish National Party*, hoje terceira força do parlamento e que disputa apenas as vagas escocesas. Outros casos óbvios são os partidos irlandeses e o *Plaid Cymru* galês. O sistema favorece a concentração de esforços em *constituencies* específicas, podendo estimular o surgimento de partidos regionais ou regionalizados. Esse aspecto, porém, também pode ser observado em sistemas proporcionais, como o caso da Espanha sugere. A questão aqui parece ser muito mais histórica que puramente eleitoral.

Finalmente há a questão da falta de diversidade partidária no parlamento. A possibilidade de pequenos partidos com temas específicos se fazerem representar no parlamento, a princípio, parece ser menor em um sistema como o britânico. A presença de dez partidos na *House of Commons* parece enfraquecer essa visão, mas análise mais completa mostra que é válida. Dos 533 *MPs* da Inglaterra, por exemplo, apenas um pertence a um partido menor, o Partido Verde (*House of Commons*, 2020). Os demais 532 pertencem aos três partidos que já participaram do governo. Dos dez partidos no parlamento, cinco são pequenos partidos norte-irlandeses, largamente definidos por conta de sua posição em relação à questão da unificação ou não com a República da Irlanda. O SNP define-se principalmente por sua posição em defesa da independência da Escócia (SNP, 2020). Além disso, o sistema permite pactos eleitorais, verdadeiras “pseudocoalizes”, nas quais partidos retiram candidatos de determinadas circunscrições, permitindo que seus aliados tenham menos adversários e mais chances

de vitória. Na eleição de 2019 houve o pacto *Unite to Remain* (“Unir para Ficar” [na União Europeia]) entre Partido Liberal-Democrata, Partido Verde e *Plaid Cymru*, com o objetivo de aumentar o número de parlamentares opostos ao *Brexit*. Tais pactos, porém, necessariamente se dão por conta de alguns poucos pontos em comum entre os partidos, reduzindo a diversidade de temas na campanha. O voto tático, em virtude da natureza do sistema, acaba também sendo uma realidade: diante da possibilidade de sua circunscrição eleger alguém considerado muito pouco adequado, o eleitor vota em alguém que não é sua primeira opção, mas cujas chances de vitória são maiores. As “barreiras sistêmicas” de ingresso de um partido no parlamento são, sem dúvida, elevadas. Por outro lado, a existência de “cláusulas de barreira” em sistemas proporcionais, por meio das quais um percentual mínimo de votos é exigido para que um partido tenha direito à representação no parlamento, mostra que o aumento excessivo do número de partidos nem sempre é desejável (Gelís Filho, 2018).

CONCLUSÃO

As eleições gerais britânicas oferecem ótima oportunidade para se analisar de forma aplicada o sistema pluralitário de voto único com vaga única em disputa. Após breve síntese da evolução político-eleitoral britânica, pudemos analisar a busca por reformas em um sistema que, embora estável ao longo do tempo, enfrenta desafios não de todo distintos dos nossos: busca pela simplificação do sistema, a questão do direito penal eleitoral, a necessidade de evolução dos instrumentos processuais e de agilização como um todo.

Em relação ao sistema pluralitário em si, reforça-se a percepção de que apresenta pontos negativos em relação aos votos “desperdiçados” e à falta de proporcionalidade entre votos totais e representação. Outros pontos, como possível regionalização partidária e redução da diversidade partidária no parlamento parecem ser menos nítidos e bastante dependentes de outros fatores.

REFERÊNCIAS

- ACE PROJECT. The Electoral Knowledge Network. **Advantages and Disadvantages of the FPTP system.** URL <http://aceproject.org/ace-en/topics/es/esd/esd01/esd01a/esd01a01> . Acesso em: 24 abr. 2020.
- DIWAKAR, Rekha. Duverger’s law and the size of the Indian party system. **Party Politics**, 1(5): 539-561, 2007.
- DUVERGER, Maurice. **Party Politics and Pressure Groups: A Comparative Introduction.** New York: Thomas Crowell, 1972.
- ELECTORAL COMMISSION. <https://www.electoralcommission.org.uk/> . Acesso em: 27 mar. 2020.
- GELIS FILHO, Antonio. Restrições às prerrogativas partidárias com base em desempenho eleitoral : características comuns às cláusulas de barreira, de desempenho e quocientes eleitorais. **Revista Eletrônica de Direito Eleitoral e Sistema Político - REDESP.** nº 2 (jul./dez. 2018). Disponível em <https://apps.tre-sp.jus.br/ojs/index.php/revistaEJEP/article/view/68/88> .
- EMPLASA - Empresa Paulista de Planejamento Metropolitano S.A. **Região Metropolitana de São Paulo.** URL <https://emplasa.sp.gov.br/RMSP> Acesso em: 26 abr. 2020.
- HOUSE OF COMMONS. Members of the parliament. URL <https://www.parliament.uk/business/commons/members-of-the-house-of-commons/> . Acesso em: 30 abr. 2020.

- HOUSE OF COMMONS. Political and Constitutional Reform Committee. UK Constitution: A summary, with options for reform, 2015. URL <https://www.parliament.uk/documents/commons-committees/political-and-constitutional-reform/The-UK-Constitution.pdf> . Acesso em: 29 abr. 2020.
- HOUSE OF LORDS. 2020. URL <https://www.parliament.uk/lords>. Acesso em: 25 abr. 2020.
- LAW COMMISSION OF ENGLAND AND WALES. ELECTORAL LAW. Disponível em <https://www.lawcom.gov.uk/project/electoral-law/> Acesso em: 28 mar. 2020.
- LAW COMMISSION OF ENGLAND AND WALES. Electoral Law. **Summary of final report** Disponível em https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2020/03/6.6339_LC_Electoral-Reform-Report_Summary_v7.pdf Acesso em: 29 mar. 2020.
- LOUGHLIN, Martin. **The British Constitution: A Very Short Introduction**. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- LUNDBERG, Thomas C. **Electoral Systems in Context: United Kingdom**. In Herron, Erik S.; Pekkanen, Robert J. and Shugart, Matthew S.: The Oxford Handbook of Electoral Systems. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 627-650.
- MAYER, Peter. Gross violations of Duverger's Law in India. **Studies in Indian Politics**, 1(2): 179-201, 2013.
- MINISTRY OF JUSTICE. United Kingdom. **Background briefing on the Crown Dependencies: Jersey, Guernsey and the Isle of Man**. URL https://www.justice.gov.uk/downloads/about/moj/our-responsibilities/Background_Briefing_on_the_Crown_Dependencies2.pdf . Acesso em: 01 mai 2020.
- MORGAN, Kenneth O. (ed.). **The Oxford History of Britain**. Updated edition. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- OFFICE OF NATIONAL STATISTICS. <https://www.ons.gov.uk/> Acesso em: 24 mar. 2020
- PARLIAMENT OF THE UNITED KINGDOM. <https://www.parliament.uk/> . Acesso em: 29 mar. 2020.
- SNP - Scottish National Party. Independence. 2020. URL https://www.snp.org/?_campaign=independence . Acesso em: 01 mai 2020.
- UNIVERSITY COLLEGE LONDON. **What is the Constitution**. URL <https://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/what-uk-constitution> . Acesso em 27 abr. 2020.
-

PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO E A JUSTIÇA ELEITORAL – ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DA FERRAMENTA DURANTE AS ELEIÇÕES DE 2018

ELETRONIC JUDICIAL PROCEEDING AND THE ELECTORAL JUSTICE – ANALYSIS OF USAGE OF THE TOOL DURING THE 2018 ELECTIONS

Patricia Helena Marta Martins¹ e
Julio Enrique Cereguin Reis²

RESUMO

O presente trabalho destina-se à análise do Processo Judicial Eletrônico, usualmente conhecido como “PJE”, e os impactos positivos de sua utilização durante as Eleições de 2018. O estudo realizado demonstra a íntima relação entre a ferramenta e a celeridade da Justiça Eleitoral, destacando o perfeito encaixe existente entre o “PJE” e as representações eleitorais - especialmente as que tratam de propaganda eleitoral no âmbito da internet – por meio da análise estatística do tempo de duração dos processos durante as Eleições de 2018. Procura-se, também, endereçar os próximos desafios a serem enfrentados no uso da ferramenta durante as Eleições de 2020³.

Palavras-chave: processo judicial eletrônico, “PJE”, direito eleitoral, celeridade

ABSTRACT

This work intends to analyze the Electronic Judicial Proceeding, commonly known as “PJE”, and the positive impacts of its use during 2018 Elections. The study discusses the intimate connection between the tool and the Electoral Justice’s celerity, highlighting the great fit between “PJE” and electoral proceedings - especially the ones regarding electoral propaganda on the internet - through statistical analysis of the proceeding’s running time on 2018 Elections. We also aim to address the next challenges to be faced when using this tool during 2020 Elections⁴.

Keywords: electronical judicial proceeding, “PJE”, electoral rights, celerity

SUMÁRIO

Introdução; 1. A celeridade das representações eleitorais e a contribuição do Processo Judicial Eletrônico; 2. Análise estatística da utilização do PJE nas Eleições de 2018; 3. Desafios para o futuro; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A Justiça Eleitoral possui como uma de suas principais características a celeridade. Em qualquer âmbito de sua atuação – regulamentar, administrativa ou

1 Sócia de TozziniFreire Advogados na área de Contencioso, pós-graduada em Direito das Relações de Consumo pela PUC-SP.

2 Advogado de TozziniFreire Advogados na área de Contencioso, pós-graduando em Propriedade Intelectual e Novas Tecnologias pela FGV/SP.

3 Na data de elaboração deste artigo, as Eleições 2020 estavam com seu cronograma original mantido, a despeito da pandemia Covid-19.

4 By the time this work was prepared, the schedule for the 2020 Elections was kept as originally defined, despite the Covid-19 pandemic.

jurisdicional – este ramo do Poder Judiciário deve exercer suas atividades de forma ágil, pois visa a preservação do maior bem do Estado Democrático brasileiro: as Eleições.

Especialmente em sua função jurisdicional, os agentes eleitorais devem seguir procedimentos extremamente rápidos, sendo o foco do presente artigo a atuação em representações eleitorais sobre propagandas irregulares.

Nesses casos, a celeridade está ainda mais presente, considerando a missão de minimizar de forma quase que imediata os impactos causados nas campanhas eleitorais de eventuais propagandas em desconformidade com a legislação eleitoral.

Por esse motivo, durante o período eleitoral, lapso de tempo presente nos anos de Eleições cujo termo *a quo* coincide com o início da autorização para os políticos realizarem propagandas eleitorais, os prazos processuais são contínuos e peremptórios.

Durante a vigência dos processos físicos, os atuantes no âmbito eleitoral enfrentavam algumas dificuldades procedimentais, na medida em que necessária a realização de diversas diligências que deveriam necessariamente ser realizadas até o fechamento dos cartórios eleitorais.

Nas Eleições de 2018, com a implementação do Processo Judicial Eletrônico, grande parte destes empecilhos foram suprimidos, sendo este o objetivo de análise do presente artigo – o impacto positivo da ferramenta, em total harmonia com o princípio da celeridade na Justiça Eleitoral.

Após a análise empírica dos dados das Eleições de 2018, que demonstram, dentro de um espaço amostral de cerca de 700 (setecentos) processos, a melhoria do trâmite processual e o decréscimo de dias de tramitação, o presente artigo endereça os desafios futuros para a utilização do sistema nas Eleições de 2020, trazendo breve reflexão sobre as possibilidades de conversão de outros procedimentos relacionados às Eleições para o universo digital.

1 A CELERIDADE DAS REPRESENTAÇÕES ELEITORAIS E A CONTRIBUIÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO

Em um estado democrático como o brasileiro, todo poder emana do povo – como consagrado pelo parágrafo único do art. 1º de nossa Constituição Federal - e o exercício deste poder ocorre por meio dos representantes escolhidos pela população durante as Eleições, como lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

O Estado de Direito no Brasil é democrático, o que significa que todo poder emana do povo e é por ele exercido, diretamente ou por meio de representantes eleitos democraticamente (CF 1.º par. ún.). A CF é expressa ao determinar o modo de exercício da soberania popular: voto secreto e direto, com valor igual para todos, garantidos pelo sufrágio universal. (JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade, 2017)

Diante da importância vital do momento no qual o povo exerce sua soberania popular, foi designada à Justiça Eleitoral – criada por meio do Código Eleitoral em 1932 - a tarefa de assegurar a lisura do pleito, como bem pontuado por Roberto Rosas:

A criação de uma justiça exclusiva para o processo eleitoral foi uma das soluções, pois a administração da eleição fica entregue às mãos isentas da Justiça, e não dos chefes políticos, administradores das candidaturas, dos votos, dos resultados e da indicação dos eleitos. (ROSAS, Roberto, 1999, p. 45)

E este âmbito do Poder Judiciário exerce sua função por meio da execução de três atribuições principais: regulamentar, administrativa e jurisdicional.

A regulamentar está relacionada à elaboração de normas referentes ao processo eleitoral – como nos momentos em que o Tribunal Superior Eleitoral publica as Resoluções com os regramentos que devem ser seguidos para cada Eleição.

A administrativa está relacionada à organização e realização das eleições e todos os procedimentos relacionados – como, por exemplo, no momento de convocação dos mesários.

E por fim, a atribuição jurisdicional, tipicamente presente em todos os órgãos que compõem o Poder Judiciário, que concede a competência à Justiça Eleitoral para julgar as demandas referentes às eleições com base nas normas estabelecidas.

Na função jurisdicional, uma das características mais marcantes é a celeridade de seus procedimentos. Em anos eleitorais, as ações autônomas existentes possuem prazos e ritos curtos, o que se justifica por uma essencial razão – há que se preservar a lisura e o bom andamento do pleito.

Especialmente nas três últimas Eleições, as representações eleitorais por propaganda irregular na internet ganharam terreno com a rápida expansão das redes sociais no Brasil. Com o aumento da utilização da internet para realizar propagandas, houve um natural crescimento nos números de ações relacionadas a esta prática.

As Zonas Eleitorais e os Tribunais Regionais Eleitorais passaram a se deparar com quantidades imensuráveis de representações eleitorais durante o período extremamente enxuto entre a autorização para os candidatos realizarem propaganda eleitoral (a partir de 15 de agosto, como prevê o art. 57-A da lei n. 9.504/97) e a realização do primeiro turno (primeiro domingo de outubro, como estabelecido pelos arts. 28 e 77 da Constituição Federal).

Apenas a duração curta deste lapso temporal, conhecido como período eleitoral, já justificaria a necessária celeridade existente nas representações eleitorais, como leciona José Jairo Gomes:

Porque a propaganda eleitoral só pode ocorrer no período eleitoral, forte é a influência do princípio da celeridade nas representações que a ela se referem. Por isso, os prazos são contínuos e peremptórios, correndo nos finais de semana e feriados, no período compreendido entre o pedido de registro (15 de agosto) e a data marcada para a proclamação dos eleitos. (GOMES, José Jairo, 2016, p. 485)

Como destacado pelo trecho acima, os prazos são contínuos e peremptórios, justamente para que o rito processual célere seja seguido à risca.

Além do aspecto temporal que demanda celeridade, outro fator importante na análise do sistema de tramitação célere é o impacto causado pelas propagandas irregulares. Como ressaltado, a atuação da Justiça Eleitoral, em todos os âmbitos, visa a preservação de um bem maior – o pleito eleitoral.

Isto significa dizer que os Juízes eleitorais deverão analisar de forma célere e já proceder com as intimações dos envolvidos para adoção de eventuais medidas de retirada de propagandas irregulares para que os regramentos relacionados ao pleito voltem a ser rigorosamente seguidos pelos candidatos.

Desta forma, o bom andamento do pleito é mantido – a atuação jurisdicional da Justiça Eleitoral apenas se torna realmente efetiva por meio da celeridade conferida aos seus procedimentos autônomos.

Com relação às representações eleitorais, este rito célere está previsto no art. 96 da lei n. 9504/97 (Lei das Eleições), que prevê que o prazo para apresentação de defesa será de 48 (quarenta e oito) horas, como previsto no §5º, com decisão sobre a demanda 24 (vinte e quatro) horas após a apresentação da defesa, como exposto no § 7º.

Para contribuir com a celeridade do rito, a Justiça Eleitoral prevê algumas medidas distintas do que usualmente observado na Justiça Comum – as

citações/intimações poderão ser encaminhadas via fac-símile (art. 96-A, Lei das Eleições), as decisões serão publicadas em mural eletrônico, e não no Diário de Justiça dos Tribunais, e os recursos serão julgados independentemente de publicação de pauta (art. 96, §9º, Lei das Eleições).

Esses procedimentos possuem um funcionamento extremamente correto e contribuem de forma positiva para a celeridade das representações eleitorais.

Até as Eleições de 2016, a única questão pendente que ainda prejudicava a celeridade das representações eleitorais era o fato de os processos serem físicos, o que demandava uma série de diligências dos agentes eleitorais.

Na prática, os atuantes do universo do contencioso eleitoral deveriam pedir vista do processo em cartório, realizar protocolos físicos respeitando o horário de funcionamento das Zonas Eleitorais e Tribunais Regionais Eleitorais, acompanhar o trâmite de remessa dos recursos às instâncias superiores, o que, em um período de prazos contínuos e peremptórios, impactava diretamente o já atarefado cotidiano dos que trabalham frente à Justiça Eleitoral.

Essa dificuldade se fazia ainda mais presente em representações eleitorais relacionadas à propaganda irregular na internet – os Juízes eleitorais se deparavam com *links* que levavam ao conteúdo apontado como infringente e, para que pudessem analisá-los, deveriam digitá-los em seus navegadores o que, em larga escala, atua na contramão da celeridade das representações eleitorais.

Atendendo às reivindicações dos advogados eleitorais e após diversos estudos e reuniões, o Tribunal Superior Eleitoral publicou no dia 27/03/2015 a Resolução nº 23.417/2014, que instituiu o Processo Judicial Eletrônico (PJE) como o sistema informatizado de constituição e tramitação de processos judiciais e administrativos na Justiça Eleitoral.

O próprio preâmbulo da Resolução trouxe como justificativas para adoção do PJE a celeridade dos instrumentos eleitorais:

Considerando a exiguidade de prazos do processo eleitoral; Considerando os benefícios advindos da substituição da tramitação de autos em meio físico pelo meio eletrônico, como instrumento de celeridade e qualidade de prestação jurisdicional (...) (TSE, Resolução nº 23.417/2014)

Após diversos estudos e grupos atuando para implementação do sistema em todos os Tribunais Eleitorais, o TSE publicou uma Portaria (nº 396/2015) dispondo sobre a necessidade de utilização obrigatória do PJE para algumas ações da Justiça Eleitoral (Ação Cautelar, Habeas Data, Habeas Corpus, Mandado de Injunção e Mandado de Segurança).

Na sequência, o TSE publicou nova Portaria (nº 1.143/2016) dispondo sobre a necessidade de utilização obrigatória do PJE para novas classes processuais existentes na Justiça Eleitoral, incluindo as representações eleitorais acerca de propaganda partidária.

Para as Eleições de 2018, primeiro pleito no qual ocorreu a utilização do PJE por todos os Tribunais no trâmite das representações eleitorais, o TSE publicou a Portaria nº 402/2018 acerca de trâmite no sistema de processos com pedido de urgência.

Ainda no âmbito do TSE, ocorreu a publicação da Portaria 344/2019, que dispôs sobre o último passo da utilização geral do PJE na Justiça Eleitoral, implementando a obrigatoriedade de utilização dos sistemas nas Zonas Eleitorais, já com foco nas Eleições de 2020.

Especificamente no âmbito do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (TRE/SP), importante destacar a Resolução 410/2017, que instaurou o PJE como procedimento obrigatório para a maior parte das ações autônomas eleitorais a partir do dia 30 de outubro de 2017.

O impacto da utilização do PJE nas Eleições de 2018 foi imediato – a consagrada “advocacia de balcão” foi automatizada, possibilitando que, após recebidas as intimações/citações por fac-símile ou e-mail, o acesso à cópia integral do processo ocorresse no intervalo de minutos, poupando preciosas horas indispensáveis aos advogados que atuam perante à Justiça Eleitoral.

Além das praticidades mencionadas, a adoção do PJE permitiu a pacificação de uma questão controversa na jurisprudência dos Tribunais Eleitorais – a contagem dos prazos em horas ou em dias.

Como a legislação eleitoral mencionava expressamente que os prazos deveriam ser contados em horas, havia divergência acerca da possibilidade – ou não – de conversão dos prazos em horas para dias nas situações de períodos coincidentes (24, 48 e 72 horas, por exemplo).

Em que pese a posição do Tribunal Superior Eleitoral⁵ no sentido de que a conversão do prazo de horas em dias é possível, a questão gerava debates no âmbito dos Tribunais Regionais Eleitorais.

A pá de cal na discussão veio com a utilização do PJE – considerando que não há mais um “horário limite” para realização dos protocolos, a tendência natural foi a de adoção dos prazos em dias, conferindo aos advogados a possibilidade de realizar protocolos até 23h59 do final do prazo.

As facilidades para os próprios servidores dos Tribunais Regionais Eleitorais também foram imediatas – a verificação de conteúdos apontados como infringentes na internet, por exemplo, estava acessível por meio de um único clique, viabilizando uma verificação muito mais eficaz e rápida, o que impactou positivamente na atuação dos Juízes Eleitorais.

Além disso, os atos processuais, com a utilização do PJE, poderiam ser realizados em qualquer momento – em casos de extrema urgência, os Relatores das representações eleitorais poderiam despachar após o fechamento dos Tribunais Regionais Eleitorais e, excepcionalmente, publicar esses atos no mural em eletrônico em horários não usuais.

Os benefícios da ferramenta do PJE foram refletidos nos números das Eleições de 2018. Conforme será demonstrado no capítulo a seguir, a tramitação das representações eleitorais ocorreu de forma mais célere.

2 ANÁLISE ESTATÍSTICA DA UTILIZAÇÃO DO PJE NAS ELEIÇÕES DE 2018

Com o intuito de fazer uma análise empírica dos benefícios da utilização do PJE nas Eleições de 2018, o presente estudo realizou o levantamento de aproximadamente 700 (setecentas) representações eleitorais sobre propagandas eleitorais na internet – especificamente 695 (seiscentas e noventa e cinco) -, em trâmite por todos os Tribunais Regionais Eleitorais.

Os gráficos apresentados a seguir, divididos pelas regiões do país, mostram **(i)** o número de representações eleitorais de cada estado e o número total de processos da região e **(ii)** o tempo, contabilizado em dia, de tramitação dos processos por cada estado, contabilizando a média de cada região.

REGIÃO NORTE

⁵ “1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de **ser possível a conversão de prazo em horas para dias.**” (TSE, REspe nº 26691, Relator Min. Henrique Neves, j. em 08/08/2013)

Como se verifica no gráfico abaixo, o estado da região Norte, com a maior quantidade de representações eleitorais analisadas pelo presente estudo, foi o do Amazonas, com 77 (setenta e sete) casos:

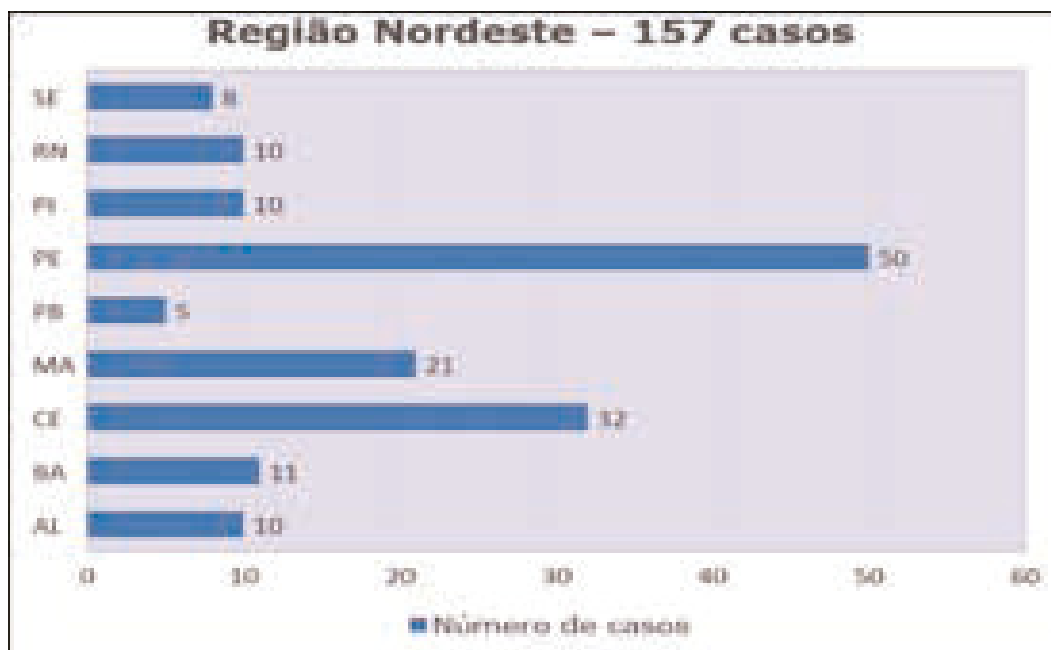


Já em relação ao tempo de tramitação dos processos, a região Norte teve uma média de aproximadamente 39 (trinta e nove) dias de tramitação por processo:

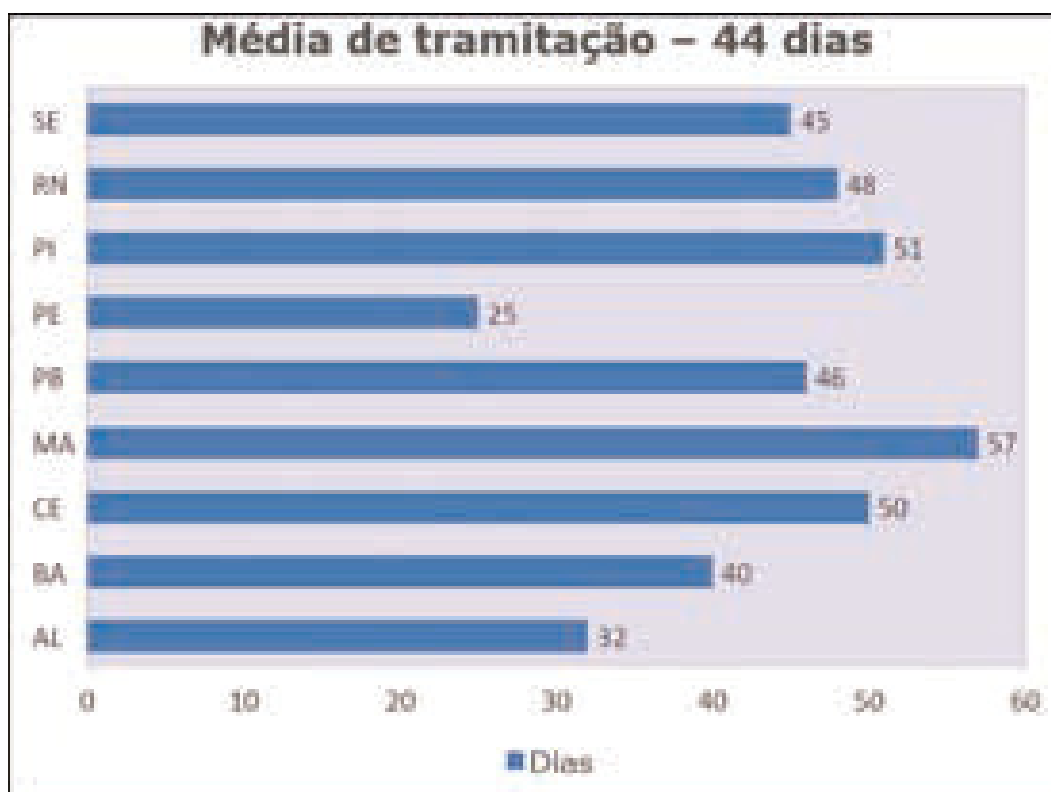


REGIÃO NORDESTE

Como se verifica no gráfico abaixo, o estado da região Nordeste com a maior quantidade de representações eleitorais analisadas pelo presente estudo foi o de Pernambuco, com 50 (cinquenta) casos:



O tempo de tramitação dos processos da região Nordeste foi semelhante ao da região Norte – 44 dias:



REGIÃO CENTRO-OESTE

Como se verifica no gráfico abaixo, o estado da região Centro-Oeste com a maior quantidade de representações eleitorais analisadas pelo presente estudo foi o de Goiás, com 56 (cinquenta e seis) casos:



Já o tempo de tramitação das representações eleitorais da região de Centro-Oeste foi de 41 (quarenta e um) dias, curiosamente uma média de tramitação próxima ao das regiões Norte e Nordeste:



REGIÃO SUDESTE

Como se verifica no gráfico abaixo, o estado da região Sudeste com a maior quantidade de representações eleitorais analisadas pelo presente estudo foi o de São Paulo, com 108 (cento e oito) casos:



Já o tempo de tramitação das representações eleitorais da região de Centro-Oeste foi de 22 (vinte e dois) dias:

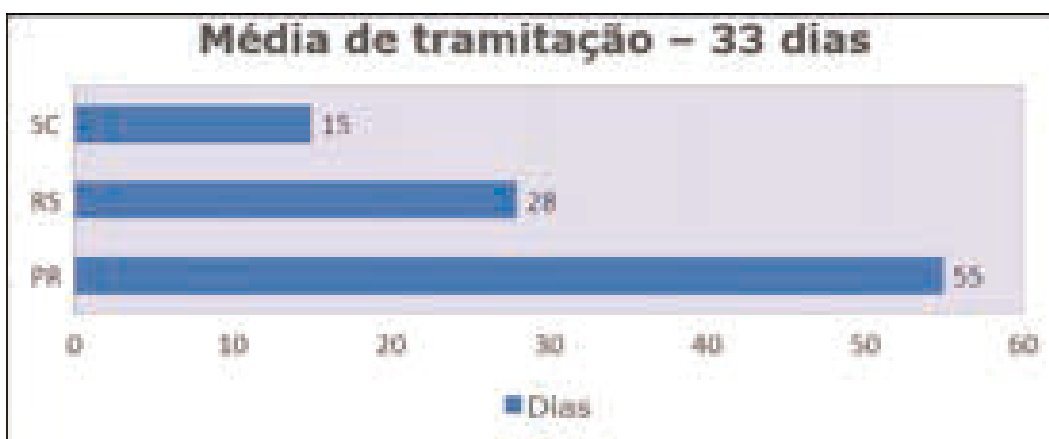


REGIÃO SUL

Como se verifica no gráfico abaixo, o estado da região Sul com a maior quantidade de representações eleitorais analisadas pelo presente estudo foi o de Santa Catarina, com 23 (vinte e três) casos:



Já o tempo de tramitação das representações eleitorais da região Sul foi de 33 (trinta e três) dias:



Da análise dos gráficos trazidos acima, verifica-se que o impacto da implementação do PJE foi imediato – a maior média de tempo de tramitação (Região Nordeste – 44 dias) representa apenas uma pequena parcela dos cerca de 125 dias de duração do período eleitoral.

E estes números são frutos do trabalho dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Tribunal Superior Eleitoral na implementação do sistema, com a realização de diversos eventos para contar com a presença dos advogados que atuam no contencioso eleitoral para execução de *workshops* sobre o sistema.

3 DESAFIOS PARA O FUTURO

Considerando o êxito da utilização da ferramenta durante as Eleições de 2018, o foco para o futuro deve ser as Eleições de 2020 e os desafios da utilização do PJE por todas as Zonas Eleitorais espalhadas pelo país.

Como estabelecido pela Portaria 344/2019 do TSE, o uso do PJE será obrigatório por todas as Zonas Eleitorais, sendo 2020 o primeiro pleito municipal em que haverá a utilização da ferramenta em todo o país.

O principal desafio a ser enfrentado será com relação à capacidade e infraestrutura de rede nos cartórios eleitorais brasileiros. Para o envio de citações/intimações e *upload* de documentos no PJE, faz-se necessária uma estruturação apropriada de conectividade, que deve ser precedida de diversos testes de utilização para que, no momento do período eleitoral, as Zonas Eleitorais estejam em pleno funcionamento do sistema.

A capacidade máxima de arquivos do PJE é limitada, devendo ser observadas eventuais inconsistências de documentos com base nesta limitação, sendo necessária a condução de treinamentos com os cartórios e Juízes eleitorais para que consigam usar a ferramenta da forma mais apropriada.

Ademais, caberá aos agentes eleitorais ponderar a possibilidade de emprego de recursos *online* para outras fases dos procedimentos eleitorais. Diante do isolamento social causado pela COVID-19, esta reflexão está presente no ano de 2020 e certamente levará a um amplo debate da comunidade eleitoral para o futuro.

Da análise do calendário eleitoral, verifica-se que alguns procedimentos – como as convenções partidárias, por exemplo – ainda ocorrem presencialmente, formando grandes aglomerações para a escolha dos candidatos dos respectivos partidos.

Isso significa dizer que, em situações extremas como a vivenciada em 2020, o calendário eleitoral resta extremamente prejudicado, sendo possível a adoção de alternativas via plataformas já disponíveis para realização das convenções partidárias, por exemplo, de forma *online* e remota.

É o que se verificou das medidas adotadas por alguns Tribunais Eleitorais com relação à filiação partidária e transferência de domicílio eleitoral, usualmente concretizadas de forma presencial, com a “barriga no balcão” no jargão popular.

O Tribunal Regional de Minas Gerais, por exemplo, instituiu o atendimento eletrônico para essas situações específicas, permitindo a juntada posterior de eventuais documentos que se façam necessários.

Trata-se de medidas que, do que se depreende do contexto atual, terá a tendência de serem realizadas *online*.

CONCLUSÃO

Como evidenciado no presente trabalho, a Justiça Eleitoral encontrou ferramenta que se adequa perfeitamente à celeridade que lhe é intrínseca – o Processo Judicial Eletrônico.

O funcionamento dessa ferramenta, conforme comprovado pela análise das 700 (setecentas) representações eleitorais objeto do estudo realizado, permitiu que o trâmite médio dos processos não passasse dos 60 dias, além de impactar positivamente os advogados atuantes perante a Justiça Eleitoral, que agora possuem à sua disposição a consulta dos autos e o protocolo a qualquer momento, acessíveis por um clique.

Em que pese a efetividade trazida pelo PJE nas Eleições de 2018, não se deve olvidar que as Eleições de 2020 são municipais, exigindo um nível de infraestrutura maior para a utilização do PJE por todas as Zonas Eleitorais espalhadas pelo Brasil.

Com o sucesso dessa medida, a comunidade eleitoral pode refletir sobre possíveis formas de utilização de meios digitais para outros procedimentos eleitorais, sendo a situação gerada pela COVID-19 uma oportunidade para pensamento de todos acerca da matéria, sendo certo que os Tribunais Eleitorais, como já usualmente fazem, por exemplo, nas audiências públicas relacionadas às Resoluções para cada Eleição, ouvirão a população para colher sugestões sobre o tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ROSAS, Roberto. Justiça Eleitoral: modelo e importância, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Revista dos Tribunais 27. p. 45. São Paulo: Ed. RT. abr./jun. 1999

JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional (versão digital). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

GOMES, José Jairo. Direito eleitoral / José Jairo Gomes – 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 485.

REDES SOCIAIS, MARCO CIVIL DA INTERNET E DEMOCRACIA

SOCIAL MEDIA, MARCO CIVIL DA INTERNET AND DEMOCRACY

Celso de Faria Monteiro¹

RESUMO

Esse texto trata da importância da regra constante do artigo 19 da Marco Civil da Internet, estabelecidora dos limites da responsabilidade dos provedores de aplicação de internet por conteúdo postado por terceiros, para a liberdade de expressão, para a propaganda eleitoral atual e, conseqüentemente, para a democracia brasileira. É alicerçado, prioritariamente, em conceitos e interpretações da jurisprudência pátria, manifestados ao longo do tempo, desde o surgimento das questões que por ele são enfrentadas e até os dias atuais.

Palavras-chave: Marco Civil da Internet; artigo 19; responsabilidade dos provedores de aplicações de internet; liberdade de expressão, propaganda eleitoral e democracia.

ABSTRACT

The article deals with the importance of the rule contained in article 19 of the Marco Civil da Internet, which establishes the limits of the responsibility of internet application providers for content posted by third parties, for the freedom of speech, for current electoral propaganda and, consequently, for the Brazilian democracy. It is based, primarily, on concepts and interpretations of the domestic jurisprudence, manifested over time, since the emergence of the issues that are faced by it and up to the present day.

Keywords: Marco Civil da Internet; article 19; responsibility of internet application providers; electoral propaganda, freedom of speech and democracy.

INTRODUÇÃO

A propaganda eleitoral mudou sobremaneira nos últimos anos. E não apenas no Brasil, mas também em praticamente todos os países efetivamente democráticos do planeta.

Nos dias atuais, panfletos, cartazes, camisetas e santinhos já não parecem ter a mesma importância de antes e nem fazer mais tanta diferença para o sucesso de uma candidatura. Tampouco o tempo de rádio e TV, outrora disputado segundo a segundo por todo e qualquer candidato que estivesse realmente interessado em ser eleito. Agora é a internet que detém o *status* de principal e mais importante palco para debates políticos, graças ao que ocorre e ao que se dá em suas páginas, *blogs* e, principalmente, em suas redes sociais. É na internet que as campanhas e os pormenores dos pleitos vindouros têm sido mais efetiva e intensamente debatidos, é lá que os eleitores têm buscado se informar e tirar as suas dúvidas sobre os candidatos, seus históricos e suas propostas e, conseqüentemente, é lá que grande parte da propaganda eleitoral vem sendo realizada.

¹ Formado em Direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo, mestre em direito comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e sócio da área contenciosa cível de TozziniFreire Advogados.

Essa mudança, por si só, representa uma boa notícia. A internet, ninguém questiona, é um meio de comunicação extremamente ágil, eficaz e capilarizado, acessível a um número extraordinário e cada vez maior de usuários de todos os sexos, credos e idades, moradores dos grandes centros urbanos ou das regiões mais remotas e distantes do país. Ou seja, o fato de a internet ser atualmente um dos veículos onde mais se discute e se faz propaganda eleitoral no Brasil é uma garantia de que um percentual significativo da nossa população já tem, ou então de que muito em breve terá, contato cada vez mais frequente com os pormenores da nossa realidade política, aumentando assim a sua familiaridade, a sua consciência e o seu nível de exigência para com o tema, o que por certo muito contribuirá para a manutenção da boa saúde e da vitalidade da nossa democracia.

Por outro lado, é sabido que esse novo foro tem também os seus perigos e pontos a exigir cautela e atenção. De fato, não há, nos tempos atuais, quem desconheça ou nunca tenha lido sobre *fake news*, sobre o quanto elas podem ser danosas e difíceis de se controlar, e sobre como esse tipo de desinformação ou de deturpação da verdade teria tumultuado, por exemplo, as últimas eleições norte-americanas, ou mesmo os primeiros anos do governo de Donald Trump. Ou do quão desafiadora é a tarefa de se evitar que elas se propaguem de forma acelerada, causando danos e espalhando desinformação, principalmente nos anos e períodos eleitorais.

O Brasil, quanto a isso, tem se mostrado atento ao problema, e se destacado proativamente tanto na prevenção quanto na remediação dos efeitos desse tipo de desinformação. De fato, o Poder Judiciário brasileiro, junto com diversas entidades civis, órgãos de imprensa e os principais provedores de aplicação de internet, são vistos a todo tempo debatendo o assunto e propondo iniciativas – isoladas e conjuntas – para o combate do problema e lançando mão de novas ferramentas e procedimentos que auxiliem a todos no atingimento desse objetivo comum. Não há, dentre todos esses personagens, ninguém que não esteja atento, totalmente engajado e efetivamente decidido a combater esse mal típico do ambiente virtual moderno.

Outro debate que de tempos em tempos vem à tona, e que de certa forma também tem a ver com os prós e os contras do cotidiano digital, diz respeito à uma regra das mais preciosas para a democracia brasileira, qual seja, aquela constante do artigo 19 do Marco Civil da Internet, estabelecida de que os provedores de aplicação de internet só serão responsáveis por eventual conteúdo ilícito postado por terceiros se, após o recebimento de uma ordem judicial específica, não tomarem todas as providências possíveis para removê-lo². Regra esta que está por ter a sua constitucionalidade julgada pelo Supremo Tribunal Federal, em razão do questionamento feito no Recurso Extraordinário nº 1.037.396, cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Ministro Dias Toffoli.

De acordo com a corrente que questiona o dito artigo, essa regra não incentivaria os provedores de aplicação de internet a monitorar e a controlar preventivamente as postagens feitas por terceiros em suas respectivas plataformas, dando margem à proliferação de conteúdos ilícitos e, por consequência, ao desrespeito ao direito à

2 Artigo 19 - Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material. (...).

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, tutelados pelo artigo 5º, X da Constituição Federal³. E, ainda, escusaria esses mesmos provedores de responder pela integralidade dos danos que decorreriam de eventuais postagens ilegais, deixando-os, quanto ao problema, em posição exageradamente confortável⁴.

Esse questionamento, a nosso ver, não tem razão de ser. Além de não ser novo, de ir em sentido contrário a um entendimento sólido e majoritário que já conta com um alicerce jurisprudencial dos mais sólidos, e ao disposto expressamente pelo Marco Civil da Internet, é também potencialmente desrespeitoso aos artigos 5º, IV e IX da Constituição Federal⁵, consagradores das garantias fundamentais da livre manifestação e da liberdade de expressão, e 220, § 2º⁶, que veda, entre nós, qualquer tipo ou espécie de censura.

1 BREVE HISTÓRICO DA DISCUSSÃO EM COMENTO

Valendo-nos de um breve e despretensioso histórico sobre o assunto, há de ser lembrado que a questão da responsabilização dos provedores de aplicações de internet em razão de conteúdo produzido por terceiros começou a ser debatida entre nós tão logo e assim que surgiram as primeiras plataformas virtuais permitindo uma enorme e inédita interação, além da livre e ampla manifestação de pensamentos e ideias pelos seus usuários.

Se no início as decisões judiciais que trataram do tema acabaram por adotar soluções das mais variadas – até porque, àquela época, tudo o que circundava o direito digital era novo, desconhecido e acelerado – bastaram alguns poucos anos para que o Superior Tribunal de Justiça se posicionasse sobre o assunto e passasse a impor o entendimento de que a fiscalização prévia do conteúdo das plataformas não seria uma atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de aplicação de internet. Mais ainda, que desse serviço não decorreria nenhuma sorte de responsabilidade objetiva, e que os provedores de aplicações de internet só seriam solidariamente responsáveis pelos tais conteúdos ilícitos criados por terceiros se, devidamente comunicados, ainda que extrajudicialmente, nada fizessem para retirá-los do ar.

3 Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos: (...);

X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

4 Nesse sentido: “O objetivo da norma parece ser paralisar ou ao menos enfraquecer as demandas envolvendo conteúdos ofensivos na internet, já submetidas ao Poder Judiciário, que ficaria agora de mãos atadas para responsabilizar o provedor de uma rede social, caso ausente o requisito da prévia notificação também judicial. Criar uma nova condição de procedibilidade imposta a empresas conhecidas nacionalmente pelo descumprimento de ordens judiciais sob o sofisma de que o Poder Judiciário seria o único competente para promover tais notificações significa inviabilizar, na prática, a reparação dos danos à pessoa humana, reduzindo a efetividade do princípio constitucional da dignidade, eleito como fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III, Constituição da República)” (Guilherme Magalhães Martins, “Artigo 19 do Marco Civil da Internet gera impunidade e viola a Constituição”, *in* Consultor Jurídico, 21/11/2019, <https://www.conjur.com.br/2019-nov-21/guilherme-martins-artigo-19-marco-civil-internet-gera-impunidade>).

5 IV – É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; (...);

IX – É livre a expressão da atividade intelectual, artística científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

6 Artigo 220 – A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. (...).

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”

Esse é o caso, por exemplo, do acórdão prolatado no Recurso Especial nº 1.193.764/SP, relatado pela Ministra Nancy Andrighi e julgado em 14 de dezembro de 2010⁷:

3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos.

4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02.

5. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada. (STJ – 3ª Turma, v.u.).

Esses julgados tiveram grande influência e também serviram de norte para o julgamento dos feitos que trataram desse assunto nos anos imediatamente seguintes, até que, em meados de 2014, depois de um longo processo legislativo, do qual participaram centenas de entidades civis, interessados diversos e inúmeros *experts* em assuntos de internet, a Lei nº 12.965/2014, mais conhecida como Marco Civil da Internet, passou a vigor e a regulamentar essa questão específica por meio do seu artigo 19, citado anteriormente.

Esse novo dispositivo legal, além de manter o entendimento jurisprudencial vigente anteriormente, no sentido de que não se pode exigir o monitoramento ou a fiscalização prévia das plataformas pelos provedores de aplicações de internet, estabeleceu ainda que esses mesmos provedores só serão responsáveis por eventuais conteúdos ilícitos produzidos por terceiros caso nada façam contra ele, depois de receberem uma ordem judicial específica determinando a sua remoção. É dizer, pelos termos do artigo 19 do Marco Civil da Internet, os provedores de aplicações de internet ficam obrigados a remover um conteúdo específico inserido por terceiros em sua plataforma se e quando um juiz de direito pátrio se pronunciar, ainda que liminarmente, sobre a ilegalidade do mesmo, e lhes ordenar a tomada dessa tal providência.

Por conseguinte, as notificações extrajudiciais, as denúncias feitas via plataforma, e os outros comunicados menos formais utilizados até então para se acusar a existência de um conteúdo potencialmente ilícito, deixaram de surtir os efeitos amplos e definitivos de outrora, já que a legalidade de um conteúdo específico e a possibilidade de o mesmo seguir postado ou não passou a depender da análise e de uma manifestação formal e fundamentada do Poder Judiciário⁸.

No mesmo sentido, também a Justiça Eleitoral – um dos ramos especializados mais vanguardistas e atualizados do nosso Poder Judiciário no que tange aos assuntos e questões do direito digital, tamanha a frequência com a qual é instada a decidir sobre esses temas e, também, a atualizar as suas normas procedimentais – adotou esse mesmo racional jurídico, e fez com que regras similares ou complementares ao Marco Civil da Internet constassem expressamente das últimas resoluções publicadas pelo Tribunal

7 No mesmo sentido: STJ, 3ª Turma, REsp nº 1.306.066/MT, rel. Min. SIDNEI BENETI, j. em 17/4/2012, v.u.

8 Exceção feita às outras hipóteses específicas previstas pelo mesmo Marco Civil da Internet e, obviamente, aos casos de remoção de conteúdo por violação dos termos de uso da plataforma, onde, em termos práticos, a eficácia desses mecanismos permanece intacta e funcional.

Superior Eleitoral. Esse foi o caso do artigo 33 da Resolução nº 23.551/2017⁹, que dispôs sobre a propaganda eleitoral realizada nas eleições de 2018 e, mais recentemente, do artigo 38 da Resolução nº 23.610/2019¹⁰, que rege a publicidade eleitoral do próximo certame.

Consequentemente, também no âmbito do Direito Eleitoral os provedores de aplicações de internet só podem ser punidos em razão de conteúdo potencialmente ilícito postados por terceiros em suas plataformas, se nada fizerem para removê-las depois de convocados a tomar tal providência por um juiz de direito eleitoral, ou se não agirem com a celeridade esperada e dentro do prazo concedido para tanto.

Note-se, por oportuno, que essa regra, consagrada pelo Marco Civil da Internet e pelas resoluções do Tribunal Superior Eleitoral mencionadas acima, já está em vigor há mais de meia década, sem que tenha havido até o momento, como se temia à época do início da vigência dos referidos ordenamentos, a judicialização exagerada ou desnecessária do direito digital ou das questões pertinentes à legalidade e remoção de conteúdo.

A temática digital, é bem verdade, tem sido objeto de um número cada vez maior de processos judiciais, sejam eles de natureza cível, criminal ou eleitoral. Contudo, esse crescimento, previsível e um tanto quanto inevitável, surge como uma decorrência direta da influência cada vez maior do meio digital na vida e no cotidiano do brasileiro, e não como um suposto efeito colateral da regra específica do Marco Civil da Internet aqui tratada, que, repita-se, entendeu, ao limitar a responsabilidade do provedor de aplicações de internet, por colocar o conteúdo postado no ambiente virtual sob a proteção e a tutela do Poder Judiciário.

É dizer, não foi a Lei nº 12.965/2014 que fez com que o direito digital se tornasse objeto frequente das discussões judiciais travadas no Brasil, mas sim a vida moderna, cada vez mais entrelaçada e dependente do mundo virtual.

Ainda sobre essa questão, dependendo do referencial adotado, é até possível se concluir que o número de feitos judiciais que versam sobre direito digital está dentro de em um patamar dos mais razoáveis, principalmente se considerarmos o percentual de brasileiros conectados à internet e a quantidade incalculável de interações feitas por eles nesse tal ambiente, a todo tempo e regularmente. Ou então, comparando-se os números desse contencioso específico com o de diversas outras indústrias, histórica e tradicionalmente muito mais litigiosas do que a digital. Com efeito, não é por acaso que a mais recente lista dos cem maiores litigantes brasileiros, publicada pelo Conselho Nacional de Justiça, não conta com nenhum provedor de aplicações de internet¹¹.

9 Artigo 33 – A atuação da Justiça Eleitoral em relação a conteúdos divulgados na internet deve ser realizada com a menor interferência possível no debate democrático (Lei nº 9.504/1997, artigo 57-J).

§ 1º - Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, as ordens judiciais de remoção de conteúdo divulgado na internet serão limitadas às hipóteses em que, mediante decisão fundamentada, sejam constatadas violações às regras eleitorais ou ofensas a direitos de pessoas que participam do processo eleitoral.

10 Artigo 38 – A atuação da Justiça Eleitoral em relação a conteúdos divulgados na internet deve ser realizada com a menor interferência possível no debate democrático (Lei nº 9.504/1997, artigo 57-J).

§ 1º - Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, as ordens judiciais de remoção de conteúdo divulgado na internet serão limitadas às hipóteses em que, mediante decisão fundamentada, sejam constatadas violações às regras eleitorais ou ofensas a direitos de pessoas que participam do processo eleitoral. (...).

§ 4º - A ordem judicial que determinar a remoção de conteúdo divulgado na internet fixará prazo razoável para o cumprimento, não inferior a 24 (vinte e quatro) horas, e deverá conter, sob pena de nulidade, a URL e, caso inexistente esta, a URI ou a URN do conteúdo específico, observados, nos termos do art. 19 da Lei nº 12.965/2014, o âmbito e os limites técnicos de cada provedor de aplicação de internet.

11 https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf

De mais a mais, além de não ter provocado a judicialização desmedida das discussões digitais, a regra em comento, nesses últimos anos, também passou a contar com uma significativa guarida jurisprudencial, representada por uma série de precedentes firmes e contundentes oriundos do Superior Tribunal de Justiça, que já esclareceu que “*após a entrada em vigor da Lei 12.965/2014, o termo inicial da responsabilidade da solidária do provedor de aplicação, por força do artigo 19 do Marco Civil da Internet, é o momento da notificação judicial que ordena a retirada de determinado conteúdo da internet*”¹², e de outros Tribunais de Justiça pátrios¹³.

Esses julgados fazem prova do acerto e do quão oportuna é a dita regra, e de que também não existem motivos que justifiquem a sua modificação. Principalmente se a questão acerca de sua legalidade for analisada pelo prisma da relevantíssima garantia constitucional da liberdade de expressão, ou da vedação, também constitucional, a qualquer tipo de censura.

2 DA GUARIDA CONSTITUCIONAL

Deveras, ao estabelecer, por meio transversal, que um conteúdo postado na internet só precisará ser removido pelo provedor de aplicações quando e se assim lhe for ordenado pelo Poder Judiciário, a principal preocupação do legislador não foi outra senão proteger o direito de qualquer usuário à mais ampla e irrestrita liberdade de expressão. Afinal, ao dispor de tal forma, o Marco Civil da Internet nada mais faz do que garantir ao usuário que as suas manifestações, expressas no ambiente virtual, quando não forem contrárias ou desrespeitosas aos termos de uso da plataforma onde for postada, permanecerão seguras e intactas, pelo tempo que ele bem entender, só sendo removidas depois de devidamente analisadas e julgadas ilícitas pelo Poder Judiciário.

Privilegiou-se, ao assim se estabelecer, o direito constitucional à livre manifestação e à liberdade de expressão, consagrados pelo artigo 5º, IV e IX da Constituição Federal, em detrimento de qualquer outro, incluso o relevantíssimo e fundamental direito à intimidade, vida privada, honra e imagem, previsto pelo inciso X do mesmo artigo.

E fez-se isso porque, de fato, em se tratando das garantias fundamentais elencadas pelo referido dispositivo constitucional, a liberdade de expressão encontra-se em posição de destaque e deve, em situações extremas, prevalecer frente aos demais, dentre outros motivos, por ser ela a defensora máxima de todos esses direitos e garantias. Porque, uma vez garantida e assegurada a liberdade de expressão, é possível se combater e tornar público qualquer ato desrespeitoso para com todos os demais

12 3ª Turma, REsp nº 1642997/RJ, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. em 12/09/2017. No mesmo sentido: STJ – 3ª Turma, REsp nº 1568935/RJ, rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, j. em 05/04/2016 e STJ – 2ª Seção, REsp nº 1512647/MG, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. em 13/05/2015.

13 TJSP – 3ª Câmara de Direito Privado, Ap. nº 1004132-51.2015.8.26.0554, rel. Des. DONEGÁ MORANDINI, j. em 13/06/2017, v.u.; TJSP – 3ª Câmara de Direito Privado, Ap. nº 1006737-13.2016.8.26.0302, rel. Des. VIVIANI NICOLAU, j. em 03/10/2017, v.u.; TJSP – 3ª Câmara de Direito Privado, Ap. nº 0000281-81.2014.8.26.0125, rel. Des. DONEGÁ MORANDINI, j. em 28/06/2017, v.u.; TJSP – 7ª Câmara de Direito Privado, Ap. nº 1013858-77.2014.8.26.0071, rel. Des. MIGUEL BRANDI, j. em 13/11/2015, v.u.; TJSP – 3ª Câmara de Direito Privado, Ap. nº 0005234-26.2011.8.26.0309, rel. Des. EGÍDIO GIACOIA, j. em 15/10/2015, v.u.; TDFT – 8ª Turma Cível, Ap. nº 20150111340388 (0038966-38.2015.8.07.0001), rel. Des. ANA CANTARINO, j. em 19/10/2017, v.u.; TJDFT – 1ª Turma Cível, Ap. nº 20150110393810 (0011757-94.2015.8.07.0001), rel. Des. ALFEU GONZAGA MACHADO, j. em 11/07/2016, v.u.; TJDFT – 7ª Turma Cível, Ap. nº 0008125-29.2016.8.07.0000, rel. Des. ROMEU GONZAGA NEIVA, j. em 27/09/2017, v.u.; e TJSC – 5ª Câmara de Direito Cível, Ap. nº 0313484-81.2015.8.24.0020, rel. Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS, j. em 30/11/2017, v.u.

direitos tutelado pela Constituição Federal, fazendo-se com que o mesmo cesse e deixe de produzir os seus indesejados efeitos¹⁴.

Quanto a isso, aliás, o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, em um evento realizado em 29 de outubro de 2019 pela Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, onde se discutiu justamente sobre o regime de responsabilidade civil de provedores de serviço de internet¹⁵, destacou em sua exposição que a prevalência da liberdade de expressão ante o direito à intimidade poderia ser atestada mediante a simples leitura do artigo 5º da Constituição Federal. Pois, enquanto o inciso X desse artigo prevê o cabimento de indenização para as hipóteses de desrespeito ao direito à intimidade, em um claro sinal de que o legislador constituinte já pressupunha ou simplesmente previa a possibilidade dessa tal garantia vir a ser eventualmente violada, o inciso IX não contempla e nem menciona nenhuma espécie de reparação, mostrando-se firme, irredutível e inflexível quanto ao caráter absoluto e intocável da liberdade de expressão.

Sobre essa característica do direito constitucional à intimidade, qual seja, a possibilidade das ofensas perpetradas contra ele serem posteriormente resolvidas em sede de danos morais, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso esclarece:

A discussão atual da doutrina, embora este não seja o tema específico do presente estudo, é a extensão do poder do Poder do Judiciário na matéria, especialmente no que diz respeito à possibilidade de impedir previamente o exercício da liberdade de expressão em deferência à intimidade e à vida privada de terceiros. Como regra, só cabe examinar o conteúdo de uma manifestação *a posteriori*. Somente em situações excepcionais é possível sua interdição prévia, mesmo por ordem judicial. As violações eventuais devem resolver-se em perdas e danos, apurados mediante devido processo legal.¹⁶

No mesmo sentido, o Ministro Alexandre de Moraes, também do Supremo Tribunal Federal, quanto a esse ponto específico, sustenta:

A manifestação do pensamento é livre e garantida em nível constitucional, não aludindo censura prévia em diversões e espetáculos públicos. Os abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário com as consequentes responsabilidades civil e penal de seus autores (RF 176/147),

14 Sobre a relevância da liberdade de expressão: “A manifestação mais comum do pensamento é a palavra falada, pela qual alguém se dirige a pessoa ou pessoas presentes para expor o que pensa. Essa liberdade é consagrada pelo art. 5.o, IV e V. Na verdade, é ela uma das principais de todas as liberdades humanas por ser a palavra uma das características fundamentais do homem, o meio por que este transmite e recebe as lições da civilização” (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “Curso de Direito Constitucional”, 18ª edição, Saraiva, pág. 257).

15 <https://direitosp.fgv.br/noticia/carlos-ayres-britto-debate-regime-de-responsabilidade-civil-de-provedores-de-servico-de-inte>

16 “Temas de Direito Constitucional”, Tomo I, Renovar, 2001, pág. 365.

No mesmo sentido: “Qualquer restrição deve ser determinada por ordem judicial, mediante o devido processo legal. E, mesmo o Poder Judiciário, só deve impor qualquer restrição à liberdade de expressão quando for imprescindível para salvaguardar outros direitos que não possam ser protegidos ou compostos de outro modo menos gravoso. Especialmente, a concessão de liminares só deve ocorrer em casos muitíssimos excepcionais. Na maioria das vezes, o direito invocado pode ser perfeitamente composto por indenização por dano moral, o que é melhor solução do que impedir a livre expressão” (Luís Gustavo Grandinetti e Castanho de Cavalho, “Direito de Informação e Liberdade de Expressão”, Renovar, 1999, pág. 49).

decorrentes, inclusive, de publicação injuriosa na imprensa, que deve exercer vigilância e controle da matéria que divulga (RT 659/143).

A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também as que possam causar transtornos, resistência inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo de ideias e pensamentos, da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo. (...).

A história demonstra que a liberdade de expressão tem lugar central na constitucionalização dos direitos fundamentais e, juntamente com a universalização da educação e o direito de sufrágio, como afirmado por Thomas Jefferson, é um dos pilares do governo republicano, pois pretender suprimi-la é tentar alcançar a proibição ao próprio pensamento e, conseqüentemente, tentar obter a unanimidade autoritária, arbitrária e irreal.¹⁷

O artigo 19 do Marco Civil da Internet privilegiou, outrossim, o combate e a vedação à censura, objeto e preocupação máxima do artigo 220 da Constituição Federal, ao atribuir ao Poder Judiciário, e a ninguém mais, a palavra final sobre a legalidade de um conteúdo postado na internet. Afinal, ao assim estabelecer, o referido dispositivo legal garantiu ao usuário a certeza de que as suas manifestações, se adequadas e respeitadas aos termos de uso da plataforma, só serão removidas da rede mundial de computadores se, e depois de devidamente apreciadas pelo Poder Judiciário, poupando os provedores de aplicações de internet da desconfortável e questionável função de censores ou editores de conteúdo alheio.

E, pelo mesmo motivo, estabeleceu que os provedores de aplicações de internet também ficam desobrigados de monitorar ou fiscalizar preventivamente a totalidade do conteúdo postado por terceiros em suas respectivas plataformas, dada a preocupação de que qualquer determinação em sentido contrário poderia dar margem a exageros e consistir, em termos práticos, em inequívoca censura prévia.

Essa, aliás, é uma posição já defendida pelo Superior Tribunal de Justiça há tempos, desde antes do Marco Civil da Internet, conforme se verifica do seguinte julgado também relatado pela Ministra Nancy Andrighi:

Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa¹⁸.

Não por acaso, a Associação InternetLab de Pesquisa em Direito e Tecnologia, ao se manifestar como *amicus curiae* no mencionado Recurso Extraordinário nº 1.037.396, em defesa da constitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet, destacou que “o modelo de responsabilização por mera notificação é típico de países de regimes considerados autoritários, como China, Venezuela, Irã, Rússia e Ruanda”¹⁹.

17 Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional”, 9ª edição, Atlas, págs. 139/140.

18 3ª Turma, REsp nº 1.316.921/RJ, j. em 20/6/2012, v.u.

19 A mudança da regra do art. 19 do MCI para permitir que intermediários possam ser responsabilizados por conteúdos publicados por terceiros antes mesmo de haver decisão judicial que determine a necessidade de sua remoção aproximará o modelo brasileiro daquele existente em países notoriamente conhecidos por seus regimes autoritários. Nesses regimes, os modelos regulatórios adotados são lastreados em práticas que privilegiam o controle da circulação de conteúdos em detrimento da liberdade de expressão e do acesso irrestrito à informação.

Por fim, para que não restem dúvidas sobre importância da regra do artigo 19 do Marco Civil da Internet para a prevalência da liberdade de expressão no ambiente virtual, vale destacar que o dispositivo em comento é um dos poucos, dentre os milhares existentes no nosso ordenamento jurídico, a esclarecer e fazer constar logo no início do seu *caput* a sua efetiva razão de ser e os objetivos perseguidos pelo legislador quando de sua implementação.

De fato, basta uma breve leitura do referido dispositivo legal para se constatar que todas as regras dele constantes foram ali inseridas “*com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura*”, em clara sintonia com o disposto pelo artigo 2º do mesmo Diploma²⁰.

Essa preocupação, na verdade, esteve presente desde o início dos debates que resultaram no Marco Civil da Internet, conforme se depreende da exposição de motivos do Projeto de Lei nº 2.126/2011²¹, que, posteriormente, veio a se tornar a Lei nº 12.965/2014, e também no respectivo relatório feito pela Câmara dos Deputados²².

Esse é, por exemplo, o caso da China, classificada como país “não livre” pela Freedom House, organização baseada nos Estados Unidos que monitora o respeito a liberdades políticas e direitos humanos ao redor do mundo. (...). Igualmente considerada como país “não livre” pela Freedom House, a Venezuela também adota modelo de responsabilização de intermediários de internet por notificação extrajudicial. (<https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Amicus-Curiae-InternetLab-RE-1037396-assinado.pdf>).

20 Artigo 2º - A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:

I - o reconhecimento da escala mundial da rede;

II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;

III - a pluralidade e a diversidade;

IV - a abertura e a colaboração;

V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VI - a finalidade social da rede.

21 “(...) a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça - SAL/MJ, em parceria com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, desenvolveu a iniciativa denominada Marco Civil da Internet no Brasil, a fim de construir, de forma colaborativa, um anteprojeto de lei que estabelecesse princípios, garantias e direitos dos usuários de Internet. A proposta delimita deveres e responsabilidades a serem exigidos dos prestadores de serviços e define o papel a ser exercido pelo poder público em relação ao desenvolvimento do potencial social da rede.

Com vistas ao diálogo entre normas jurídicas e a rede mundial de computadores, partiu-se de duas óbvias inspirações: o texto constitucional e o conjunto de recomendações apresentadas pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil - CGI.br - no documento ‘Princípios para a governança e uso da Internet’ (Resolução CGI.br/RES/2009/003/P). Para o seu desenvolvimento, o projeto se valeu de inovador debate aberto a todos os internautas.

Uma discussão ampla foi realizada com a sociedade pela própria Internet, entre outubro de 2009 e maio de 2010, por meio de um blog hospedado na plataforma Cultura Digital (uma rede social mantida pelo Ministério da Cultura e pela Rede Nacional de Ensino e Pesquisa - RNP). Esse processo de participação popular resultou em mais de dois mil comentários diretos, incontáveis manifestações sobre o “#marcovicil” em ferramentas virtuais, como os microblogs Identi.ca e Twitter, além de dezenas de documentos institucionais, oriundos do Brasil e do exterior.

A dinâmica adotada teve como meta usar a própria Internet para, desde já, conferir mais densidade à democracia. Por meio da abertura e da transparência, permitiu-se a franca expressão pública de todos os grupos sociais, por meio de um diálogo civilizado e construtivo. (...).

No terceiro capítulo, ao tratar da provisão de conexão e de aplicações de internet, o anteprojeto versa sobre as questões como: o tráfego de dados, a guarda de registros de conexão à Internet, a guarda de registro de acesso a aplicações na rede, a responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros e a requisição judicial de registros. **As opções adotadas privilegiam a responsabilização subjetiva, como forma de preservar as conquistas para a liberdade de expressão decorrentes da chamada Web 2.0, que se caracteriza pela ampla liberdade de produção de conteúdo pelos próprios usuários, sem a necessidade de aprovação prévia pelos intermediários.** A norma mira os usos

E está presente também nos incisos primeiros dos artigos 33 da Resolução nº 23.551/2017 e 38 da Resolução nº 23.610/2019²³, ambas do Superior Tribunal Eleitoral, o que nos permite concluir que a liberdade de expressão e o combate à censura também estão dentre as prioridades da Justiça Eleitoral brasileira.

E nem se diga que, ao assim se estabelecer, e condicionar a responsabilização do provedor de aplicações de internet ao descumprimento de uma ordem judicial prévia e específica, a Justiça Eleitoral estaria incentivando a criação e a propagação de notícias falsas, dentre outros ilícitos eleitorais, na medida em que incentivaria os provedores de aplicação de internet a nada fazer para combater a desinformação e eventuais outras irregularidades eleitorais praticadas em suas respectivas plataformas.

A uma porque, como dito anteriormente, o combate firme e sistemático à desinformação é uma providência que interessa e que tem contado com a dedicação de todos, inclusive os provedores de aplicações de internet, sempre preocupados em garantir a correção e a salubridade de suas respectivas plataformas, além de uma experiência saudável e construtiva para os seus usuários. Afinal, a que provedor de aplicações de internet interessaria ter uma página, um *blog* ou uma rede social com a pecha de celeiro de desinformação?

A duas porque, não apenas o Marco Civil da Internet, mas também as normas procedimentais eleitorais dispõem de mecanismos legais específicos que, independentemente da indispensável apreciação judicial prévia, permitem, por exemplo, a identificação do usuário ofensor e a remoção do conteúdo danoso de forma extremamente célere e eficaz²⁴, diminuindo ou mesmo anulando os impactos danosos de uma eventual postagem ilícita, punindo, se o caso, o seu respectivo criador e desestimulando o mesmo a repetir tal conduta.

Isto é, mesmo tendo que recorrer ao Poder Judiciário para fazer cessar um ilícito eleitoral perpetrado no ambiente virtual e, ainda que o ofensor tenha tomado toda uma série de providências para omitir e esconder a sua verdadeira identidade, a parte prejudicada terá ao seu dispor todo um conjunto de normas legais criadas e implementadas com o claro intuito de remediar tal sorte de problema de forma rápida e contundente. Em outras palavras, o interessado, ao fazê-lo, contará com prazos diminutos e ininterruptos, imputados a todos os envolvidos na contenda, inclusive a parte contrária, o representante do Ministério Público, o magistrado e os Tribunais que julgarão eventuais recursos; com o processamento agora totalmente eletrônico do seu respectivo processo, independentemente da localidade onde o feito tenha sido proposto; com o trabalho quase que ininterrupto dos serventuários da Justiça Eleitoral, desenvolvidos, durante os períodos eleitorais, em turnos e horários muito mais amplos do que o usual; e com regras procedimentais que, no geral, apresentam-se muito mais ágeis e desburocratizadas²⁵ do que as vigentes em outros procedimentos.

legítimos, protegendo a privacidade dos usuários e a liberdade de expressão, adotando como pressuposto o princípio da presunção de inocência, tratando os abusos como eventos excepcionais” (g.n.).

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=912989&filename=Tramitacao-PL+2126/2011

22 “Fim da Censura Privada: responsabilidade civil por danos gerados por terceiros. Com relação ao atual artigo 19 (antigo 20, na versão anterior), mantivemos a regra geral de isenção de responsabilidade do provedor de aplicações com a exceção que permite a responsabilização em caso de descumprimento de ordem judicial específica de retirada de conteúdo gerado por terceiros (...)”.

23 Resolução esta que, a exemplo do que também ocorre com o Marco Civil da Internet, também traz dentre os seus dispositivos todas as soluções necessárias para que eventuais interessados possam providenciar a devida identificação do usuário ofensor, garantindo-se assim a aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil à tais ocorrências.

24 Pedidos esses que, destaque-se, representam quase que a totalidade dos pleitos direcionados aos provedores de aplicações de internet no âmbito do contencioso eleitoral.

25 Como, por exemplo, a citação feita por e-mail e as intimações via murais eletrônicos mantidos em *websites* da Justiça Eleitoral.

Em resumo, a urgência e a celeridade extrema, que tanto caracterizam o processo eleitoral brasileiro, garantem que a judicialização exigida tanto pelo artigo 19 do Marco Civil da Internet quanto pela Resolução nº 23.610/2019 do Superior Tribunal Eleitoral, não comprometa os direitos dos eventuais prejudicados por conteúdos ilícitos postados na internet. Até porque, em certa medida, se a análise da legalidade das postagens eleitorais coubesse ou ainda fosse uma atribuição dos provedores de aplicações de internet, o tempo dispendido por eles para decidir sobre essa tal circunstância e sobre qual providência tomar, seria provavelmente muito semelhante ao que ocorre atualmente, em sede judicial.

CONCLUSÃO

Portanto, quanto ao tema, conclui-se que a regra do artigo 19 do Marco Civil da Internet, expressamente replicada no âmbito eleitoral pelo artigo 38 da Resolução nº 23.610/2019 do Superior Tribunal Eleitoral, tem por objetivo máximo a tutela da liberdade de expressão e do combate à censura, não por acaso dois dos principais pilares da Constituição Federal.

E que, no universo eleitoral, disso se depreende que, ao se estabelecer que os provedores de aplicações de internet só são responsáveis pelo conteúdo postado por terceiros se nada fizerem depois de intimados judicialmente a removê-lo, o que realmente se tutela, ao final, é a democracia.

Pois, é salutar para o Direito e para a nossa democracia que as contendas sobre a tempestividade ou sobre a caracterização de um determinado conteúdo como propaganda eleitoral, sobre a ilegalidade de uma postagem política ou sobre a ocorrência da propaganda eleitoral dita negativa, sejam analisadas e julgadas, sempre e necessariamente, por um juiz eleitoral pátrio, que de nascença é imune e protegido da influência política ou do poderio econômico dos eventuais litigantes, para assim se garantir a imparcialidade e o rigor técnico que se esperam de tais decisões.

Até porque, é incontestável, quanto mais ampla a liberdade do indivíduo de manifestar as suas opiniões, de participar de debates e de discussões políticas, de colher e dar informações diversas sobre candidatos e demais participantes do certame, sem ter que se preocupar ou se sujeitar a reprimendas outras que não sejam aquelas oriundas do Poder Judiciário, maior, mais ampla e representativa será a participação dos eleitores pátrios no jogo democrático.

REFERÊNCIAS E BIBLIOGRAFIA

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, “Curso de Direito Constitucional”, Saraiva, 18ª edição, 1990
- BARROSO, Luís Roberto, “Temas de Direito Constitucional”, Tomo I, Renovar, 2001.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti e Castanho de, “Direito de Informação e Liberdade de Expressão”, Renovar, 1999.
- MORAES, Alexandre de, “Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional”, 9ª edição, Atlas.
- MARTINS, Guilherme Magalhães, “Artigo 19 do Marco Civil da Internet gera impunidade e viola a Constituição”, in Consultor Jurídico, 21/11/2019, <https://www.conjur.com.br/2019-nov-21/guilherme-martins-artigo-19-marco-civil-internet-gera-impunidade>).
- STJ – 3ª Turma, REsp nº 1.193.764/SP, rel. Ministra Nancy Andrighi, j. em 14/12/2010
- STJ – 3ª Turma, REsp nº 1.306.066/MT, rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 17/4/2012
- STJ – 3ª Turma, REsp nº 1.316.921/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 20/6/2012
- STJ – 2ª Seção, REsp nº 1512647/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 13/05/2015

STJ – 3ª Turma, REsp nº 1568935/RJ, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 05/04/2016
STJ – 3ª Turma, REsp nº 1.642.997/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 12/09/2017
TJSP – 3ª Câmara de Direito Privado, Ap. nº 0005234-26.2011.8.26.0309, rel. Des. Egidio Giacoia, j. em 15/10/2015
TJSP – 7ª Câmara de Direito Privado, Ap. nº 1013858-77.2014.8.26.0071, rel. Des. Miguel Brandi, j. em 13/11/2015
TJSP – 3ª Câmara de Direito Privado, Ap. nº 1004132-51.2015.8.26.0554, rel. Des. Donegá Morandini, j. em 13/06/2017
TJSP – 3ª Câmara de Direito Privado, Ap. nº 0000281-81.2014.8.26.0125, rel. Des. Donegá Morandini, j. em 28/06/2017
TJSP – 3ª Câmara de Direito Privado, Ap. nº 1006737-13.2016.8.26.0302, rel. Des. Viviani Nicolau, j. em 03/10/2017
TJDFT – 1ª Turma Cível, Ap. nº 20150110393810 (0011757-94.2015.8.07.0001), rel. Des. Alfeu Gonzaga Machado, j. em 11/07/2016
TJDFT – 7ª Turma Cível, Ap. nº 0008125-29.2016.8.07.0000, rel. Des. Romeu Gonzaga Neiva, j. em 27/09/2017
TDFT – 8ª Turma Cível, Ap. nº 20150111340388APC (0038966-38.2015.8.07.0001), rel. Des. Ana Cantarino, j. em 19/10/2017
TJSC – 5ª Câmara de Direito Cível, Ap. nº 0313484-81.2015.8.24.0020, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 30/11/2017

OBRIGATORIEDADE DA COTA DE GÊNERO ELEITORAL: UMA NOVA FORMA DE SUBJUGAÇÃO DA MULHER

ELECTORAL GENDER QUOTA OBLIGATION: A NEW WAY OF SUBJUGATION OF WOMEN

Rosane Cristina da Silva¹

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a obrigatoriedade das cotas mínimas de gênero nas eleições proporcionais no Brasil. A metodologia empregada constituiu-se de ampla pesquisa bibliográfica. O presente trabalho defende que a obrigatoriedade da cota de gêneros, no contexto atual, além de não ter se mostrado suficiente para o incremento da participação feminina na política, tem contribuído para uma nova forma de abuso e subjugação da mulher aos interesses masculinos, ferindo, inclusive, seu direito de não participar da vida política e de não ser usada como mero objeto nos conchavos eleitorais, destacando o aumento da prática de fraude eleitoral desde a implementação da reserva de gênero, precipuamente por meio das candidaturas “laranja”, o que, ao invés de proteger a mulher, acaba por expô-la a novas formas de exploração.

Palavras-chave: Eleições Proporcionais. Cota de gênero Eleitoral. Fraude Eleitoral. Candidatas “Laranja”. Mulher e política.

ABSTRACT

The present work speaks about the obligation of the minimum gender quotes in proportional elections in Brazil. The methodology used was based on a wide bibliographical. This work supports that the gender quotes obligation reform has not done enough to increase female participation in politics and has contributed to a new way of female subjugation to male interests. Women's right to participate in politics has been hurt since the reform. The gender quotes obligation from the reform has contributed to the rise of electoral fraud through the use of female stooge candidates, who are running in order for parties to meet the new gender quota.

Keywords: Proportional elections. Electoral gender quotes. Electoral fraud. Stooge candidates. Woman and politics.

INTRODUÇÃO

As cotas eleitorais de gênero têm sido frequentemente apresentadas como instrumento de ação afirmativa na esfera eleitoral. Entretanto, também têm tido sua efetividade questionada, principalmente face às inúmeras denúncias de fraude a elas relacionadas. Daí a importância de se promover reflexões sobre a reserva de candidaturas constante na Lei nº. 9.504/97, com as alterações promovidas pela Reforma Eleitoral de 2009.

Notadamente, a partir da implementação da cota de gênero eleitoral em 2010, tem crescido o número das chamadas candidaturas “laranja”, fato que se tornou ainda

¹ Analista Judiciário, chefe de cartório da 241ªZE Jaú/SP; membro do Conselho de Representantes dos Cartórios Eleitorais do TRE/SP; formada em Pedagogia pela USP/Ribeirão Preto; MBA em Planejamento e Gestão Estratégica pela Uninter; Pós-graduação em Direito Eleitoral pela Claretiano; cursando o 5º ano do curso de Direito pelas Faculdades Integradas de Jaú.

mais notório a partir das eleições de 2016, graças ao reconhecimento, pelo Tribunal Superior Eleitoral – TSE, da viabilidade da apuração de tais condutas por meio da Ação de Investigação Judicial Eleitoral – AIJE.

Assim, este trabalho tem como objetivo demonstrar que a reserva de gênero eleitoral, no contexto atual e na forma como é estabelecida, não contribui para o incremento da participação feminina na política brasileira. Ao contrário, tem propiciado uma nova forma de abuso contra a mulher, promovendo um novo tipo de subjugação e submissão aos interesses masculinos.

1 COTA DE GÊNERO ELEITORAL

O sufrágio “é um direito público subjetivo, ou seja, um direito próprio da condição de cidadão, que inclui tanto o poder de escolha dos representantes quanto a possibilidade de concorrer aos cargos públicos eletivos” (PAES), garantido pela Constituição Brasileira a todos os seus cidadãos, sem distinção de sexo.

De fato, o Brasil se reputa, constitucionalmente, um Estado Democrático de Direito, o que garante aos seus cidadãos o gozo de direitos e garantias fundamentais, o que inclui os direitos políticos e seus desdobramentos, como a capacidade eleitoral passiva, estendida às mulheres da mesma forma que aos homens, e garantida como um dos fundamentos da própria Constituição Federal.

Dessarte, as mulheres são elegíveis da mesma forma que os homens, sendo-lhes garantida a participação nos pleitos para todos os cargos eletivos em todas as esferas de poder. Ademais, contam com políticas públicas que incentivam e protegem suas candidaturas, fomentando a participação feminina na política brasileira.

Nessa linha, com a aprovação da “Lei das Eleições” (Lei nº. 9.504/97), a legislação eleitoral brasileira passou a assegurar uma cota mínima de 30% e uma cota máxima de 70% a serem preenchidas por qualquer um dos sexos na disputa das eleições proporcionais pelos partidos políticos e coligações², “fortalecendo o debate sobre a paridade de gênero no âmbito da política, amplamente defendido pelo movimento feminista” (REZENDE e SILVEIRA, 2017, p. 206).

Assim, a legislação eleitoral não especifica que a reserva mínima de 30% seja destinada à participação de candidatos deste ou daquele sexo. Entretanto, é assente, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, que a intenção do legislador foi sim promover a participação feminina na vida política do país.

Ramos (2017, p. 7) afirma que o objetivo da norma “é, sem dúvida, incluir mais mulheres na competição eleitoral, ampliando as chances de elas se elegerem e, com isso, aumentar a presença feminina nas casas legislativas”. Por sua vez, Macedo (2014, p. 214-215) assevera que “a cota é de gênero e não do sexo feminino ou masculino, o que torna irrelevante se os candidatos masculinos compõem o percentual maior ou menor da nominata”.

De outra parte, a redação inicial do referido dispositivo deixou a critério dos partidos e coligações o cumprimento da cota estipulada, dando margem a dúvidas sobre sua correta interpretação.

Decorrência da expressão “deverá reservar”, foi durante muito tempo alvo de polêmica a correta interpretação do dispositivo. Jaime Neto recorda que de um lado apresentava-se uma corrente no sentido de que em não havendo candidatos em número suficiente para garantir o

2 Art. 10. Cada partido poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais no total de até 150% (cento cinquenta por cento) do número de lugares a preencher, [...] §3º Do número de vagas resultantes das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. (BRASIL, 1997, redação original)

mínimo de 30% de determinado sexo, estaria o partido autorizado a preencher as vagas remanescentes com candidatos do sexo oposto; e, diametralmente oposta, corrente que entendia que tal preenchimento não seria possível, ficando o partido impedido de lançar candidatos de um mesmo sexo em número superior a 70% do total de candidatos possíveis de serem lançados pelo partido/coligação. (BARBOSA, 2014, p. 3)

Dessarte, muito embora o posicionamento da Corte superior acompanhasse a segunda corrente³ e os partidos fossem obrigados a fazer a reserva das vagas, seu preenchimento era facultativo e, seja pelo desinteresse das próprias mulheres em participar, seja pelas estratégias adotadas pelos órgãos partidários, a cota de gênero, prevista na lei eleitoral, mostrou-se inócua para o aumento da representação feminina no parlamento e/ou na vida política do país.

Assim, novamente visando à ampliação da participação da mulher no processo eleitoral, a minirreforma de 2009 (Lei nº. 12.034/2009) alterou a redação original do §3º, do art. 10 da Lei nº. 9.504/97, passando a exigir, a partir as eleições gerais de 2010, não somente a reserva de 30% das vagas, mas também o seu efetivo preenchimento.

Dessa feita, a nova redação do §3º⁴, que substituiu a locução “deverá reservar” pelo imperativo “preencherá”, atribuiu, de forma indubitável, caráter cogente à norma, tornando obrigatória a participação mínima de candidatos de cada sexo nos pleitos proporcionais.

Desde então, o Tribunal Superior Eleitoral – TSE tem consolidado jurisprudência no sentido de que, numa eventual impossibilidade de atingir a cota mínima de gênero, os partidos e coligações devem reduzir o número de candidatos do sexo oposto, de forma que a legislação seja cumprida, ressaltando-se que “o cálculo dos percentuais de 30% e 70% deve levar em conta o número de registros de candidaturas efetivamente requerido pelas agremiações, e não o número previsto em abstrato pelo art. 10, caput e §1º, da Lei das Eleições” (BARBOSA, 2014, p. 3).

Sublinhe-se, portanto, que a reserva de gênero, ordinariamente, deve ser considerada no momento do registro das candidaturas.

Ou seja, pode-se afirmar com certeza, a partir da redação desse artigo [art. 10, §3º, da Lei nº 9.504/97], que em qualquer processo de registro de candidaturas no pleito proporcional, hodiernamente, haverá, pena de indeferimento do próprio DRAP⁵, que ser obedecidos pelo partido ou coligação os limites mínimo e máximo para cada sexo. Dizendo de outra forma, *a cota de gênero nas candidaturas proporcionais passou a constituir uma condição coletiva de elegibilidade*; caso contrário, o DRAP deverá ser submetido ou a uma determinação de emenda para que o número de candidatos – irrelevante se do sexo feminino ou do sexo masculino – seja ajustado, ou ao seu integral indeferimento. (MACEDO, 2014, p. 214, grifo nosso)

Não obstante, cumpre salientar que a legislação eleitoral há muito estabelece que os percentuais de gênero previstos no art. 10, §3º, da Lei nº. 9.504/97, devem ser

3 “Recurso especial. Registro. Vagas destinadas a candidatura de mulheres. Interpretação do § 5º, do art. 10, da Lei nº 9.504/97. A análise do § 5º deve ser feita sistematicamente com o disposto no § 3º da mesma lei. Impossibilidade de preenchimento por candidatura de homem - Precedentes. Recurso não conhecido.” (Respe nº 16632/SP, de 05/09/2000, rel. Walter Ramos da Costa Porto) Disponível em <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2035052/recurso-especial-eleitoral-respe-16632-sp>> Acesso em 20 mar. 2020.

4 Art. 10, §3º. Do número de vagas resultantes das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo.” (BRASIL, 1997, grifo nosso)

5 Documento emitido pelo sistema de candidaturas eletrônico da Justiça Eleitoral (CANDex) com informações para validar o registro dos candidatos de cada partido ou coligação.

igualmente observados em eventual preenchimento de vagas remanescentes ou substituição de candidatos.⁶

2 FRAUDE NA COTA DE GÊNERO ELEITORAL

Como espécie de política pública, o sistema de cotas está atrelado ao conceito de igualdade que, por sua vez, deve ser acompanhada por um senso de justiça, em que se espera que os indivíduos recebam o mesmo tratamento e as mesmas oportunidades. Nesse contexto, a igualdade representa o direito formal, no sentido de serem todos iguais perante a lei, e a justiça simboliza a igualdade material, que deve garantir a todos as mesmas condições de acesso dentro de um Estado Democrático de Direito.

Deveras, Caldas (2016) defende que a ideia de democracia sempre esteve ligada à de igualdade, mesmo antes de esta ser desenvolvida como princípio jurídico. Entretanto, não basta que os cidadãos sejam todos tratados de forma igual pela lei, pois isto confrontaria o clássico conceito construído por Aristóteles, segundo o qual “deve-se tratar igualmente os iguais quanto desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade” (*apud* ROTHENBURG, 2014, p. 127).

Logo, a simples aplicação formal da lei não proporciona igualdade, tampouco justiça. O simples sistema de votos “um por um” não traz igualdade de escolha, cabendo ao legislador, e não só ao aplicador da lei, a nobre função de criar normas capazes de assegurar direitos iguais, de forma que as desigualdades sejam realmente vencidas.

Diante disso é que as medidas discriminatórias surgem e se justificam, cumprindo seu dever de promover a igualdade real entre todos. Nesse sentido, Gomes (2018, p. 413) conceitua a cota de gênero eleitoral como a “ação afirmativa que visa garantir espaço mínimo de participação de homens e mulheres na vida política do país”. E acrescenta: “Seu fundamento encontra-se nos valores atinentes à cidadania, dignidade da pessoa humana e pluralismo político que fundamentam o Estado Democrático Brasileiro”.

Sobre esse tema, por sua maestria na apresentação dos pontos sensíveis dos propósitos da norma da cota de gênero face à realidade fática na qual se insere, colaciona-se trecho do voto da Desembargadora Cristina Serra Feijó nos autos do Recurso Eleitoral nº. 1-10.2017.6.19.0112/RJ⁷:

A garantia constitucional aos direitos básicos de vida e liberdade, aos direitos sociais e aqueles vinculados ao exercício do trabalho, aos direitos difusos envolvendo a sociedade e o meio ambiente e, ainda, aos direitos transindividuais relativos à solidariedade e à fraternidade, pressupõe respeito. Respeito às diferenças, respeito à multiplicidade saudável de linhas de pensamento, respeito aos sentires e querereres de todos os seres humanos. No estado democrático, as vozes de todos os segmentos devem ser ouvidas através de seus representantes. Não basta poder votar. Igualdade não significa deixar falar, igualdade somente se fará quando se puder fazer ouvir. Ocorre que a percepção das necessidades sociais se dá de forma heterogênea; transcorre em ritmo muito acelerado em determinadas camadas do tecido social e de forma muito lenta em outras. Esta divergência de ritmo faz com que todos os segmentos, de alguma forma, não sintam suas aspirações sociais atendidas, o que pode conduzir a um cenário de profundo descontentamento social e possível instabilidade. A partir desta compreensão, são empreendidas ações afirmativas, cujo objetivo é

6 Vide o art. 17, §4º da Resolução TSE nº. 23.609/2019. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-609-de-18-de-dezembro-de-2019>> Acesso em 20 mar. 2020.

7 Disponível em <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>> Acesso em 10 mar. 2020.

simplesmente conchamar a atenção da sociedade inteira para determinados pontos que, embora fundamentais para garantir a igualdade substancial preconizada pela Constituição da República, constituem pontos cegos para alguns. Nesta toada, a Lei das Eleições sofreu, em 2009, alteração para determinar aos partidos que, no preenchimento das vagas, deveriam ser inscritos candidatos de ambos os sexos, em percentuais que variavam entre 30% e 70%. *A alteração legislativa não se destinou a estabelecer apenas uma cota de gênero feminino a ser preenchida, mas a estimular a participação de ambos os sexos, em igualdade de condições no cenário político, minimizando entraves preconceituosos.* A norma tem alcance mais amplo e democrático, teleologicamente orientado para que, na composição do partido político, existam integrantes de ambos os sexos, com suas maneiras peculiares de ver e analisar as muitas nuances do jogo político, atuando em igualdade de oportunidades e com voz ativa, como cidadãos, partícipes da gestão do patrimônio econômico e cultural do que se chama Pátria. (grifo nosso)

Nessa mesma perspectiva, Tabak e Toscano (1982, p. 55) assinalam que “a experiência política deve ser compartilhada e convivenciada por todos os membros da sociedade para que seja realmente legítima”.

Assim, a cota de gênero eleitoral tem sua gênese na esteira da política de presença⁸, objetivando que a participação da mulher na política ocorra em pé de igualdade com a dos homens e que suas questões sejam debatidas e defendidas nas esferas de poder por ela própria, sem intermediários.

Entretanto, face à imperatividade da norma eleitoral, os partidos têm recorrido às candidaturas fictícias para que possam ter suas chapas aprovadas no momento do registro de seus candidatos. Nesse sentido, cita-se novamente o voto da Desembargadora Cristina Serra Feijó, por seu cunho esclarecedor:

Ocorre que, inobstante as tentativas de conscientização quanto aos benefícios que a ocupação de vagas por mulheres nas casas legislativas poderia trazer, existe uma histórica resistência dos partidos políticos em lançar candidatos em iguais proporções de gênero da população e, por isso, *muitos ainda pretendem fazer da indicação de mulheres como candidatas mero cumprimento formal da lei*, registrando candidaturas, na essência, fictícias. Explica-se: apresenta-se o registro de candidatura com observância do percentual reservado; no entanto, ditas candidatas ali foram incluídas apenas para constar. As supostas candidatas não se envolvem em campanhas, não têm despesas, não pedem e não recebem qualquer voto. (grifo nosso)

Com efeito, consoante Rezende e Silveira (p. 212), “em nosso país, os partidos políticos não se esmeram em buscar a participação feminina em seus quadros muito embora o número de eleitoras do gênero feminino seja maior do que o número de eleitores do gênero masculino”.

Logo, uma vez que a intenção das agremiações partidárias é simplesmente “cumprir” o requisito exigido por lei, lançam candidatas sem viabilidade ou que se sujeitam a ser usadas para o preenchimento da cota mas não se preocupam sequer em participar da disputa eleitoral, as chamadas candidatas “laranja”, “valendo-se de pessoas sem qualquer compromisso com a vida política, que acabam por não participar do

8 A política de presença, de acordo com Ramos (2017, p. 3), “considera que a defesa dos interesses de determinado grupo social será mais efetiva se realizada por representantes daquele mesmo grupo”. De modo diverso, a política de ideias “considera a representação tanto mais adequada quanto melhor reflete as opiniões, preferências ou crenças dos votantes” e independe das características pessoais do representante, como sexo, idade, cor e etnia (PHILLIPS 2001, p. 268).

processo eleitoral, nele figurando apenas com a oferta de seu nome, em absoluta afronta ao dogma da democracia participativa” (MACEDO, 2014, p. 224).

De plano, é importante ressaltar que as candidaturas “laranja” são consideradas fraude à legislação eleitoral, consoante trecho da ementa do REspe nº. 243-42/PI⁹, do egrégio TSE, a seguir colacionado:

É possível verificar, por meio da ação de investigação judicial eleitoral, se o partido político efetivamente respeita a normalidade das eleições prevista no ordenamento jurídico [...] ou se há o lançamento de candidaturas apenas para que se preencha, *em fraude à lei*, o número mínimo de vagas previsto para cada gênero, sem o efetivo desenvolvimento das candidaturas. (grifo nosso)

Além do que, de acordo com o voto do Ministro Herman Benjamin, citando Elaine Macedo no referido julgado,

[...] a candidatura de “laranjas” é ato acintoso ao sistema jurídico, fato que representa verdadeiro “deboche” ao povo brasileiro, sobretudo “às mulheres, ao ordenamento jurídico, ao Poder Judiciário e à Constituição da República que consagra a igualdade como um de seus vetores”.

Diante do exposto, evidencia-se a necessidade de cobrar dos partidos que aprimorem seus quadros e busquem, entre os filiados do sexo feminino, pessoas capazes de efetivamente preencher o mínimo exigido pela cota de gênero.

Todavia, é forçoso reconhecer que a fraude à legislação eleitoral, no caso das candidaturas “laranja”, só se efetiva graças à conivência de uma parcela significativa de mulheres filiadas.

Tudo passa por duas condutas basilares: o agir, fundamentado na inalterada vontade (= querer despótico) dos partidos políticos de lançar nomes de candidatos homens independentemente de um equilíbrio mínimo com a participação feminina, e o omitir-se na perspectiva de algumas mulheres, que não arremetam forças para reagir, optando por manter-se na mera condição de submissas a uma ordem posta, aceitando a condição passiva de serem candidatas fictas. Isto é fato! Ambos, homens e mulheres, com esse comportamento, afrontam a lei e o Direito, furtando-se a contribuírem com a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, na concretização de um dos direitos fundamentais mais próximos à democracia: os direitos políticos. (MACEDO, 2014, p. 225)

Isso posto, o fenômeno que envolve a participação de mulheres na fraude na cota de gênero é algo que merece estudo minucioso, com a identificação de suas causas e variantes, podendo traduzir-se, entre tantas outras possibilidades, em alienação, falta de conscientização política e até mesmo uma nova forma de sujeição.

3 AFINAL, DE QUEM É A CULPA?

Participação, no dizer de Tabak e Toscano (1982, p. 59), pode ser compreendida como o “desempenho de papéis sociais e no cumprimento de determinadas funções que refletem a vontade de pertencer a um grupo ou instituição e de nele integrar-se como parte do todo”.

Portanto, participação pressupõe ações conscientes e voltadas a um objetivo pré-determinado, geralmente comum a um certo grupo de pessoas. No âmbito da política,

⁹ Disponível em <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/393596619/recurso-especial-eleitoral-respe-24342-jose-de-freitas-pi/inteiro-teor-393596711>> Acesso em 19 mar. 2020

não se restringe à ocupação de cargos públicos, mas engloba a luta por direitos, o engajamento e a defesa de interesses transindividuais, coletivos e difusos.

Nesse sentido, importante sublinhar que, na história traçada até aqui, a participação da mulher na política brasileira não tem sido inexpressiva. Pelo contrário!

Entretanto, de longa data é reconhecido o fato de “que o exercício do direito de voto – tão arduamente conquistado pelas mulheres brasileiras – contribuiu pouco para ampliar a participação feminina nos órgãos do poder legislativo” (Tabak e Toscano, 1982, p. 121).

Tanto assim que, em pesquisa realizada no final de 2017¹⁰, o Brasil ocupava uma desconfortável posição no *ranking* mundial da representação parlamentar feminina, atrás de todos os outros países sul-americanos: 152º lugar, em uma classificação de 190 países liderada desde 2008 por Ruanda¹¹.

E por que isso ocorre? As hipóteses são várias.

Tabak e Toscano (1982, p. 121-122) enumeram algumas¹²: (I) a força do estereótipo, ainda vigente, de que política não é lugar para mulher; (II) o desinteresse dos partidos políticos, “que não estimulam nem facilitam a candidatura de mulheres a mandatos eletivos, a não ser em casos individualizados, isto é, quando se trata de mulheres capazes de ‘arrastar votos’ para a legenda, graças a seu prestígio próprio”; e (III) a falta de comprometimento das próprias mulheres eleitas para o parlamento “com as causas da emancipação social da mulher e da eliminação de todas as formas de opressão que ainda caem sobre ela”.

Sobre a atuação dos partidos políticos, Campos (2019) destaca a dificuldade que existe “pela tendência dos partidos a preferir perfis de candidatos mais ‘consolidados’ (o que significa, quase sempre, homens)”. Rezende e Silveira (2017, p. 207), de sua parte, defendem que,

Infelizmente, as cotas não foram um estímulo aos partidos políticos para investir capital financeiro e político em candidaturas de mulheres. Como instituições conservadoras e machistas que são, preferiram convocar mulheres “laranjas” para as candidaturas e continuar repetindo seus mantras de que “política não é lugar para mulheres”.

Por sua vez, a afirmação de que “política não é lugar para mulheres” constitui, ainda, um obstáculo a ser superado.

Um dos aspectos que contribui para essa desigualdade é a existência de diversas barreiras sociais e psicológicas, resultantes do discurso da diferença e dos espaços “naturalmente” apropriados para cada sexo. Esse discurso contribuiu fortemente para a aceitação da não interferência da mulher na coisa pública e, por consequência, da normalização da ausência de mulheres nesses espaços e nesses debates, como se isso fosse decorrência direta de supostas características e aptidões que lhe seriam inerentes. Com a ideologia de sua vinculação “natural” à esfera privada (e doméstica), as mulheres ficam alheias aos espaços de poder, que eram então ocupados por homens. Internalizam obrigações domésticas e familiares, o que torna, por exemplo, a sua disponibilidade de tempo, muitas vezes, limitada em relação às demandas de dedicação quase exclusiva a campanhas políticas. Como consequência, também na esfera privada as mulheres

10 Disponível em <<https://g1.globo.com/politica/noticia/em-ranking-de-190-paises-sobre-presenca-feminina-em-parlamentos-brasil-ocupa-a-152-posicao.ghtml>> Acesso em 10 mar. 2020.

11 De acordo com Magalhães (2017, p. 37), o Brasil ocupava a 129ª posição neste mesmo *ranking* em 2015. Ou seja, perdeu 23 posições em apenas dois anos.

12 Apesar de contar com quase quatro décadas, os estudos apresentados pelas autoras, de modo surpreendente, ainda se mostram bastante pertinentes na atualidade.

têm rendimentos em média 30% menores que seus colegas homens e, não raro, sua renda se volta para o núcleo familiar, dificultando gastos em benefício próprio. (CAMPOS, 2019)

Para mais, o dito “política não é lugar para mulheres” e sua releitura “mulher não foi feita para a política”, têm relação direta com outra máxima popular de que política é uma coisa ruim, suja, impossível de ser exercida por pessoas honestas. “A própria expressão “meter-se em política” tem uma conotação bastante próxima de envolver-se em lamaçal, mergulhar na imundície” (Tabak e Toscano, 1982, p. 58).

Lamentavelmente, este pensamento tem afastado da política muitas mulheres que poderiam oferecer valiosa contribuição na defesa dos interesses e direitos femininos.

Com relação à terceira hipótese, Paiva (2008, p. 24) ressalta que “nem sempre o fato de existirem mulheres ocupando cargos de poder significa mudanças efetivas e ganhos reais para a causa feminina”. Por conseguinte, reafirma-se o pensamento de que uma política de presença “por si só não é suficiente para transformar as relações de poder entre mulheres e homens e superar as adversidades enfrentadas pelas mulheres. É preciso que haja uma política em que a diferença, a diversidade e a equidade sejam asseguradas” (REZENDE e SILVEIRA, 2017, p. 211).

Nesse sentido, elucidativo o texto de Anne Phillips (2001, p. 289):

Embora a política de ideias seja um veículo inadequado para tratar da exclusão política, há pouco que se possa ganhar simplesmente pendendo para uma política de presença. Tomadas isoladamente, as fraquezas de uma são tão dramáticas quanto as falhas da outra. A maior parte dos problemas, de fato, surge quando as duas são colocadas como opostos mutuamente excludentes: quando ideias são tratadas como totalmente separadas das pessoas que as conduzem; ou quando a atenção é centrada nas pessoas, sem que se considerem suas políticas e ideias. É na relação entre ideias e presença que nós podemos depositar nossas melhores esperanças de encontrar um sistema justo de representação, não numa oposição falsa entre uma e outra.

Dessa forma, ainda segundo Phillips (p. 268), “não se trata de escolher uma ou outra forma de representação e sim de, compreendendo os limites de cada uma, buscar um sistema mais justo que incorpore tanto ideias quanto presença”.

Nesse contexto, a adoção pura e simples da cota de gênero eleitoral apenas atenderia ao entendimento tradicional dos mecanismos de representatividade física, sem, contudo, garantir uma efetiva representatividade de ideias, apresentando pouca – ou nenhuma – eficácia na solução da problemática da exclusão política feminina.

Nesse mesmo sentido, os questionamentos de Magalhães (2017, p. 32):

[...] votar e ser votada são ações que podem não representar a defesa de questões mais cadentes com relação às lutas femininas. [...] Ficam no ar, portanto, algumas perguntas: *Quantas parlamentares, no plano federal, estadual ou municipal, dedicam seu mandato à causa das mulheres?* Por que as mulheres, sendo a maioria da população, estão tão pouco representadas? Por que os partidos políticos têm dificuldades de preencher as cotas destinadas às mulheres nas nominatas de candidatos/as? (grifo nosso)

A par de tais questionamentos, deparamo-nos com a triste questão do envolvimento de mulheres na fraude da cota de gênero eleitoral.

4 DIREITO *VERSUS* OBRIGAÇÃO

[...] quando a constituição diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, no fundo significa o reconhecimento da liberdade de ação dos indivíduos, que só poderá ser restringida em virtude de lei. (SOUZA, 2011, p. 2)

Se, por um lado, a Constituição brasileira possui um grande arcabouço de direitos e garantias fundamentais, por outro apresenta, em seu art. 5º, inciso II, o princípio da legalidade como base para a imposição de deveres nos seguintes termos: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 2018, p. 4). Dessa forma, o binômio direitos-deveres é indissociável, compondo o capital jurídico de cada indivíduo.

Grosso modo, pode-se concluir que os deveres são imposições legais, exigidos ou exigíveis em face de determinados fatores e/ou situações, e que os direitos e garantias – bem como as discriminações legais – são colocados à disposição de cada pessoa (ou ao menos deveriam ser), respeitadas as particularidades de cada um, podendo ou não ser evocados, a depender da necessidade ou discricionariedade de cada indivíduo.

Assim, por exemplo, os maiores de 18 anos de idade *devem* alistar-se eleitores, em cumprimento ao que determina o art. 14 da Constituição Federal, enquanto que os menores entre 16 e 18 anos, os maiores de 70 anos e os analfabetos, com base no mesmo dispositivo constitucional, *podem* alistar-se eleitores, não sendo, contudo, exigível que o façam. Em suma, os deveres *devem* ser cumpridos, ao passo que os direitos *podem* ou não ser usufruídos.

Ora, ressalvadas as disposições legais, a todos os maiores de 16 anos, quer sejam alfabetizados ou não, é garantido o direito ao alistamento e ao voto. Contudo, não se pode obrigar, àqueles a quem a Constituição atribuiu a facultatividade, o exercício de tais direitos.

Consequentemente, ainda que seja prática da Justiça Eleitoral organizar, periodicamente, a campanha “Jovem Eleitor”, incentivando o alistamento eleitoral dos jovens entre 16 e 18 anos, não se pode obrigar a nenhum deles a realizar o referido alistamento, sob pena de serem feridos os princípios da legalidade e da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, dessume-se que a imposição de um direito ofende nitidamente ao menos a estes dois princípios basilares, o que nos leva à seguinte conclusão: *em regra um direito não pode se tornar uma obrigação, não pode ser imposto, ainda que sob o nobre pretexto de se proteger bens que merecem ser tutelados*, a exemplo de uma maior participação da juventude – ou, no caso do presente artigo, das mulheres – na política do país.

Diante do exposto, há que se levar em conta que o direito à capacidade eleitoral – tanto ativa quanto passiva – já foi conquistado pelas mulheres, por meio de longos anos de lutas e militância política, não havendo óbice legal ou social para seu exercício. Ademais, estudos revelam a inexistência de preconceito por parte dos eleitores com relação às candidatas do sexo feminino¹³ e os dados da Justiça Eleitoral apontam que as

13 Bolognesi (2012, p. 117) afirma que não existe preconceito com relação à candidata do sexo feminino, pois, de acordo com suas pesquisas, “o eleitor que consegue enxergar a mulher em pé de igualdade competitiva e de *background* político em relação aos concorrentes do sexo oposto elege a candidata da mesma forma”. Ainda segundo o autor, “o que se pode afirmar com relativo grau de liberdade é que as mulheres definitivamente não ocupam um lugar central nas listas partidárias. Porém, quando as mesmas atingem o posto de candidatas, tornam-se igualmente elegíveis *vis-à-vis* os homens. Isso nos mostra que o veto não é eleitoral, ou seja, o eleitor não se sente desmotivado ou exerce preconceito para votar em candidatas”. (2012, p. 123)

mulheres representam a maioria do eleitorado no país, compondo também grande parcela dos filiados nos partidos políticos.

Nessa linha, Souza (2011, p. 22), ao discorrer sobre os direitos políticos, esclarece que “hoje, diante da evolução dos direitos civis e sociais garantidos pela própria Constituição Federal, os direitos políticos devem ser exercidos por ato de consciência dos cidadãos, e não por obrigação” (grifo nosso).

Logo, a imposição da participação feminina nos pleitos eleitorais, no contexto atual, demonstra-se inócua e destituída de significado. Em verdade, a utilização da ação afirmativa de cotas para mulheres nas candidaturas aos cargos eletivos, na forma como se apresenta na atualidade, pode se travestir de inconstitucionalidade e constituir uma violação ao direito que a mulher tem de não participar da vida política e de não ser usada como mero objeto nos conchavos eleitoreiros. Dizendo de outra forma, o exercício do direito que a mulher tem de se candidatar a cargos públicos não é e não pode se tornar uma obrigação, principalmente em face desses outros direitos elencados.

Nessa seara, não é demais lembrar que Tabak e Toscano (1982, p. 93, grifo nosso), após sublinharem que, após anos de lutas, as mulheres brasileiras finalmente conquistaram o direito à plena cidadania, miseravelmente concluem: “votar passa a ser um *simples direito conquistado*”.

Dessarte, o que antes era alvo de aspiração e luta, passa a ser desprezado apenas algumas décadas após sua conquista: um “simples direito conquistado” que, para ser plenamente desfrutado, agora deve ser imposto às mulheres por intermédio da reserva de gênero eleitoral.

Dessa maneira, se o direito adquirido não pode se tornar uma obrigação, parece haver, em contrapartida, uma premente necessidade de conscientização das mulheres para que se apropriem do direito conquistado e assumam seu lugar nas esferas decisórias e de poder, por qualquer uma das formas de representatividade política, de presença ou de ideias.

5 OBRIGATORIEDADE DA COTA DE GÊNERO ELEITORAL: UMA NOVA FORMA DE SUBJUGAÇÃO DA MULHER

Bolognesi (2012, p. 123) assevera que “é preciso muito mais do que um formalismo como as cotas de gênero para que as mulheres tenham seu espaço garantido nos partidos políticos de forma ativa e não com números insignificantes”. Mesmo porque, “é óbvio que uma política de cotas para candidaturas não pode assegurar resultados eleitorais. E mesmo com a adoção de política de cotas, os aumentos da representação feminina não são imediatos” (REZENDE e SILVEIRA, 2017, p. 208).

Segundo o autor, embora a instituição da cota de gênero no Brasil tenha acontecido de forma “natural e não conflitante durante sua aprovação como lei” (BOLOGNESI, 2012, p. 118), paralelamente à alteração na legislação eleitoral, que aumentou de 20% para 30% a reserva de gênero, elevou-se também a possibilidade do número de registro de 120% para o total de até 150% do número de lugares a preencher nas câmaras e assembleias legislativas, o que acabou por “diluir a participação feminina” nos pleitos proporcionais, de forma a manter a mesma conjuntura de antes da implementação da nova norma.

O analista mais atento tende a pensar que tais fatos não ocorreram de forma desinteressada. Ora, o porquê do sucessivo aumento na proporção de candidatos nas listas de partido é um ponto a ser discutido. [...] o simultâneo incremento de cotas aliado ao crescimento na proporção de candidatos que podem ser inscritos por partidos e coligações acaba por diluir a participação feminina e manter o padrão de conduta dos candidatos homens. (BOLOGNESI, 2012, p. 118)

Desse modo, a cota de gênero se afigura, sob alguns aspectos, um tipo de “engenharia eleitoral” que, se por um lado aparenta buscar o incremento da participação feminina na política brasileira, de outra parte cria “mecanismos que retroalimentam o *status quo*”.

[...] mesmo entendendo que a política de cotas seja uma política pública redistributiva, ela ocorre no seio de uma instituição historicamente consociável – o partido político – e tem seus reflexos absorvidos por outra instituição de mesma natureza – o poder Legislativo. Ou seja, a mudança institucional que tinha em vista a adoção de cotas acaba tendo esse caráter de manutenção do jogo político criando aqui um ótimo de Pareto. (BOLOGNESI, 2012, p. 126)

Assim, no tabuleiro da política, as mulheres acabam se tornando simples peças que os “donos” dos partidos dispõem de forma a atingirem seus objetivos, sob a pseudointenção de se propiciar o incremento da participação feminina quando na verdade o que se busca é a preservação do cenário atual, ou seja, o mesmo de sempre.

Nesse sentido, Genro (*apud* BIANCONI, 2016) afirma que “mesmo que os partidos preencham cotas de candidaturas, a forma como atuam hoje é excludente porque não há uma abertura para a divisão paritária das estruturas internas de poder”. E acrescenta: “quem decide sobre tudo, na imensa maioria dos partidos, são os homens, e isso reduz as chances de as mulheres terem campanhas à altura das que eles promovem”.

Com efeito, ‘de todas as barreiras à participação das mulheres, a da política é, sem dúvida a mais difícil de transpor, exatamente por ser a política o espaço das decisões e do poder e, como tal, tem sido privilégio dos homens’. E, muito embora a Constituição Federal de 1988 elenque dispositivos de grande importância para o fim da tradicional discriminação sofrida pelas mulheres ao garantir expressamente o direito de igualdade (art. 5º, inciso I) e ao assegurar cidadania plena e abertura de espaços à atuação feminina, ressalta-se que as chefias de órgãos e entes públicos ainda são, em sua imensa maioria, ocupadas por homens, assim como as cadeiras do Congresso Nacional. (ZENI e RECKZIEGEL *apud* MACEDO, 2014, p. 224-225)

Nesse alinhamento, cumpre ressaltar que, segundo informações da Justiça Eleitoral¹⁴, dos 33 partidos atualmente em vigência no país, apenas quatro são dirigidos por mulheres: PC do B, PMB, PODEMOS e PT; no PTC, todos os cargos da comissão executiva nacional são ocupados por homens (no total de dez); o PMB – Partido da Mulher Brasileira é o único partido que possui mais mulheres que homens na Executiva, entretanto a diferença é de apenas uma mulher a mais (a composição total é de 9 mulheres e 8 homens).; finalmente, o PSOL possui o mesmo número de homens e mulheres (12 de cada gênero).

Logo, o que se tem visto, desde a implantação da cota de gênero eleitoral no Brasil, é a utilização das candidatas do sexo feminino “simplesmente para que os partidos cumpram a cota mínima de gênero na chapa de seus candidatos para disputar eleições” (REZENDE e SILVEIRA, 2017, p. 212), o que lamentavelmente denota uma nova forma de submissão da mulher.

Portanto, se antes as mulheres eram subjugadas pela força e pela ausência de leis protetivas, hodiernamente se submetem a um jugo travestido de liberdade e autonomia, alimentado principalmente pela inércia e pelo comodismo. O “simples direito

14 Disponível em <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/informacoes-partidarias/modulo-consulta-sgip3>> Acesso 3 mar. 2020.

conquistado”, ou a ausência de luta, demonstra ser, portanto, o pior e mais atroz inimigo que as mulheres poderiam enfrentar em sua histórica luta pelo direito à cidadania plena.

É preciso conscientizar-se de que o processo de incorporação de mais mulheres à política depende de diferentes fatores, que não são resolvidos a curto prazo, com a simples assinatura de leis. *A sensibilização e a capacitação das mulheres, para disputarem e ocuparem estes lugares, têm de ser permanentes.* Como historicamente são os homens que estão sentados nas cadeiras do poder, dificilmente farão leis contrárias ou que mitiguem suas ocupações nos cargos políticos. (REZENDE e SILVEIRA, 2017, p. 215, grifo nosso)

Assim sendo, as políticas públicas devem se voltar não somente para a feitura de leis que estabeleçam cotas ou direitos, por mais importantes que sejam, pois, isoladamente, já se mostraram ineficazes. As leis precisam ser acompanhadas de campanhas de incentivo, de conscientização e de educação, de forma que a alienação feminina seja combatida e a mulher seja empoderada e se sinta capaz de ocupar os espaços públicos de forma paritária com os homens.

6 COTA DE GÊNERO ELEITORAL: OBJETO DE PROTEÇÃO OU INSTRUMENTO DE CONDENAÇÃO?

De acordo com dados do Tribunal Superior Eleitoral¹⁵, nas eleições de 2016, a surpreendente marca de 16.131 candidatos “terminaram a eleição sem ter recebido sequer um voto. Ou seja, esses candidatos não receberam nem o próprio voto, mesmo concorrendo com o registro de candidatura deferido”. Desse total, 14.417 (89,37%) eram mulheres, o que, conforme amplamente debatido, pode ser atribuído à utilização, pelos partidos políticos, das chamadas candidaturas “laranja”, fato que, inclusive, gerou milhares de ações por fraude eleitoral em todo o país.

Para mais, nas eleições municipais de 2016 foram registradas 25,6 mil chapas, contudo,

Se as mulheres sem votos não tivessem disputado as eleições, 1 de cada 4 chapas não teria conseguido cumprir a cota. Isso é igual a 6,3 mil chapas, com 114 mil candidaturas – 70% delas, de homens. Uma vez que desrespeitar a cota pode levar ao indeferimento de todas as candidaturas da chapa, *as candidatas sem voto asseguram, na prática, 77 mil homens na disputa.* A ampla maioria de mulheres sem votos está justamente nessas chapas que dependem das suas candidaturas para existir e não infringir a Lei de Cotas – nada menos que 82% das candidatas nessa situação. (ROSSI e MAZOTTE, 2016)

De modo similar, nas eleições de 2018, uma pesquisa realizada pelas professoras Malu Gatto, da *University College London*, e Kristin Wyllie, da *James Madison University*, “revela a dimensão do uso de *laranjas* para burlar a lei de cotas femininas e a decisão do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) de exigir que os partidos destinem 30% dos recursos do fundo de campanha para candidaturas femininas”¹⁶ (PASSARINHO, 2019).

15 Disponível em <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Novembro/mais-de-16-mil-candidatos-tiveram-votacao-zerada-nas-eleicoes-2016>> Acesso 20 mar. 2020.

16 As eleições gerais de 2018 foram marcadas pela obrigação dos partidos políticos de destinar 30% da verba do fundo eleitoral (Fundo Especial de Financiamento de Campanha) – cerca de R\$ 510 milhões – para candidaturas femininas. A medida guardou simetria com a decisão do Supremo Tribunal Federal –

A professora da University College London afirma que, em grande parte dos casos, as "laranjas" são mulheres filiadas aos partidos que concordam em ter o nome registrado na eleição e *sabem que a candidatura não é "real"*. Ou seja, *estão cientes de que não haverá qualquer empenho da legenda ou recursos para que seja eleita*. Muitas aceitam com a promessa de serem candidatas efetivas na eleição seguinte. "Há casos de mulheres que nem sabiam que eram candidatas, mas são mais raros. *Geralmente elas sabem que integram a lista, concordam em ter os dados utilizados para o partido cumprir com as cotas e têm ciência de que não estão competindo*", afirma Gatto, que é doutora em política pela Universidade de Oxford e pós-doutora pela Universidade de Zurique, na Suíça. (grifo nosso)

De acordo com os estudos apresentados pelas pesquisadoras, "35% de todas as candidaturas de mulheres para a Câmara dos Deputados na eleição de 2018 não chegaram a alcançar 320 votos", o que aponta para a ausência de campanha e, conseqüentemente, para a ocorrência de fraude na cota de gênero eleitoral.

Para validar seu estudo, além do número de votos¹⁷, as professoras "fizeram uma comparação entre a competitividade de candidatos homens e mulheres em cada partido, ao longo dos últimos 24 anos". Com isso,

Gatto e Wyllie descobriram que, enquanto a proporção de candidatos homens não competitivos permanece estável, a de candidatas mulheres aumenta significativamente à medida que a lei de cotas femininas é reforçada, por exemplo, com punições mais severas pelo TSE aos partidos que não alcançam a cota de 30%.

Com relação a essa situação, o Vice-Procurador Geral Eleitoral, Humberto Jacques, afirmou que, apesar de a ausência de votos não implicar necessariamente a existência de candidatura falsa, cada caso precisa ser investigado, e os culpados, punidos, incluindo neste rol as candidatas "laranja":

A ideia é de que elas [as candidatas mulheres] também fiquem inelegíveis. A gente tem que trabalhar de modo objetivo. *Houve uma fraude e você participou dela*. Se você olhar o lado passional, pessoal, os vencedores dizem 'eu não sabia de nada, todos os votos que eu tenho foram com meu suor'. As mulheres dizem 'eu não sabia de nada, fui usada'. Aí ninguém sabe de nada, e vai ficar por isso mesmo, é mais ou menos esse o problema. Quem está na chapa tem que olhar se todo mundo está ok. (grifo nosso)¹⁸

STF na ADI nº 5.617/2018, na qual foi discutida a distribuição de recursos do Fundo Partidário destinados ao financiamento das campanhas eleitorais voltadas a candidaturas de mulheres. Após o julgamento da referida ADI, o plenário do Tribunal Superior Eleitoral – TSE, em resposta a consulta formulada por um grupo de 14 parlamentares mulheres (8 senadoras e 6 deputadas federais), decidiu, por unanimidade, que os recursos do Fundo de Campanha e o tempo de rádio e televisão também deveriam ser destinados de forma proporcional ao percentual de candidatos de cada gênero dos partidos políticos ou coligações estabelecido pela Lei das Eleições.

17 "Entre os critérios adotados pelas pesquisadoras para uma candidatura ser classificada como laranja está receber menos de 1% dos votos obtidos pelo candidato eleito menos votado no Estado. No caso das eleições de 2018, o deputado federal eleito menos votado de todo o Brasil foi o Pastor Manuel Marcos (PRB), do Acre, que recebeu 7.489 votos. Em São Paulo, o menos votado foi Guiga Peixoto (PSL), com 31.718. Portanto, no Acre, para ser considerada laranja, uma candidatura precisa ter obtido menos de 75 votos. Em São Paulo, o critério é receber menos de 317 votos." (PASSARINHO, 2019)

18 Disponível em <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/10/13/candidatas-recebem-zero-voto-e-dizem-que-nem-sabiam-que-estavam-concorrendo-nesta-eleicao.ghml>> Acesso 20 mar. 2020.

Nesse seguimento, lembre-se que, de acordo com Malu Gatto, os casos em que as candidatas desconhecem estar participando da fraude são raros: “geralmente elas *sabem* que integram a lista, *concordam* em ter os dados utilizados para o partido cumprir com as cotas e *têm ciência* de que não estão competindo” (apud PASSARINHO, 2019, grifo nosso).

Isso posto, conclui-se que, num primeiro momento, as mulheres foram usadas – ou aceitaram ser usadas – para a promoção das candidaturas masculinas. Dessa forma, a lei que deveria estimular a participação feminina na política nacional tornou-se instrumento de abuso, mesmo que a fraude perpetrada lamentavelmente tenha contado com a participação – quer comissiva, quer omissiva – de uma parcela de mulheres.

E isso independe do motivo que as tenha levado a pactuar com a prática da fraude eleitoral: falta de informação, ignorância, desrespeito, interesse pessoal ou financeiro. Seja qual for, realmente não importa! O fato é que o direito, em determinado momento, deixou de proteger e passou a favorecer e a promover o abuso, permitindo que as candidaturas de mulheres fossem usadas contra elas próprias.

Em consequência, a mesma lei que deveria tutelar a participação feminina na política transformou-se em instrumento de punição das mulheres, expondo de forma infausta todas as candidatas, inclusive as que de fato foram enganadas e as que, em razão de motivos não espúrios, apresentaram mal desempenho nas urnas, causando mal-estar e inibindo prováveis futuras candidaturas femininas.

Impossível traçar a linha divisória entre o momento em que a cota de gênero deixou de ser objeto de proteção para se tornar instrumento de condenação.

Naturalmente, a prática da fraude eleitoral deve ser combatida, e seus agentes, punidos, quer sejam do sexo masculino ou feminino. Contudo, é notório que a cota de gênero, da forma como foi implementada, fracassou como mecanismo para mitigação da sub-representatividade das mulheres na vida política, trazendo mais malefícios que benefícios à parcela que se destinava a tutelar.

De fato, o que se viu nos últimos pleitos foi o sobejo número de candidaturas “laranja”, prática que, em vez de resguardar a mulher, acabou por expô-la a abusos e explorações, numa deturpação clara e inequívoca das cotas de gênero: “Recheada de candidatas fantasmas, a Lei de cotas virou um roteiro de ficção” (ROSSI e MAZOTT, 2018).

Porquanto, como salientado por Rezende e Silveira (2017, p. 216), “é necessário que sejam pensadas políticas afirmativas capazes de gerar resultados reais, já que as cotas de gênero não os têm atingido”.

Em compensação, cumpre reconhecer que, sem dúvida alguma, as cotas trouxeram contribuição para o fortalecimento do debate sobre democracia e a importância da participação feminina nas esferas de decisão e poder. “Mas, é preciso o engajamento das mulheres para que continuem a lutar por essa mudança, que embora lenta, urge ser perene” (REZENDE e SILVEIRA, 2017, p. 207).

Engajamento, não obrigatoriedade. Conscientização, não compulsoriedade. Sob pena de se afastar ainda mais as mulheres da política, perpetrando o abuso imposto em nome de um direito que deveria ter como escopo a proteção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cota eleitoral de gênero não tem sido efetiva no aumento da participação feminina na vida política do país, sendo, de fato, fonte de fraudes e de novas formas de subjugação da mulher.

Concluiu-se, assim, que a reserva de gênero eleitoral, nos moldes como se apresenta, não apenas é ineficaz no incremento da representatividade feminina nas esferas de decisão e poder, como também tem-se revelado instrumento de abuso e

subjugação da mulher, ao impor, de forma pura e simples, sua participação na política, sem considerar, inclusive, que a representatividade não se faz apenas com políticas de presença, devendo estas serem conjugadas com alguma forma de política de ideias.

Finalmente, importa destacar que a cidadania plena da mulher, hoje garantida constitucionalmente, é conquista relativamente recente, que custou anos de luta e militância de sufragistas não só no Brasil, mas em todo o mundo. Um legado que não pode ser desprezado, mas que, do mesmo jeito, não pode ser imposto, sob pena de se tornar uma nova modalidade de abuso e domínio da mulher pelo homem.

Dessarte, apesar de reconhecer a importância das políticas públicas como forma de se promover a isonomia e a igualdade material entre as minorias, o presente artigo defende que a cota de gênero, notadamente o modelo atualmente adotado, não é medida que se impõe como instrumento efetivo na esfera eleitoral brasileira, sendo sua obrigatoriedade, por conseguinte, uma nova forma de subjugação da mulher.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Fernanda L. As cotas eleitorais de gênero como um instrumento de ação afirmativa eleitoral. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 122, mar 2014. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14536> Acesso 25 fev. 2020.

BIANCONI, Giulliana. Cotas aumentam candidaturas, mas ainda não alavancam número de eleitas. **Gênero e Número**. 16 de setembro de 2016. Disponível em <<http://www.generonumero.media/cotas-aumentam-candidaturas-mas-ainda-nao-alavancam-presenca-feminina-em-cargos-municipais/>> Acesso 25 fev. 2020.

BOLOGNESI, Bruno. A cota eleitoral de gênero: política pública ou engenharia eleitoral? **Paraná Eleitoral**. 2012. v. 1, n. 2, p. 113-129. Disponível em <<https://revistas.ufpr.br/pe/article/view/42736/25894>> Acesso 25 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº. 9.504, de 30/9/1997. **Estabelece normas para as eleições**. Brasília, 30 de setembro de 1997; 176º da Independência e 109º da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.htm> Acesso 25 fev. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 55ª ed., atualizada. São Paulo: Saraiva, 2018.

CALDAS, Felipe Ferreira Lima Lins. **Abuso de poder, igualdade e eleição: o direito eleitoral em perspectiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

CAMPOS, Lígia Babris. Litígio estratégico para igualdade de gênero: o uso das verbas de campanha para mulheres candidatas. **Revista Direito e Práxis**. ISSN 2179-8966. Vol. 10, nº. 1. Rio de Janeiro: Mar. 2019. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662019000100593> Acesso 25 fev. 2020.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MACEDO Elaine H. A cota de gênero no processo eleitoral como ação afirmativa na concretização de direitos fundamentais políticos: tratamento legislativo e jurisdicional. **Revista da AJURIS**. Vol. 41. nº. 133. Março, 2014. p. 205-243. Disponível em <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/226/162>> Acesso 25 fev. 2020.

MAGALHÃES, Livia (Org.). **Lugar de mulher: feminismo e política no Brasil**. Rio de Janeiro: Oficina Raquel, 2017.

PAES, Janiere Portela Leite. O sufrágio e o voto no Brasil: direito ou obrigação? **Revista Eletrônica EJE**. Escola Judiciária Eleitoral, nº 3, ano 3. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da->

[eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-3-ano-3/o-sufragio-e-o-voto-no-brasil-direito-ou-obrigacao](#)> Acesso 20 mar. 2020.

PAIVA, Raquel. **Política**: palavra feminina. Rio de Janeiro: Mauad X, 2008.

PASSARINHO, Nathalia. Candidatas laranja: pesquisa inédita mostra quais partidos usaram mais mulheres para burlar cotas em 2018. **BBC News Brasil em Londres**. 8 mar. 2019. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47446723>> Acesso 20 mar. 2020.

PHILLIPS, Anne. De uma política de ideias para a uma política de presença? **Revista Estudos Feministas**. Ano 9, 1/2001, p. 268-290. Trad.: Luís Felipe Miguel. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v9n1/8615.pdf>> Acesso 20 fev. 2020.

RAMOS, Luciana de Oliveira. Os tribunais eleitorais e as candidaturas femininas fictícias. **Revista Eletrônica de Direito Eleitoral e Sistema Político**. ISSN 2564-9519. Nº. 1, de julho a dezembro de 2017. Disponível em <<https://apps.tre-sp.jus.br/ojs/index.php/revistaEJEP/article/view/28>> Acesso 20 fev. 2020.

REZENDE, Inês Oliveira S. de; SILVEIRA, Fernanda de Oliveira. Análise crítica da legislação de cotas eleitorais para a igualdade de gênero e a importância dessa política pública como instrumento democrático. In: SILVA, Juvêncio B.; RAMOS, Paulo Roberto B.; SILVA, Rogério Luiz N. da. (Coord.). *Direitos sociais e políticas públicas I*. Florianópolis: **CONPEDI**, 2017. p. 198-218. Disponível em <<http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/roj0xn13/2070z86p/3u8WwR9PvhW20es9.pdf>> Acesso 20 mar. 2020.

ROSSI, Amanda; MAZOTTE, Natália. Partidos recorrem a candidatas “fantasmas” para preencher cota de 30% para mulheres. **Gênero e Número**. 27 de outubro de 2016. Disponível em <<http://www.generonumero.media/partidos-recorrem-candidatas-fantasmas-para-preencher-cota-de-30-para-mulheres/>> Acesso 20 mar. 2020.

ROTHENBURG, Walter C. **Direitos fundamentais**. Coordenação André Ramos Tavares, José Carlos Francisco. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.

SOUZA, Leland Barroso de. Democracia e voto: instrumentos de efetivação do direito fundamental da soberania popular. **Revista Eletrônica Direito & Política**. Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí, v. 6, nº 3, 3º quadrimestre de 2011. ISSN 1980-7791. Disponível em <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5725/3110>> Acesso 20 mar. 2020.

TABAK, Fanny; TOSCANO, Moema. **Mulher e política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. (Coleção o mundo hoje, vol. 43).

OS LIMITES DO PROCESSO DE REGISTRO DE CANDIDATURA: A VINCULAÇÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL AO JULGAMENTO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

THE LIMITS OF THE APPLICATION REGISTRATION PROCESS: THE LINKAGE OF ELECTORAL JUSTICE TO THE JUDGMENT OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY

Marilda de Paula Silveira¹
Heffren Nascimento da Silva²

RESUMO

Este trabalho estuda a competência da Justiça Eleitoral ao julgar o Registro de Candidatura e a competência da Justiça Comum no julgamento da ação de Improbidade Administrativa. A finalidade é saber qual o limite do processo de registro de candidatura quando se está diante da avaliação dos requisitos da inelegibilidade do art. 1º, I, “L”, da LC nº 64/90: estaria o juízo eleitoral vinculado ao que decidido pela Justiça Comum na ação de Improbidade Administrativa? Se sim, o porquê desta vinculação. A análise que aqui se pretende é a revisão bibliográfica da temática para a construção de balizas necessárias de modo a compreender os institutos tratados e, posteriormente, revisão jurisprudencial do Tribunal Superior Eleitoral para constatar como tem decidido a Corte Eleitoral em matéria tão sensível à democracia, que trata da restrição à capacidade eleitoral passiva do cidadão da alínea “L”.

Palavras-Chave: Direito eleitoral; competência; Improbidade Administrativa; inelegibilidade.

ABSTRACT

This work objective is to study the competence of Electoral Justice when judging a Candidate Registration, as well as the competence of the Ordinary Justice on the judgment of Administrative Improbity action. The purpose is to define what is the limit of the Candidate Registration process when dealing with the unenforceability requirements evaluation of art. 1º, I, “L”, of LC nº 64/90: are the electoral judges bounded by the ordinary justice decisions on improbity actions? If the answer is positive, what’s the reason of this binding. The intended analysis originates with the construction of the necessary limits for the comprehension of the mentioned institutes in order to, subsequently, study the Superior Electoral Court decision and analyze how the Court decided such sensitive democracy matter, which deals with the restriction of electoral passive capacity of the citizen from point “L”.

Key Words: Electoral Law; competence; Administrative Improbity; unenforceability

1 Mestre e doutora em Direito Público pela UFMG. Professora de Direito Administrativo e Eleitoral do IDP/EDB e coordenadora acadêmica da pós-graduação em Direito Eleitoral da mesma instituição de ensino superior. Membro do IBRADE e ABRADep. Pesquisadora líder do Observatório Eleitoral IDP/EDB e Pesquisadora membro do CEDAU/USP. Coordenadora da Transparência Eleitoral Regional Brasil. Advogada sócia da Silveira e Unes Advogados Associados.

2 Advogado. Bacharel em Direito pela Escola de Direito de Brasília do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. Pós-graduando em Processo Civil pelo Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. Atua no contencioso cível com foco no direito civil e administrativo. Advogado no escritório Silveira & Unes Advogados.

SUMÁRIO

Introdução; 1 A competência da Justiça Comum para julgar ação de Improbidade Administrativa; 1.1 Atos de Improbidade Administrativa; 1.2 Os direitos políticos; 1.3 O dolo e a culpa na Improbidade Administrativa; 1.4 O dano ao erário e o enriquecimento ilícito; 1.5 O julgamento da ação de Improbidade Administrativa; 2 Competência para julgar registro de candidatura; 3 Estudo de Caso; 3.1 Análise do caso; 4 Conclusão; Referências

INTRODUÇÃO

Buscando compreender melhor os reflexos da condenação por Improbidade Administrativa no registro de candidatura, este trabalho estabelece como tema “Os limites do processo de registro de candidatura: a vinculação da Justiça Eleitoral ao julgamento da ação de Improbidade Administrativa pela Justiça Comum”, para averiguar se a competência da Justiça Eleitoral autoriza deduzir da fundamentação do acórdão da Justiça Comum elementos que não constaram da parte dispositiva da decisão.

O estudo preliminar aponta que a Justiça Eleitoral estaria vinculada à matéria objeto de discussão efetivada no âmbito da Justiça Comum.

Essa questão foi escolhida a partir das inquietações geradas através dos julgamentos realizados pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) acerca do tema, principalmente quando do julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 204-91, de origem do Município de Foz do Iguaçu. A partir desse julgado, o TSE mudou a jurisprudência que já havia sido fixada para as eleições de 2016 e passou a entender que seria possível extrair dos fatos descritos no acórdão da Justiça Comum elementos que não constaram da decisão.

O exame aqui proposto será feito a partir da análise tanto bibliográfica, como jurisprudencial, sendo dividido o trabalho em três capítulos: o primeiro estudará a competência da Justiça Comum para julgar ação de Improbidade Administrativa, assim como os requisitos da ação de Improbidade necessários para atraírem a inelegibilidade do art. 1º, I, “L” da Lei 8.429/1992.

O segundo capítulo tratará da competência para julgar registro de candidatura, entendendo como funciona o procedimento de análise do registro.

Por fim, o terceiro capítulo é um estudo de caso, no qual se irá esmiuçar o Recurso Especial Eleitoral nº 204-91 para compreender como o TSE chegou no resultado final, contrapondo a tese que logrou êxito com a divergência formada.

1 A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM PARA JULGAR AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A competência, segundo Humberto Theodoro Junior é “[...] o critério de distribuir entre os vários órgãos judiciários as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição”³. Entretanto, segundo destaca Calil Simão “[...] embora investido de jurisdição, pode ser que a sua competência seja afastada em razão da especialidade da matéria, da pessoa envolvida ou do pedido formulado [...]”⁴.

3 THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento** – Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 1, p. 192.

4 SIMÃO, Neto Calil. **Improbidade administrativa: teoria e prática** / Calil Simão Neto. Leme: J. H. Mizuno, 2011. p. 394.

A competência para julgar ato de Improbidade Administrativa se extrai por exclusão das competências estabelecidas na Constituição Federal, isso porque a Carta da República definiu a competência da Justiça Especializada em razão da matéria [Justiça Militar – art. 124; Justiça Eleitoral – art. 121; e Justiça do Trabalho – art. 114], sendo assim o que não pertencer a essas classes será julgado pela Justiça Comum.

A Justiça Comum é dividida entre a Justiça Estadual e a Justiça Federal. A competência da Justiça Estadual está disposta no art. 125 da Constituição Federal, que determina aos Estados a organização da sua Justiça. Por sua vez, a competência da Justiça Federal está definida no art. 109 da Constituição Federal, o qual dispõe que nas “[...] causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas [...]” a competência será da Justiça Federal, definindo a competência não em razão da matéria, mas do sujeito da relação processual.

Conforme se verifica, a competência da Justiça Estadual é residual e a da Justiça Federal está aos sujeitos da relação processual.

1.1 ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Visando à tutela da probidade administrativa, o art. 14, § 9º, da Constituição Federal, estabeleceu que ficasse a cargo da legislação complementar estabelecer outros casos de inelegibilidade. O art. 37, § 4º, da Carta da República, por sua vez, dispôs que os atos de improbidade administrativa “importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

A Lei Complementar que veio regular o art. 14, §9º da CR/88 foi a LC 64, de 18 de maio de 1990, estabelecendo casos de inelegibilidade, prazos de cessação e dando outras providências.

Por sua vez, a Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, ao alterar a LC 64/1990, fez incluir outros casos de inelegibilidades, visando “proteger a probidade administrativa e a moralidade administrativa no exercício do mandato”. Dentre os dispositivos inclusos, destaca-se para a análise que aqui se propõe a fazer o art. 1º, I, “L”, da LC 64/1990, *in verbis*:

Art. 1º São inelegíveis: [...]

I - para qualquer cargo:

L) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;⁵

Ao estabelecer essa nova hipótese de inelegibilidade, visando restringir o exercício da capacidade eleitoral passiva dos condenados por atos de improbidade administrativa, o legislador infraconstitucional estabeleceu alguns parâmetros para que a alínea “L” pudesse ser configurada, de modo a não atingir toda e qualquer pessoa que fosse condenada por improbidade administrativa, sendo eles: 1) condenação à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial; 2) ato doloso de improbidade administrativa; e 3) que importe lesão ao erário e enriquecimento ilícito⁶.

5 BRASIL. **Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990**. Estabelece os casos de inelegibilidade. Publicada no Diário Oficial da União de 21 de maio de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm.

6 Em que pese as vozes dissonantes, a atual jurisprudência do TSE compreende que o “e” contido na norma é aditivo, de modo que exige-se cumulativamente lesão ao erário e enriquecimento ilícito para que

Verifica-se que a intenção do legislador foi clara no sentido de que não seria qualquer condenação por improbidade administrativa que atrairia a inelegibilidade da alínea “L”, motivo pelo qual apontou como necessário a ocorrência de requisitos, de forma cumulativa, para que eventual inelegibilidade fosse imputada.

Mas para analisar o art. 1º, I, “L”, da LC 64/1990 e, por conseguinte, a competência do Tribunal Superior Eleitoral no manejo da inelegibilidade no Registro de Candidatura é necessário se socorrer da regulamentação infraconstitucional do art. 37, § 4º, da Carta da República, que é a Lei 8.429/1992, de 2 de junho de 1992, a qual dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos condenados por improbidade administrativa (artigos 9º, 10, 10-A e 11 da Lei 8.429/93 e art. 52 da Lei 10.257/2001).

Essa análise é imprescindível porque os elementos caracterizadores da inelegibilidade presente na alínea “L” estão tipificados na Lei de Improbidade Administrativa, assim, somente após entender a estruturação e relação dos artigos 9º, 10, 10-A e 11 da Lei de Improbidade administrativa e do art. 52 da Lei 10.257/2001, é que se pode compreender a inelegibilidade que decorre da condenação por improbidade administrativa.

O art. 9º da Lei 8.429/92 (mesmo diploma que será citado nos dispositivos legais seguintes) dispõe sobre as hipóteses de improbidade que acarretam enriquecimento ilícito. O dispositivo visa reprimir a aferição de “qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º”, sendo necessário, por conseguinte, a comprovação do elemento volitivo “dolo”.⁷

Por sua vez, o art. 10 estabelece as hipóteses de improbidade que acarretam lesão ao erário, apontando que tanto as condutas dolosas, como as culposas (sendo o único dispositivo que permite essa modalidade), podem dar ensejo à condenação com fundamento nesse dispositivo.⁸

O art. 10-A especifica hipótese de improbidade administrativa para os casos em que, por ação ou omissão, se conceda, aplique ou mantenha benefício financeiro ou tributário contrariando o que dispõe o *caput* e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116/2003 (alíquota de ISS)⁹.

incida a causa de inelegibilidade. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 28359, Acórdão, Relator(a) Min. Rosa Maria Pires Weber, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 13/12/2016. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/deciso/es/jurisprudencia>

7 BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Publicada no *Diário Oficial da União* de 3.6.1992: Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8429.htm. Acesso em 5 de maio de 2018.

8 Ibid. “Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...]”

9 Ibid. Art. 8º-A. A alíquota mínima do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza é de 2% (dois por cento). (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

§ 1º O imposto não será objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação da alíquota mínima estabelecida no *caput*, exceto para os serviços a que se referem os subitens 7.02, 7.05 e 16.01 da lista anexa a esta Lei Complementar. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

Já o art. 11 tratou dos casos que atentam contra os princípios da Administração Pública, admitindo somente a forma dolosa para que o agente seja condenado com fundamento nesse dispositivo.¹⁰

Finalmente, o art. 52 da Lei 10.257/2001 previu um elenco de violações à própria lei (Estatuto da Cidade) que, sem prejuízo da aplicação de outras sanções cabíveis, também constitui ato de improbidade administrativa. Considerando que o rol do art. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/1993 não é taxativo, as hipóteses do art. 52¹¹ da Lei 10.257/2001 não configuram gênero específico de improbidade, de modo que, ao fim e ao cabo, inserem-se em alguma das categorias de enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação de princípios da administração pública já previstas na lei.

Após proceder a subsunção dos fatos à norma, é necessário que o órgão julgador individualize a conduta do agente para aplicar a sanção pelos atos cometidos, levando “em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”, segundo o que preceitua o art. 12.¹²

Cuidando das penalidades, o art. 12 vem instituir as sanções aplicadas aos responsáveis pelo ato de improbidade administrativa – ressaltando, desde logo, que as sanções podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa, de acordo com a gravidade do fato – tratando de forma específica cada hipótese elencada na lei (arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92), graduando a sanção conforme a reprovabilidade do ato.

Para os casos que versam sobre enriquecimento ilícito (art. 9º), o art. 12, I, estabelece como sanção a perda dos bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio, a suspensão dos direitos políticos e dispõe sobre outras penalidades (da mesma forma o faz com as outras modalidades de improbidade).¹³

10 Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [...], *passim*.

11 BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. **Estatuto da Cidade**. Estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial da União em 11 junho 2001 e retificado em 17 julho 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em 5 maio 2018. Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, quando:

I – (VETADO)

II – deixar de proceder, no prazo de cinco anos, o adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público, conforme o disposto no § 4o do art. 8o desta Lei;

III – utilizar áreas obtidas por meio do direito de preempção em desacordo com o disposto no art. 26 desta Lei;

IV – aplicar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso em desacordo com o previsto no art. 31 desta Lei;

V – aplicar os recursos auferidos com operações consorciadas em desacordo com o previsto no § 1o do art. 33 desta Lei;

VI – impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do § 4o do art. 40 desta Lei;

VII – deixar de tomar as providências necessárias para garantir a observância do disposto no § 3o do art. 40 e no art. 50 desta Lei;

VIII – adquirir imóvel objeto de direito de preempção, nos termos dos arts. 25 a 27 desta Lei, pelo valor da proposta apresentada, se este for, comprovadamente, superior ao de mercado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em 25.08.2019

12 Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: [...] Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. *passim*.

13 I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios,

Já para os atos que causem dano ao erário (art. 10), o inciso II do art. 12 sanciona com o ressarcimento integral do dano, perda de eventual bem ou valor acrescido de forma ilícita, caso tenha ocorrido; suspensão dos direitos políticos pelo prazo de cinco a oito anos; multa civil de até duas vezes o valor do dano; e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.¹⁴

O inciso III do art. 12 cuida, por sua vez, das hipóteses de violação aos princípios (art. 11), estabelecendo como sanção ressarcimento integral do dano, caso haja, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos; multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente; e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.¹⁵

1.2 OS DIREITOS POLÍTICOS

Os direitos políticos são tratados na Constituição Federal nos artigos 14 a 17 e representam “as prerrogativas e os deveres inerentes à cidadania. Englobam o direito de participar direta ou indiretamente do governo, da organização e do funcionamento do Estado”¹⁶, e segundo Teori Zavascki direitos políticos são compreendidos como, *in verbis*, o “[...] conjunto de direitos atribuídos ao cidadão que lhe permite, através do voto, do exercício de cargos públicos ou da utilização de outros instrumentos constitucionais e legais, ter efetiva participação e influência nas atividades de governo”.¹⁷

Ao prever a suspensão e a perda dos direitos políticos no art. 15 da Carta da República, o constituinte originário estabeleceu no inciso V, que nos casos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º), os direitos políticos seriam suspensos.

1.3 O DOLO E A CULPA NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Somado à suspensão dos direitos políticos, o elemento volitivo do agente – dolo ou culpa – é outro ponto importante que necessita de análise, devido à sua caracterização impactar diretamente na inelegibilidade da alínea “L”.

A culpa é a inabilidade, a negligência ou a imperícia que o agente comete e, em consequência disso, pode causar prejuízo ao erário público. Como se vê, a vontade do agente aqui não é pincelada pela desonestidade ou má-fé, de modo a sujeitar alguém às sanções da Lei de Improbidade Administrativa, conforme bem observado por Cristiano Lago, *in verbis*:

direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos. *passim*.

14 II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos. *passim*.

15 III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. *passim*.

16 GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 4.

17 ZAVASCKI, Teori Albino. **Direitos Políticos – Perda, Suspensão e Controle Jurisdicional**. Revista Jurídica, n 201, p. 118.

A despeito de prever o dispositivo (art. 10) a modalidade culposa para o ilícito da improbidade que importe em lesão aos cofres públicos, sem dolo ou voluntariedade, possa comporta-se de modo desonroso, ímprobo ou desonesto, a ponto de produzir dano ao erário público. O elemento subjetivo da culpa em sentido estrito (negligência, imprudência e imperícia) não se coaduna com o *corpus delicti* da infração disciplinar em apreço. Por culpa (em sentido estrito), a ação do servidor, ou do agente político, que cause prejuízo ao erário, poderá, quando muito, ensejar a sua responsabilidade civil, nos termos do art. 159 do CC e do art. 5º da Lei 8.429/1992.¹⁸

Diante das críticas acerca do elemento culpa, passou-se a falar em “culpa grave” para que pudesse ocorrer condenação por improbidade. Tal modalidade é uma gradação da culpa que, inclusive sofre grande crítica pela doutrina por ser equiparada ao dolo¹⁹, mas que o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado²⁰.

Já o dolo diferencia-se da culpa pelo estado de previsão: “[...] se o sujeito prevê quando da prática do ato o seu resultado, e mesmo assim opta por consumá-lo, age com dolo”²¹. O dolo configura-se pela vontade do agente em querer praticar, correspondendo perfeitamente à noção de improbidade, pois aquele que age com má-fé, no intuito de transgredir a norma, necessariamente age com dolo:

As condutas ímprobas são aquelas permeadas de má-fé (do latim *malefatius*). Má-fé, na terminologia jurídica, designa o fato jurídico desencadeado pela maldade, em oposição à boa-fé. Representa a fraude, a corrupção e o dolo, por exemplo. Nesse sentido, quando descrevemos juridicamente que uma pessoa agiu de má-fé, estamos dizendo que ela agiu com fraude ou dolo.²²

O “dolo específico” e o “dolo genérico”, por seu turno, são espécies de dolo. A aferição da conduta representada pelo dolo específico é caracterizada pela intenção especial do agente, ou seja, deve ser comprovada a má-fé do agente em violar o bem jurídico protegido. Diversamente é a figura do “dolo genérico”, que basta a mera vontade de praticar o ato descrito na norma (não necessitando perquirir se a conduta do agente fora desonesta) para que seja configurado o elemento volitivo a ensejar a condenação por improbidade administrativa.

Essa forma de dolo (genérico) que vem sendo praticada nos tribunais²³, não só viola o dever de motivação da decisão judicial, dado que “[...] blindaria o julgador do

18 LAGO, Cristiano Álvares Valladares. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais. RT 786/791. abr./2001.

19 SIMÃO, Neto Calil. **Improbidade administrativa: teoria e prática** / Calil Simão Neto. Leme: J. H. Mizuno, 2011. p. 82: “[...] podemos dizer que a doutrina administrativista procurou utilizar o termo culpa grave como sinônimo de tipo culposo, para a partir daí admitir a sua aplicação à infração ímproba. Na verdade, a culpabilidade do agente, quando grave, importa em um tipo doloso, e não em tipo culposo.”

20 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito Administrativo. Improbidade Administrativa. AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/09/2011, DJe 28/09/2011: “Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=aia+30&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 25.5.2018.

21 SIMÃO, Neto Calil. **Improbidade administrativa: teoria e prática** / Calil Simão Neto. Leme: J. H. Mizuno, 2011. p. 84.

22 Idem. p. 83.

23 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito Administrativo. Improbidade Administrativa. REsp 765.212/AC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe

dever de motivar sua decisão a partir do contexto fático. Isto é, no *terreno pragmático*, significaria suficiente o descumprimento patente da lei para constatar a improbidade.”²⁴, como, também, cria uma responsabilidade objetiva em matéria de improbidade administrativa na medida em que retira do órgão julgador o ônus de comprovar a intenção do agente, conforme se observa das lições de Márcio Cammarosano e Flávio Pereira:

Inferir ofensa dolosa à ordem jurídica da simples voluntariedade do comportamento objetivamente inválido do agente, mais do que presumir o que não pode ser presumido – o dolo – é ignorar a noção jurídica mesma de culpabilidade, indissociável do elemento subjetivo. Implica, em rigor, e de forma não declarada, propugnar pela responsabilidade objetiva em matéria de improbidade, primitivismo doutrinário inadmissível em matéria sancionadora tanto penal quando a título de improbidade administrativa, e como se a tanto se pudesse chegar deturpando a própria noção de dolo genérico que, antes de tudo, é dolo. E dolo só há diante de prova, ainda que difícil em muitos casos, de deliberada, intencional violação da ordem jurídica – o que pressupõe consciência da antijuridicidade –, e não da mera constatação da voluntariedade ou não deste ou daquele comportamento.²⁵

Não obstante essas considerações, a conduta dolosa é a característica que o ato dever ter para ser capaz de configurar a inelegibilidade da alínea “L”.

1.4 O DANO AO ERÁRIO E O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

Os atos de improbidade administrativa para configurarem a inelegibilidade da alínea “L” devem resultar em dano ao erário (art. 10) e enriquecimento ilícito (art. 9º), de forma cumulativa. O mesmo se dará caso ambos os requisitos, cumulativamente, estejam presentes nas hipóteses do art. 10-A da Lei 8.429/93 e no art. 52 da Lei 10.257/2001.

O dano ao erário na improbidade administrativa é a lesão ao patrimônio material do Estado somado com a lesão à probidade administrativa, isso porque não é qualquer lesão que sofra o Estado por ato de agente público que pode ser qualificado como ímprobo, mas o dano deve estar atrelado à conduta ímproba, entendida como a desonestia, como demonstra Calil Simão.²⁶

Já o enriquecimento ilícito é a obtenção de vantagem ilegal em razão do cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades dispostas no art. 1º da Lei

23/06/2010: “Ainda que se admita a necessidade de comprovação desse elemento subjetivo, forçoso reconhecer que o art. 11 não exige dolo específico, mas genérico: "vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora". Nessa linha, é desnecessário perquirir a existência de enriquecimento ilícito do administrador público ou o prejuízo ao Erário. O dolo está configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária aos deveres de honestidade e legalidade, e aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade.”. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=765212&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 25.05.2018.

24 CAMMAROSANO, Márcio e PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **O elemento subjetivo na improbidade administrativa: por uma responsável motivação das decisões judiciais**. Revista do Superior Tribunal de Justiça – Improbidade Administrativa. a. 28, vol 241, jan/fev/mar 2016, p. 86.

25 Idem.

26 SIMÃO, Neto Calil. **Improbidade administrativa: teoria e prática** / Calil Simão Neto. Leme: J. H. Mizuno, 2011. p. 249.

8.429/1992, resultando em violação à Constituição ou à lei. O agente por meio da conduta ilícita aumenta seu patrimônio.

1.5 O JULGAMENTO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Ao ser proposta uma ação de Improbidade Administrativa, o requerido será notificado para apresentar manifestação por escrito (art. 17, § 7º, da LIA), a qual será apreciada pelo juízo, que concluirá, no prazo de trinta dias, pela inexistência do ato de improbidade; improcedência da ação por inadequação da via eleita; ou pelo recebimento da petição inicial.

Recebida a petição inicial, o réu é citado para apresentar contestação (art. 17, § 9º, da LIA) e produzir provas, exercendo seu direito à ampla defesa e ao contraditório, por meio do devido processo legal.

Formada a convicção do juízo, será proferida sentença, que deverá ser devidamente fundamentada com base no arcabouço probatório produzido, na qual conterá relatório, fundamentos e dispositivo²⁷. Esta terceira parte da sentença ou acórdão (dispositivo) é a conclusão do raciocínio desenvolvido pelo órgão julgador, razão pela qual se torna imutável por força da coisa julgada material [art. 504 do CPC].

Tendo sido procedente a sentença da ação de Improbidade Administrativa, ao réu é facultado interpor recurso, podendo exercer seu direito de defesa em mais uma oportunidade.

Tais considerações apresentadas, ainda que de forma simples, foram necessárias para demonstrar que no âmbito da Justiça Comum as provas são produzidas e sobre elas o juízo, de forma fundamentada, profere uma decisão. Perceba que aqui o órgão julgador está mais próximo dos elementos fáticos e das provas, fatores que possibilitam a construção do raciocínio para concluir quais as sanções do art. 12 da LIA devem ser aplicadas, de forma isolada ou cumulativa, de acordo com a gravidade do fato.

É da competência da Justiça Comum, portanto, julgar a ação de Improbidade, estabelecendo se houve enriquecimento ilícito, dano ao erário, cometidos de forma dolosa. A partir dos fatos é que o juiz irá decidir se condena à suspensão dos direitos políticos por ato doloso de improbidade administrativa, que importe em lesão ao erário e enriquecimento ilícito.

2 COMPETÊNCIA PARA JULGAR REGISTRO DE CANDIDATURA

A previsão constitucional da Justiça Eleitoral, especializada em razão da matéria, constou dos arts. 92, 118 e 121 da Constituição Federal de 1988, limitando-se esse último dispositivo constitucional somente a afirmar que a lei complementar disporia a respeito. Em razão disso, a Lei 4.737 de 1965 (recepcionada como lei complementar) e a Lei Complementar 64 de 1990 estabeleceram regras de competência para os órgãos da Justiça Eleitoral.

Regulando a matéria atinente à competência dos órgãos da Justiça Eleitoral para julgar o registro de candidatura dos candidatos, a Lei 4.737/1965²⁸ – Código Eleitoral –,

27 BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União de 17.3.2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 06.6.2018. Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

28 BRASIL. **Lei n 4.737 de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Publicada no *Diário Oficial da União* de 19.7.1965; retificada no *Diário Oficial da União* de 30.7.1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm. Acesso em 5 maio 2018.

fixou a competência do Tribunal Superior Eleitoral no art. 22, I, “a”; a do Tribunal Regional Eleitoral no art. 29, I, “a” e, por fim; a competência dos Juízes Eleitorais no art. 35, XII.

No art. 22, I, “a” ficou assentada a competência do Tribunal Superior Eleitoral para processar e julgar originariamente o registro de candidatura dos candidatos à Presidência e Vice-Presidência da República. O art. 29, I, “a”, por sua vez, definiu que o Tribunal Regional Federal é competente para processar e julgar originariamente o registro de candidatura dos candidatos a “governador, vice-governadores, e membro do Congresso Nacional e das assembleias legislativas”. Por fim, os Juízes Eleitorais ficaram responsáveis por julgar o registro de candidatura dos candidatos aos cargos eletivos municipais (art. 35, XII).

Como visto, a competência da Justiça Eleitoral é definida em razão da matéria, assim tudo que versar sobre eleição será de competência do juiz eleitoral. E neste ponto, destaca-se que a Justiça Eleitoral é composta por quatro funções: administrativa, jurisdicional, normativa e consultiva. A função administrativa está atrelada à organização do processo eleitoral; a jurisdicional à resolução dos conflitos relacionados às eleições; a normativa à possibilidade do Tribunal Superior Eleitoral regular, com força de lei, matéria de sua competência; por fim, a consultiva é a possibilidade tanto dos Tribunais Regionais Eleitorais, como do Tribunal Superior Eleitoral responder a consultas realizadas sobre as eleições (art. 23 e 30 do Código Eleitoral).²⁹

O registro de candidatura previsto nos arts. 87 a 102 da Lei 4.737/1965, de igual modo, está inserido na competência da Justiça Eleitoral, sendo o procedimento pelo qual o pré-candidato escolhido em convenção partidária se submete à análise da Justiça Eleitoral para demonstrar que preenche todos os requisitos de elegibilidade do art. 14, § 3º, da Constituição Federal e não incide em nenhuma causa de inelegibilidade, tanto constitucional (art. 14, § 4º e 7º, da Constituição Federal), como infraconstitucional (Lei nº 64/1990), conforme registrado por Miguel Neto e Bárbara Lôbo:

[...] o pedido de registro de candidato visa, em última análise, à declaração pela Justiça Eleitoral de que aquele cidadão preenche os requisitos de elegibilidade previstos na Constituição Federal e bem assim que contra si não recaem quaisquer das causas de inelegibilidade previstas na Constituição Federal ou na lei complementar respectiva, que encontra amparo no próprio texto constitucional.³⁰

O registro de candidatura é condição para que determinado cidadão possa exercer sua capacidade eleitoral passiva e, nesse aspecto, o art. 11 da Lei 9.504/1997, que regula as Eleições, determina que os partidos e as coligações solicitem o registro dos seus candidatos à Justiça Eleitoral. Uma vez deferido o pedido de registro, o que era pré-candidato torna-se candidato.

Solicitado o pedido de registro de candidatura, o Presidente do Tribunal ou o juiz eleitoral, no caso de eleição municipal ou distrital, fará publicar edital para que os interessados tomem ciência (art. 97 da Lei 4.737/1965) e, no prazo de 5 (cinco) dias, possam impugná-lo em petição fundamentada [art. 3º da Lei 64/1990].

29 GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral** – 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 80/83.

30 PEREIRA, Miguel e LÔBO, Bárbara Mendes. **A natureza jurídica do pedido de registro de candidatura e os estritamente objetivos limites da lide**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. v. 32/2013, p. 297.

Nesse aspecto, o TSE tem facultado ao cidadão apresentar notícia alegando, de forma fundamentada, a presença de inelegibilidade no prazo de 5 (cinco) dias contados da publicação do edital relativo ao pedido de registro³¹.

Não obstante essa faculdade de apresentar notícia, há ação própria intitulada de “Ação de Impugnação de Registro de Candidatura” – AIRC, prevista no art. 3º, *caput*, da Lei nº 64/1990 que, de forma diversa, é um procedimento contencioso, e sua finalidade é impugnar o registro de candidatura. A AIRC, segundo observa José Jairo, constitui um incidente no processo de registro de candidato, que é principal em relação a ela³².

Mas, nesse particular, importa saber qual é o limite da cognição judicial na apreciação dos registros? Estaria a Justiça Eleitoral autorizada somente a conferir a partir da parte dispositiva a presença das condições de elegibilidade e a ausência das condições de inelegibilidade, ou poderia ir além disso, extrair da decisão judicial que condenou por improbidade administrativa elemento que não constou na parte dispositiva ou, até mesmo, não constou da fundamentação.

Fixadas as premissas necessárias para o entendimento da relação entre improbidade administrativa e a inelegibilidade da alínea “L”, cabe agora examinar o julgado do Tribunal Superior Eleitoral que mudou a jurisprudência da Corte, que já havia sido fixada nas eleições do ano de 2016.

3 ESTUDO DE CASO

O caso trata do Recurso Especial Eleitoral – REspE – nº 204-91, proveniente do Município de Foz do Iguaçu/Paraná e na oportunidade discutia-se a incidência da inelegibilidade da alínea “I” no registro de candidatura de um dos candidatos a prefeito.³³

No juízo de primeiro grau, o registro de candidato foi indeferido em decorrência de condenações judiciais provenientes do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por atos dolosos de improbidade administrativa. Contra o acórdão regional foi interposto o recurso especial eleitoral.

A primeira condenação ocorreu por irregularidades constatadas no 3º Festival Internacional de Humor Gráfico das Cataratas do Iguaçu, alegando-se, em decorrência disso:

Eis a síntese do que alegado: “(i) contratação, execução e pagamento de serviços sem formalização de contrato entre as partes e (ii) ausência de justificativa para majoração do valor contratado” (fl. 828). Segundo consta do acórdão do TRE, em remissão ao decisum proferido pela Justiça Federal, teria “havido majoração, sem qualquer

31 BRASIL. **Resolução-TSE nº 23.548/2017**. Publicado no DJe-TSE nº 25, de 2.2.2018, p. 292-305. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2017/RES235482017.html>>. Acesso em 29 maio 2018. Art. 42. Qualquer cidadão no gozo de seus direitos políticos pode, no prazo de 5 (cinco) dias contados da publicação do edital relativo ao pedido de registro, dar notícia de inelegibilidade ao tribunal eleitoral competente, mediante petição fundamentada.

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

33 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 204-91, Município de Foz do Iguaçu/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin. Publicado em Sessão, Data 13/12/2016, Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/deciso/es/jurisprudencia>. Acesso em 05 maio 2018. Segundo consta do acórdão, o registro de candidatura foi impugnado ao fundamento de que incidia sob o requerente do registro causas de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, “g” e “L”, da LC 64/90, eis que no tocante a a) alínea “g” teria havido julgamento pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná das contas de convênio do candidato, considerando-as irregulares por falhas insanáveis que configuraria ato doloso de improbidade administrativa; b) com relação à alínea “L”, teria havido três condenações efetivadas pela Justiça Comum, em desfavor de CANDIDATO, no qual teria sido sancionado à suspensão dos direitos políticos, por ato doloso de improbidade administrativa que importou em dano ao erário

justificativa, de valores correspondentes às metas do Plano de Trabalho em relação aos estimados no projeto inicial para as atividades a serem desenvolvidas por Zivaldo Alves Pinto, de R\$ 135.000,00 para R\$ 200.000,00” (fl. 828).³⁴

Ao condenar o recorrente na ação de Improbidade Administrativa pela majoração de R\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil) no valor do contrato, o Tribunal de Justiça do Paraná determinou o ressarcimento do prejuízo e condenou o candidato por improbidade por dano ao erário.

Diante disso, no TSE, o voto do relator, ao seguir os fundamentos do acórdão do TRE, entendeu que, não obstante não tenha havido condenação por enriquecimento ilícito pela Justiça Comum, seria possível extrair dos fundamentos do acórdão da improbidade o enriquecimento ilícito de terceiro [a empresa contratada], razão pela qual concluiu haver suspensão dos direitos políticos, dano ao erário e enriquecimento ilícito, atraindo, portanto, a inelegibilidade da alínea “L”.

A segunda condenação ocorreu por haver direcionamento no “processo licitatório a fim de favorecer a empresa RXC Consultoria e Projetos, visto que, ao se proceder à abertura de certame, na modalidade convite, apenas referida pessoa jurídica exercia atividade pertinente no ramo licitatório”³⁵ e sucessivas prorrogações contratuais.

No caso, a empresa pertencia à servidora que desempenhava o cargo de consultora de projeto no Município e os serviços contratados com a empresa foram de consultoria de projetos de captação de recursos, os quais somente seriam exercidos pela servidora na região.

Com base nesse fato, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná condenou o recorrente à suspensão de direitos políticos, ressarcimento integral do dano e multa, por entender que a conduta teria resultado prejuízo à Administração, alinhado com o art. 10, VIII, da Lei 8.429/92.

Diante disso, o acórdão do TSE, reproduzindo a justificativa do Tribunal regional, deduziu que, também quanto a esses fatos, poderia se retirar da fundamentação do acórdão da improbidade o enriquecimento ilícito de terceiros, apesar de não constar na parte dispositiva, *in verbis*:

O enriquecimento ilícito, por sua vez, também está estampado na fundamentação do acórdão de fls. 534/553, no qual restou expressamente consignado que “houve direcionamento do convite com desiderato de favorecer empresa RXC Consultoria Projetos” (fl. 546, destacou-se) que “se trâmite licitatório regular tivesse sido observado, Município de Foz do Iguaçu poderia ter obtido possível proposta mais vantajosa menos dispêndio de verba pública” (fl. 549, destacou-se).

Nessa linha, os Tribunais Regionais Eleitorais vêm reconhecendo que fraude, direcionamento e o favorecimento de procedimento licitatório implicam reconhecimento da existência de enriquecimento ilícito dos beneficiados, pois retira da Administração possibilidade de angariar proposta mais vantajosa [...].³⁶

Para concluir pelo indeferimento do registro, o voto condutor do relator partiu do pressuposto de que “[...] a Justiça Eleitoral pode extrair, dos fundamentos do decreto condenatório, os requisitos para incidência da inelegibilidade ainda que não constem de

34 Ibid.

35 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 204-91, Município de Foz do Iguaçu/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin. Publicado em Sessão, Data 13/12/2016, Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/deciso/es/jurisprudencia>. Acesso em 05 maio 2018.

36 Ibid.

forma expressa da parte dispositiva [...]”. E nesse aspecto, citou posteriormente o Recurso Ordinário 380-23 do Mato Grosso [conhecido como caso Riva], *in verbis*:

Citando de modo específico o RO 380-23/MT, tem-se que ‘não se trata de presumir indevidamente nem de usurpar a competência da Justiça Comum para enquadrar o ato de improbidade, mas sim de extrair as conclusões da Justiça Comum a respeito da classificação do ato de improbidade, ainda que elas não constem textualmente no dispositivo do acórdão.’³⁷

Essa tese foi inaugurada no caso que vem sendo intitulado como *Caso Riva* no qual, do mesmo modo, o elemento “enriquecimento ilícito” foi deduzido dos fundamentos da ação de Improbidade. No precedente, descreve-se que a condenação por enriquecimento ilícito não constou da parte dispositiva do julgado e não foi imputada pelo Ministério Público que, também, não recorreu da decisão – na Justiça Comum – para ver reconhecido o enriquecimento ilícito.

Nota-se que o julgado partiu do pressuposto de que por ter havido dispensa de licitação, haveria enriquecimento ilícito de quem foi beneficiado, em razão de que a Administração não teria angariado a proposta mais vantajosa.

O Ministro Luiz Fux começa seu voto afirmando que seria uma diminuição da capacidade do órgão judicial não poder inferir a configuração jurídica a partir do fato descrito na decisão judicial, *in verbis*:

[...] há um aspecto processual, que considero muito importante, no sentido de que seria uma *capitis diminutio* de qualquer órgão julgador, à luz do princípio da unidade de jurisdição, que não pudésemos, **à luz de um fato descrito na decisão judicial, inferir a configuração jurídica que se deva dar àquele fato.**

Já é tradicional na doutrina que a qualificação jurídica do fato não integra a *causa petendi e, a fortiori*, se o juiz dá nova configuração jurídica ao fato, ele não estará julgando nem *ultra* nem *extra petita*.³⁸ (grifamos)

Asseverou, ainda, que pode sim o Tribunal Eleitoral reenquadrar os fatos que haviam sido analisados somente sob a perspectiva do dano ao erário pela Justiça Comum, para que se possa extrair o enriquecimento ilícito da nova leitura dos fatos no âmbito eleitoral, de modo a aferir a elegibilidade, *in verbis*:

De sorte que não vejo como não possa o Tribunal, para seus fins específicos de aferir a elegibilidade, verificar se, no bojo da decisão, na sua motivação, nos seus fundamentos, digamos assim, há fatos que conduzem à verificação de que, mercê de ter-se referido a dano ao erário, há manifesto enriquecimento ilícito da parte ou de terceiros, porque a nossa jurisprudência não só se refere ao enriquecimento ilícito do candidato, mas também ao enriquecimento ilícito de terceiro.

O Ministro Henrique Neves, seguindo na esteira que já vinha sendo adotada, fez uma digressão ao trecho do voto que proferiu no Recurso Ordinário nº 1809-08 julgado em 2014, no qual apontou que não seria necessária a condenação cumulativa nos artigos 9º e 10 da Lei 8.429/1992 por ato doloso de improbidade administrativa, mas teria que ser demonstrada a existência, concomitante, do dano ao erário e do enriquecimento ilícito. Isso porque, segundo o Ministro, o enriquecimento ilícito e o dano ao erário

37 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 204-91, Município de Foz do Iguaçu/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin. Publicado em Sessão, Data 13/12/2016, Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoas/jurisprudencia>. Acesso em 05 maio 2018.

38 Ibid.

podem ser extraídos tanto do inciso I, como o inciso II do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, *in verbis*:

Pelo exame desses precedentes, fica evidente que este Tribunal, nos feitos relativos às Eleições de 2014, não tem considerado necessário que a condenação por ato doloso de improbidade tenha sido imposta concomitantemente com base nos artigos 9º e 10 da Lei 8.429/92, como foi amplamente discutido no julgamento do AgR-REspe nº 71-30, relativo às Eleições de 2012, relatado pelo eminente Ministro Dias Toffoli, no qual, apesar da votação unânime, houve divergência de fundamentação.

Entretanto, a possibilidade de o acórdão condenatório ser fundamentado no art. 9º ou 10 da Lei de Improbidade Administrativa não exclui a necessidade de ser demonstrada a existência concomitante do dano ao patrimônio público e do enriquecimento ilícito do agente público ou de terceiro, uma vez que ambas as figuras podem estar presentes em qualquer dos dois artigos.³⁹

A Ministra Rosa Weber limitou-se apenas a acompanhar o relator.

Pugnando pelo provimento do recurso especial eleitoral para deferir o registro de candidatura, seguiram a Ministra Luciana Lóssio abrindo a divergência, sendo acompanhada pelo Ministro Napoleão Nunes e pelo Ministro Gilmar Mendes.

A Ministra Luciana Lóssio, logo de início, reconheceu que a jurisprudência do TSE tinha entendimento de que seria possível extrair da fundamentação a existência simultânea do dano ao erário e do enriquecimento ilícito. Entretanto, ponderou que, ainda que houvesse essa possibilidade, não seria permitido à Justiça Eleitoral realizar um novo julgamento da ação de Improbidade, *in verbis*:

Todavia, não pode a Justiça Eleitoral reexaminar os fatos que levaram à condenação por improbidade administrativa e conceder-lhes uma nova capitulação legal. Afinal, não há espaço para presunção, ilação, dedução ou inferência acerca da presença do enriquecimento ilícito ou do dano ao Erário, isto é, ou eles estão presentes ou não estão... ou a Justiça Comum condenou o gestor por dano ao erário e enriquecimento ilícito, ou não condenou.⁴⁰

Em sequência, ao tratar dos tipos presentes na Lei de Improbidade [9º, 10 e 11], expõe que o dano aos cofres públicos não é elemento essencial das condutas descritas nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/1992, citando para reforçar a tese julgado do Ministro Teori Zavascki quando compunha o Superior Tribunal de Justiça, afirmando que o princípio da legalidade determina que a sanção por ato de improbidade esteja associada ao princípio da tipicidade, razão pela qual a Lei 8.429/1992 ao descrever os atos de improbidade administrativa indicava as penas atribuídas a cada um.

A partir disso, a Ministra analisa o caso e chega à conclusão de que o TRE/PR presumiu o enriquecimento ilícito, tendo em vista que a Justiça Comum não teria tratado em momento algum sob a perspectiva do enriquecimento ilícito, somente como

39 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Direito Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 204-91, Município de Foz do Iguaçu/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin. Publicado em Sessão, Data 13/12/2016, p. 91/92. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>. Acesso 5 maio 2018.

40 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 204-91, Município de Foz do Iguaçu/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin. Publicado em Sessão, Data 13/12/2016, p. 67. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>. Acesso 29 maio 2018.

dano ao erário, o que viola a Súmula nº 41/TSE⁴¹ pelo TRE/PR. E lembrou a jurisprudência do TSE, no sentido de que as normas que dizem respeito à inelegibilidade não admitem interpretação extensiva *in malam partem*.

Somado a isso, alega que pelo fato do enriquecimento ilícito não ter constado também da petição inicial, reforça o argumento de que a Justiça Comum não teria pretendido tal condenação, *in verbis*:

Nem poderia ser diferente! Afinal, se o jurisdicionado não teve que contrapor a tese de enriquecimento ilícito nos autos da ação civil pública, na qual é acusada de improbidade administrativa, sede adequada para o exercício do **contraditório e da ampla defesa, dentro do devido processo legal**, não será no bojo do pedido de registro de candidatura, perante a Justiça Eleitoral, que o fará. Nesse ponto, entendimento adotado no acórdão regional implica violação aos postulados do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, previstos nos incisos LIV e LV do art. 5º da CF/1988, porquanto o processo de registro não permite ao candidato produzir alegações e provas específicas que afastem o reconhecimento do art. 9º da Lei nº 8.429/9229.⁴² (grifo da Ministra)

O Ministro Napoleão, por seu turno, é breve e destaca que lhe chamou atenção o fato de que na inicial da ação de Improbidade não foi imputado ao recorrente o enriquecimento ilícito, de modo que não houve defesa quanto a esse ponto.

E que concordava com o Ministro Luiz Fux “[...] de que a tipificação não integra a causa petendi, mas era preciso que a alusão a esse elemento constasse da inicial e, como não estava, deveria o órgão de acusação ter pedido pronunciamento explícito do TRF4 [...]”⁴³.

Por fim, o Ministro Gilmar Mendes afirma ter a “[...] impressão de que não cabe a este Tribunal, à Justiça Eleitoral, perscrutar fundamentos que não constam do acórdão original, o que é da Justiça Ordinária ela é que deve encaminhar.”⁴⁴

O desprovimento do REspE nº 204-91 modificou a jurisprudência do TSE, que já havia sido firmada para as eleições de 2016, quando do julgamento do REspE nº 49-32, de Quatá/SP. Naquela oportunidade, a Corte Eleitoral entendeu que impediria a incidência da inelegibilidade da alínea “L” o fato de não conter elementos no dispositivo e nem na fundamentação da decisão que permitissem aferir o enriquecimento ilícito.⁴⁵

41 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Súmula n. 41. Não cabe à Justiça Eleitoral decidir sobre o acerto ou desacerto das decisões proferidas por outros Órgãos do Judiciário ou dos Tribunais de Contas que configurem causa de inelegibilidade. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse>. Acesso 5 maio 2018.

42 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Direito Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 204-91, Município de Foz do Iguaçu/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin. Publicado em Sessão, Data 13/12/2016, p. 78. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoas/jurisprudencia>. Acesso 5 maio 2018.

43 Ibid.

44 Ibid.

45 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Direito Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 49-32, Município de Quatá/SP, Rel. Ministra Luciana Lóssio. Publicado em Sessão, Data 18.10.2016: “(...) 3. A elegibilidade é direito fundamental de natureza política, por isso somente poderá sofrer limitação por determinação constitucional ou por lei complementar. Na linha da atual jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, as causas de inelegibilidade devem ser interpretadas restritivamente, sendo vedada a interpretação extensiva *in malam partem*. 4. Na espécie, o Tribunal de Justiça afastou expressamente o locupletamento pessoal e reconheceu tão somente a existência de lesão ao erário, não havendo, portanto, elementos no dispositivo ou na fundamentação do decisor que permitam aferir a ocorrência de enriquecimento ilícito, o que impede, na linha da jurisprudência, a incidência da referida inelegibilidade”. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoas/jurisprudencia>. Acesso 5 maio 2018.

Conforme se verifica, duas correntes antagônicas foram firmadas nesse julgado: de um lado, defendeu-se que poderia sim a Justiça Eleitoral extrair elemento que não constou da parte dispositiva ou dos fundamentos da decisão da Justiça Comum (nova interpretação da jurisprudência); do outro, tal entendimento foi repudiado, pois estaria rejeitando a ação de Improbidade, violando garantias fundamentais.

3.1 ANÁLISE DO JULGADO

O exame que se faz do julgado, alinhado com as premissas estabelecidas, é que, ao contrário do que mencionado pelo Ministro Luiz Fux, ao expor que “[...] seria uma *capitis diminutio* de qualquer órgão julgador, à luz do princípio da unidade de jurisdição, que não pudéssemos, à luz de um fato descrito na decisão judicial, inferir a configuração jurídica que se deva dar àquele fato [...]”, a jurisdição do órgão julgador está limitada pela competência definida na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, segundo observa Araken de Assis:

[...] O poder investido em cada órgão timbra pela mesma qualidade e quantidade, ou seja, não se distingue nas “medidas”, embora as regras sobre competência distribuam lides diferentes por vários órgãos. Na realidade, “a competência impõe limites ao juiz, para que ele possa legitimamente exercer seu poder jurisdicional” [...] ⁴⁶

O julgamento da ação de Improbidade Administrativa fica a cargo da Justiça Estadual, por disposição do art. 125 da Carta da República. Observa-se, com isso, que cabe à Justiça Eleitoral somente verificar, de forma objetiva, se estariam presentes os requisitos da alínea “L”, diante de uma condenação efetivada no âmbito da ação de Improbidade Administrativa. Mas como se pode constatar, a situação vivenciada pelos jurisdicionados não parece ser tão simples, sobretudo pelo TSE entender que pode fazer nova leitura dos fatos presentes no acórdão para chegar a conclusão diversa do juízo competente para apreciar tal fato, sob o argumento de que estaria dando nova configuração jurídica para os fatos.

Muito embora haja a possibilidade de o órgão julgador dar novo enquadramento jurídico aos fatos, essa possibilidade não permite ao juiz eleitoral violar, por via transversa, a competência da Justiça Comum. Entretanto, essa violação na seara eleitoral fica evidente porque a nova configuração jurídica dada ao fato constante no acórdão traz consequências jurídicas diversas das que já haviam sido previstas quando da condenação por Improbidade Administrativa e inova *in malam partem*, na medida em que o elemento surgido a partir da releitura dos fatos passa a atrair para a esfera jurídica do jurisdicionado inelegibilidade que antes não estava configurada.

Dois pressupostos devem ser explorados acerca da matéria: a) quem é competente para julgar o fato da improbidade que gera inelegibilidade; e b) tem a Justiça Eleitoral condição de concluir que houve enriquecimento ilícito, dano ao erário ou até mesmo dolo, ao passo que quem acompanhou a prova foi o juiz da Justiça Comum.

O primeiro quesito é respondido logo no capítulo 1, onde é demonstrada a competência da Justiça Comum para julgar a ação de Improbidade Administrativa e, com isso, delimitar as sanções com base nos fatos ocorridos.

Para a segunda indagação, a resposta é negativa por dois motivos: 1) porque não faz parte da competência atribuída à Justiça Eleitoral; conseqüentemente 2) o âmbito de análise do processo de registro de candidatura é limitado e não permite a análise das

46 ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**, vol. 1 [livro eletrônico]: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos / Araken de Assis. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

provas produzidas na ação de Improbidade, cingindo apenas à parte dispositiva do acórdão condenatório.

A parte dispositiva da decisão deve vincular a Justiça Eleitoral na análise da inelegibilidade, não se permitindo que se possa extrair a partir da fundamentação a inelegibilidade, o que seria um rejuízo da causa.

Assim, concluir de modo contrário ao que decidido na Justiça Comum, a partir da reavaliação dos fundamentos e, por conseguinte, do reenquadramento jurídico dos fatos, criaria insegurança jurídica, dado que, para tentar comprovar os requisitos da alínea “L”, poderia ser atribuído ao requerente do registro elemento que não constou do acórdão da improbidade, sob o qual não teve oportunidade de se defender naquela esfera e que também não poderá no âmbito eleitoral, devido à ausência de instrução probatória e, mais que isso, meio adequado para afastar tal imputação.

A Ministra Luciana Lóssio, em voto proferido no Recurso Especial Eleitoral nº 204-91, expôs que a Justiça Eleitoral deve somente fazer a adequação da condenação por improbidade aos requisitos da alínea “L”, *in verbis*:

Isto é, o papel da Justiça Eleitoral, na análise dos registros de candidatura, é, apenas e tão somente, fazer a perfeita adequação da condenação por ato de improbidade administrativa, advinda da Justiça Comum, aos requisitos previstos na alínea I do inciso I do art. 1º da LC 64/90, que são: i) condenação à suspensão dos direitos políticos; ii) por ato doloso de improbidade administrativa; iii) que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito; iv) em decisão transitada em julgada ou proferida por órgão colegiado.⁴⁷

A Lei nº 64/1990, alterada pela Lei nº 135/2010, que acresceu hipóteses e prazos de inelegibilidade, dispõe sobre restrição do *ius honorum*, que é o direito fundamental de concorrer a cargos políticos, matéria sensível ao Estado Democrático de Direito. Diante da gravidade que representa, por se tratar de um direito político (art. 14 a 17 da Carta da República), os parâmetros a serem adotados quando do julgamento do registro de candidatura devem ser precisos, garantindo segurança ao pré-candidato.

A observância do âmbito de competência fixado na Constituição Federal garante, a um só tempo: a) o devido processo legal; c) a ampla defesa; e d) o contraditório efetivo.

Quando a Justiça Eleitoral extrai dos fatos presentes no acórdão da improbidade elemento para atrair a inelegibilidade da alínea “L”, sem que tenha havido imputação na inicial ou, ainda, análise pelo juízo competente acerca desse elemento, cerceia o direito ao contraditório de quem está requerendo o registro de candidatura. Isso porque a Justiça Eleitoral não detém meios próprios para que a parte se defenda da imputação que está lhe sendo feita pela primeira vez “porquanto o processo de registro não permite ao candidato produzir alegações e provas específicas que afastem o reconhecimento do art. 9º da Lei nº 8.429/1992”, como mencionado pela Ministra Luciana Lóssio em seu voto.

Nessas hipóteses não há como atribuir na seara eleitoral elemento estranho que não constou do julgamento da improbidade, por afronta a uma série de direitos fundamentais, quais sejam artigos 5º, XXXIV, “a”, LIII, LIV, LV da Constituição Federal.⁴⁸

47 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 204-91, Município de Foz do Iguaçu/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin. Publicado em Sessão, Data 13/12/2016, Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisooes/jurisprudencia>.

48 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Publicada no *Diário Oficial da União* de 5.10.1988: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de

Nesse caso examinado, verifica-se que o TSE extrapolou sua competência para julgar o registro de candidatura, tendo em vista que esse procedimento é limitado às aferições da presença das causas de elegibilidade e da ausência das causas de inelegibilidade, que no caso, os atos de improbidade administrativa julgados pela Justiça Comum.

Essa tese é corroborada pelo fato de a inelegibilidade ser consequência da condenação à suspensão dos direitos políticos por ato doloso de improbidade administrativa, que importe em lesão ao erário e enriquecimento ilícito, ou seja, é secundária à condenação de Improbidade.

Diante disso, por ser decorrência da condenação por improbidade, não cabe à Justiça Eleitoral, que atua somente a partir do que já foi decidido pela Justiça Comum, reexaminar os fatos, a partir da fundamentação lançada pelo juízo competente, para extrair elemento que não foi tratado e, conseqüentemente, não foi oportunizado o direito de defesa.

Para adotar o entendimento de que seria possível o TSE extrair da fundamentação elemento que não foi analisado pela Justiça Comum, seria necessário responder ao seguinte questionamento apresentado por Marilda Silveira, *in verbis*:

[...] em que momento o cidadão teria a oportunidade de se defender da imputação de que teria praticado um ato de improbidade doloso ou, ainda, como ele poderia desconstruir a decisão que lhe atribuiria a inelegibilidade partindo de tais requisitos?⁴⁹

E a resposta é: em momento algum. O cidadão não tem a oportunidade de se defender da imputação de dolo decorrente do ato administrativo, pois a Justiça Eleitoral extrai as premissas fáticas fixadas pela Justiça Comum sem oportunizar o direito verticalizado de defesa, em virtude da impropriedade para se realizar nova instrução probatória nos processos de registro de candidatura na seara eleitoral.

De fato, até que um gestor público decida candidatar-se a um mandato eletivo ele tem contra si uma decisão de improbidade administrativa – a qual, não contém os elementos que atrai a inelegibilidade. Num cenário ideal (de quem não poderia alegar o desconhecimento do direito), ele até deveria ter ciência da potencial inelegibilidade que pudesse lhe alcançar, sendo certo, em todo o caso, que sobre ele também não penderia qualquer imputação de ato doloso (genérico ou específico) e/ou de enriquecimento ilícito. Sobre esse ponto, portanto, o agente não teria se defendido, tampouco teria havido a respectiva instrução probatória – na verdade, nada até então teria sido decidido a respeito.

Essa defesa, não obstante, também não é oportunizada ao agente na Justiça Comum porque essa análise não está em pauta. E o mesmo ainda se dá no âmbito dos registros de candidatura: seja porque não há instrução probatória sobre os fatos julgados na ação de improbidade administrativa; seja porque não compete à Justiça Eleitoral (que se limita à análise do texto da decisão) efetuar tal avaliação.

direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

49 JOTA. **STF decide quem julga as contas, mas e a inelegibilidade?**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/e-leitor/e-leitor-stf-decide-quem-julga-contas-mas-e-inelegibilidade-07082016>>. Acesso em 08 junho 2018.

Como resultado, o indivíduo a quem se imputa a prática de atos de improbidade dolosa nos autos do registro de candidatura é deixado sem caminhos para desconstruir a grave imputação no julgamento do registro de candidatura.

Não é demais lembrar que o respeito ao preceito constitucional [contraditório substancial] envolve muito mais que a garantia de que serão ouvidos e considerados os argumentos de todos os interessados. Ele exige, isso sim, que se assegure a ampla instrução probatória e a clareza quanto aos potenciais resultados do julgamento, para que os eventuais afetados não sejam surpreendidos com uma decisão unilateral e abrupta do Poder Público.

É inegável, por fim, que qualquer indivíduo chamado a um procedimento administrativo ou judicial que prenuncie a possibilidade de modificação de sua situação jurídica poderá sofrer alteração nas suas expectativas legítimas. Ainda assim, exigir do indivíduo que se prepare em todo e qualquer cenário para o pior – inelegibilidade –, não condiz com os fundamentos da segurança jurídica. Isso é tanto mais grave, a propósito, quando não é apresentada a defesa técnica sobre aquilo que, potencialmente, pudesse lhe vir, em tese, a ser imputado.

Diante disso, as premissas fixadas aqui levam a concluir que não cabe à Justiça Eleitoral analisar novamente os fatos descritos da decisão da Justiça Comum para extrair elemento que dela não constou, pois essa nova leitura feita pela Justiça Eleitoral representa um novo julgamento da Ação de Improbidade Administrativa, só que desta vez sem a análise do conjunto probatório, e cerceando o direito ao contraditório, haja vista a Justiça Eleitoral não dispor de meio adequado que garanta ao pré-candidato a reversão da decisão.

CONCLUSÃO

Os direitos políticos, como se pôde verificar, podem ser suspensos por decisão judicial que reconheça o cometimento de ato de improbidade administrativa. Consequência disso se observar no âmbito eleitoral, onde os efeitos da condenação realizada pela Justiça Comum irradiam para a seara eleitoral no procedimento de registro de candidatura.

Assim, a condenação à suspensão dos direitos políticos, por ato doloso de improbidade administrativa, que resulta em lesão ao erário e enriquecimento ilícito é a hipótese para configurar a inelegibilidade do art. 1º, I, “L”, da LC nº 64/1990, sendo necessário que todos esses requisitos estejam presentes na decisão.

Essa matéria foi tema de grande debate no Tribunal Superior Eleitoral, resultando do julgamento do REspE nº 204-9, do Município de Foz do Iguaçu, o qual foi concluído com o indeferimento do registro de candidatura do recorrente, a partir da maioria de 4 a 3 firmada pelo voto do Ministro Relator Herman Benjamin.

O entendimento lá fixado alterou a jurisprudência do TSE, fixando a tese de que os elementos que configuram a inelegibilidade podem ser extraídos dos fatos tratados na fundamentação da decisão judicial [da base fática do acórdão], ainda que o Tribunal competente não tenha condenado o agente sob aquela perspectiva.

Conforme visto, a competência da Justiça Eleitoral está atrelada ao que diz respeito sobre eleições, sendo o registro de candidatura um procedimento por meio do qual se constata a presença dos requisitos de elegibilidade e a ausência de alguma circunstância que cause inelegibilidade. Por outro lado, a competência da Justiça Comum está disciplinada, principalmente, no art. 109 da Constituição Federal e na lei de organização judiciária de cada Estado, conforme estabelece o art. 125 da Constituição Federal, cabendo a ela o julgamento das ações de improbidade administrativa.

Diante disso, a análise feita pelo juiz eleitoral no registro de candidatura está condicionada ao que fixado pela Justiça Comum, isso porque o arranjo estabelecido para julgar ações de improbidade administrativa foi viabilizado para oportunizar o devido processo legal, mediante a produção de prova e, com isso, a realização do contraditório efetivo.

Do contrário, admitir a inauguração de ponto não trabalhado na seara própria representa flagrante afronta à competência da Justiça Comum, tendo em vista a ausência de meios adequados para se defender das novas imputações formuladas para atrair a inelegibilidade da alínea “L”.

Portanto, a competência exercida pela Justiça Eleitoral não autorizaria deduzir da fundamentação do acórdão da Justiça Comum elementos que não constaram da parte dispositiva, haja vista tal possibilidade empreender violação às garantias do devido processo legal e da necessidade de ser julgado por juiz competente.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**, vol 1 [livro eletrônico]: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos / Araken de Assis. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. **Lei de Inelegibilidade**. Estabelece os casos de inelegibilidade. Publicada no *Diário Oficial da União* de 21.5.1990; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm. Acesso em 5 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. **Lei de Improbidade Administrativa**. Publicada no *Diário Oficial da União* de 3.6.1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18429.htm. Acesso em 5 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. **Estatuto da Cidade**. Estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Publicada no *Diário Oficial da União* em 11 junho 2001 e retificado em 17 julho 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em 5 mai 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AIA 30/AM. Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/09/2011. *Diário de Justiça Eletrônico* 28/09/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=aia+30&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 25 mai 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 765.212/AC. AC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/03/2010, *Diário de Justiça Eletrônico* 23/06/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=765212&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 25 mai 2018.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. *Diário Oficial da União* de 17.3.2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 06 jun. 2018.

BRASIL. Lei n 4.737 de 15 de julho de 1965. **Código Eleitoral**. Publicada no *Diário Oficial da União* de 19.7.1965; retificada no *Diário Oficial da União* de 30.7.1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm. Acesso em 5 mai 2018.

BRASIL. **Resolução-TSE nº 23.548/2017**. Publicado no DJe-TSE nº 25, de 2.2.2018, p. 292-305. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2017/RES235482017.html>>. Acesso em 29 mai 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 204-91, Rel. Ministro Herman Benjamin. Publicado em Sessão, Data 13/12/2016, Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisooes/jurisprudencia>. Acesso em 29 mai 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Súmula n. 41. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse>.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Direito Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 49-32. Rel. Ministra Luciana Lóssio. Publicado em Sessão, Data 18.10.2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisooes/jurisprudencia>>. Acesso em 29 mai 2018.

CAMMAROSANO, Márcio; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **O elemento subjetivo na improbidade administrativa: por uma responsável motivação das decisões judiciais**. Revista do Superior Tribunal de Justiça – Improbidade Administrativa. a. 28, vol 241, jan/fev/mar 2016.

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

JOTA. **STF decide quem julga as contas, mas e a inelegibilidade?**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/e-leitor/e-leitor-stf-decide-quem-julga-contas-mas-e-inelegibilidade-07082016>>. Acesso em 08 jun. 2018.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares. **Improbidade Administrativa**. Revista dos Tribunais. RT 786/791. abr./2001.

PEREIRA, Miguel; LÔBO, Barbara Mendes. **A natureza jurídica do pedido de registro de candidatura e os estritamente objetivos limites da lide**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. v. 32/2013.

SIMÃO, Neto Calil. **Improbidade administrativa: teoria e prática** / Calil Simão Neto. Leme: J. H. Mizuno, 2011.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento** – Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 1.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Direitos Políticos – Perda, Suspensão e Controle Jurisdicional**. Revista Jurídica, n 201.

COLETÂNEA HISTÓRICA

- 1 - ATA DA INSTALAÇÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DE JUSTIÇA ELEITORAL DO ESTADO DE SÃO PAULO - 1945[PDF](#)
- 2 - CÂMARA DOS DEPUTADOS - 1937 - Discurso de Carlota de Queiroz, primeira deputada federal.....[PDF](#)
- 3 - TRE-SP - Acórdão nº 74838, de 21 de agosto de 1978, Rel. Theotônio Negrão - *Registro de candidatura. José Serra. Inelegibilidade decorrente de ausência de domicílio eleitoral pelo prazo legal. Condenação criminal prévia por “propaganda de processos violentos para a subversão da ordem política e social”. Indeferido.....* [PDF](#)
- 4 - TRE-SP - Acórdão nº. 83.812, de 5 de setembro de 1985, Rel. Manuel Alceu Affonso Ferreira *Registro de candidatura. José Serra. Inelegibilidade decorrente de ausência de domicílio eleitoral pelo prazo legal. Condenação criminal prévia por “propaganda de processos violentos para a subversão da ordem política e social”. Indeferido.....* [PDF](#)
- 5 - TRE-SP – Acórdão nº. 89.705, de 13 de novembro de 1985, Relator designado Luiz Carlos Ribeiro dos Santos - *Representação. Suspensão de programa de entrevistas com participação do Governador André Franco Montoro às vésperas da eleição. Acolhida.....* [PDF](#)
- 6 - TRE-SP – Acórdão nº. 101.006, de 27 de outubro de 1988, Relator Homair Cais - *Recurso contra decisão que impede candidato de exercer a profissão de jornalista/radialista durante a campanha. Negado provimento.....* [PDF](#)
- 7 - TRE-SP – Acórdão nº. 109.242, de 26 de fevereiro de 1991, Relator Mathias Coltro - *Consulta. Constitucionalidade do art. 139 da Lei nº. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Processo de escolha dos membros do Conselho Tutelar.....* [PDF](#)
- 8 - TRE-SP – Acórdão nº. 113.099, de 23 de junho de 1992, Relator Ney de Mello Almada - *Representação. Contrato entre Secretaria de Governo e Banaser – Serviços Técnicos e Administrativos. Serviço de informações. Arts. 237, 377 e 346 do Código Eleitoral. Arquivamento.....* [PDF](#)
- 9 - TRE-SP – Acórdão nº. 113.323, de 30 de junho de 1992, Relator Celso Pimentel - *Representação. Prorrogação do horário de votação por motivos religiosos. Não acolhida.....* [PDF](#)
- 10 - TRE-SP – Acórdão nº. 138.396, de 26 de outubro de 2000, Relator José Reynaldo - *Direito de Resposta. Artigo que retrata humoristicamente os candidatos ao pleito municipal da Capital. Indeferimento. Recurso improvido.....* [PDF](#)
- 11 - TRE-SP – Acórdão nº. 160.776, de 17 de junho de 2008, Relator Des. Walter de Almeida Guilherme - *Pedido de decretação de perda de cargo eletivo por desfiliação partidária sem justa causa. Prejudicial de inconstitucionalidade da Resolução TSE nº. 22.610/07 afastada. Preliminares de litispendência e ilegitimidade ativa rejeitadas. Mérito. Não comprovação do desvio e da*

mudança do programa partidário, tampouco da grave discriminação pessoal. Pedido julgado procedente.....[PDF](#)

- 12 - TRE-SP – Acórdão nº. 255.172, de 12 de agosto de 2010, Relatora Clarissa Campos Bernardo - *Registro de candidato. Impugnação. Inelegibilidade. Condenação por órgão colegiado pela prática de captação ilícita de sufrágio. Aplicabilidade da Lei Complementar 64/90, com redação dada pela Lei Complementar 135/2010. Impugnação acolhida para indeferir o registro.....*[PDF](#)
- 13 - TRE-SP – Acórdão nº. 1-91, de 24 de setembro de 2013, Relator Des. Mathias Coltro - *Recurso Eleitoral. Substituição de candidato. Possibilidade de substituir o candidato às vésperas do pleito. Corrente divergente. Flagrante inelegibilidade pré-existente. Tentativa de fraudar as eleições. Conduta que deve ser inibida pela Justiça Eleitoral. Provimento do Recurso. Cassação do Diploma.....*[PDF](#)
- 14 - TRE-SP – Acórdão nº. 28-90, de 1º de agosto de 2016, Relatora Desa. Marli Ferreira - *Recurso Eleitoral. Sentença que indeferiu requerimento de reversão de cancelamento de filiação partidária. Manutenção da filiação mais recente. Impossibilidade de juntada de documento em fase de recurso. A ficha de filiação partidária, documento produzido unilateralmente, não se reveste de fé pública, não sendo apta a comprovar filiação. Ausência de prejuízo ante a possibilidade de se comprovar a filiação por outros elementos de convicção. Súmula TSE nº 20. Recurso não provido.....*[PDF](#)
- 15 - TRE-SP – Acórdão nº. 128-64, de 20 de setembro de 2016, Relator André Lemos Jorge - *Recurso Eleitoral. Registro de candidatura. Eleições 2016. Prefeito e vice-prefeito. Sentença de indeferimento do registro. Ausência de certidão da Justiça Estadual de 2º grau. Doação eleitoral tida por ilegal. Causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, i, p, da Lei Complementar nº. 64/90. Preliminar de cerceamento de defesa afastada. Inocorrência da causa de inelegibilidade. Ausência de requisito legal. Apresentação das certidões faltantes. Presença das condições de elegibilidade e ausência das causas de inelegibilidade. Recurso provido para deferir o registro da chapa.....*[PDF](#)
- 16 - TRE-SP – Acórdão nº. 370-54, de 1º de agosto de 2017, Relatora Cláudia Lúcia Fonseca Fanucchi - *Recurso eleitoral. Eleições 2016. Ação de Investigação Judicial Eleitoral. Abuso do poder de autoridade e fraude eleitoral. Sentença de improcedência. Cotas de gênero. Art. 10, §3º, da Lei nº 9.504/97.- - Questões iniciais de ordem pública. Adequação da via eleita. "Podem ser apurados inclusive em sede de AIJE, com fundamento em eventual abuso do poder político por parte do partido/coligação e de seus representantes, que supostamente forjaram candidaturas femininas, e até mesmo com fundamento na configuração de fraude à lei, em primazia do princípio da inafastabilidade de jurisdição, (...), a fim de se garantir a lisura do pleito" (TSE - REsp Eleitoral nº 24342, Rel. Min. Henrique Neves Da Silva, D.IE - . 11/10/2016, voto vista da Min. Luciana Christina Guimar Lóssio). Impossibilidade de coligação partidária figurar no polo passivo. - Mérito. candidaturas fictícias. Atingimento de cota para o sexo feminino apenas com o fim de se eleger mais candidatos. Cumprimento de mera formalidade. Ato desprovido de conteúdo valorativo e sem incentivo à participação feminina na política. A apresentação de mero espectro das candidaturas femininas aqui questionadas configura fraude ao dispositivo em*

comento e conseqüente abuso do poder com a gravidade necessária a macular a lisura do pleito de 2016. Justificativas para a" ausência de qualquer ato de campanha evidentemente contrárias aos fatos _auferidos e comprovados nos presentes autos. Fraude eleitoral configurada. Aplicação da sanção de inelegibilidade do art. 22, XIV, da L.C. nº. 64/90, tão somente quanto aos responsáveis pela conduta. Pena de cassação a todos aqueles que foram diretamente beneficiados pelo ato ilegal, já que possibilitou o deferimento do registro do Demonstrativo de Regularidade de Atos Partidários — DRAP da Coligação "SD, PMN, PROS" conseqüentemente, viabilizou suas candidaturas ao pleito-proporcional de 2016 e as respectivas eleições, ainda que como suplentes. Sentença reformada. De ofício, extinção do feito, sem julgamento de mérito, quanto à coligação recorrida, nos termos do art. 485, inciso VI, do CPC No mérito, recurso provido, para julgar procedente a Ação de Investigação Judicial Eleitoral.....[PDF](#)

- 17 - TRE-SP – Acórdão nº. 0602780-02, de 12 de setembro de 2018, Relator Marcus Elidius Michelli de Almeida - *Registro de candidatura. Eleições 2018. Cargo: deputado estadual. Divergência entre o nome constante da receita federal - PJE e aquele constante das certidões criminais. Mudança de identidade de gênero. Possibilidade. Intimação para apresentação de toda documentação necessária ao deferimento do registro. Petição que apenas menciona a possibilidade de alteração do nome para nome social e que foi realizada a regularização da inscrição perante a Justiça Eleitoral. Alteração recente de nome. Mesmo tratamento utilizado em caso de alteração de nome decorrente de casamento e/ou divórcio. Necessidade de apresentação das certidões criminais no nome anteriormente utilizado. Impossibilidade de aferição segura acerca da ausência de eventuais causas de inelegibilidade. Registro indeferido.....[PDF](#)*
-