



ISSN 2447-9403

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

REVISTA

DEMOCRÁTICA

VOLUME 7 • 2020



Escola Judiciária
ELEITORAL

Desembargador Palmirio Pimenta
TREG-17



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

REVISTA
DEMOCRÁTICA

VOLUME 7 · 2020

ISSN 2447-9403

Rev. Democrát.	Cuiabá	v. 7	p. 1-258	2020
----------------	--------	------	----------	------

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

Composição da Escola Judiciária Eleitoral – EJE

Diretor

Bruno D'Oliveira Marques
Juiz-Membro do TRE-MT

Vice-Diretora

Desembargadora Marilsen Andrade Addário
Juiza-Membro do TRE-MT

Secretária

Janis Eyer Nakahati

Conselho Consultivo

Bruno D'Oliveira Marques
Diretor da EJE

Desembargadora Marilsen Andrade Addário
Vice-Diretora da EJE

Jackson Francisco Coleta Coutinho
Juiz-Membro

Lídio Modesto da Silva Filho
Juiz-Membro

Janis Eyer Nakahati
Secretária da EJE

Conselho Editorial da Revista da Escola Judiciária Eleitoral

Presidente

Bruno D'Oliveira Marques
Diretor da EJE

Titulares

Antônio Veloso P. Júnior - Juiz de Direito
Pedro Francisco da Silva - Juiz Federal
Nilson Fernando Gomes Bezerra
Júlia Viñe
Janis Eyer Nakahati
Frederico Franco Alvim
Felipe Gelbecke Simões

Suplentes

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

Revisão de Normas ABNT

Júlia Viñe

Catálogo na Publicação – Cuiabá, 2015.

Revista Democrática / Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso. –
Vol. 7 (2020)- . – Cuiabá: Tribunal Regional Eleitoral de
Mato Grosso, 2015- .
v. ; 23 cm.

Anual
ISSN 2447-9403

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

Notas

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

Tiragem

500 exemplares.

Endereço

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

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

COMPOSIÇÃO DO PLENO

Presidente

Desembargador Gilberto Giraldelli

Vice-Presidente e Corregedor Regional Eleitoral

Desembargador Sebastião Barbosa Farias

Juízes-Membros Titulares

Sebastião Monteiro da Costa Júnior

Fábio Henrique Rodrigues de Moraes Fiorenza

Bruno D'Oliveira Marques

Jackson Francisco Coleta Coutinho

Gilberto Lopes Bussik

Juízes-Membros Substitutos

Desembargadora Marilsen Andrade Addário

Desembargador Rui Ramos Ribeiro

Yale Sabo Mendes

Ednei Ferreira dos Santos

Ciro José de Andrade Arapiraca

Armando Biancardini Candia

Pérsio Oliveira Landim

Procurador Regional Eleitoral

Pedro Melo Pouchain Ribeiro

Procurador Regional Eleitoral Substituto

Ludmila Bortoleto Monteiro

SECRETARIA DO TRIBUNAL

Diretor-Geral

Mauro Sérgio Rodrigues Diogo

Secretário Judiciário

Breno Antonio Sirugi Gasparoto

Secretária de Adm. e Orçamento

Tânia Yoshida Oliveira

Secretário de Gestão de Pessoas

Valmir Nascimento Milomem Santos

Secretário de Tecnologia da Informação

Luis Cezar Darienzo Alves

APRESENTAÇÃO

A Escola Judiciária Eleitoral Desembargador Palmyro Pimenta apresenta ao leitor o sétimo volume da Revista DeMocrática¹, composto de nove artigos de interesse aos estudiosos da matéria eleitoral.

No primeiro artigo, intitulado BOLÍVIA: CAMINHOS QUE LEVARAM AO ESTADO PLURINACIONAL (1825-2009), Flávio Conche do Nascimento trabalha com o universo jurídico, realizando interfaces com os estudos da História, para propor uma reflexão sobre as trilhas que levaram a Bolívia a deixar de ser uma República Nacional para ser uma República Plurinacional e Comunitária.

Na matéria DISCURSO RELIGIOSO E COMPORTAMENTO ELEITORAL NO BRASIL: UMA PONDERAÇÃO SOBRE A CONFIGURAÇÃO DO ABUSO DE PODER, Marina A. Morais debate a influência do discurso dos líderes religiosos no cenário eleitoral e avalia seu impacto na formação da opinião política dos fiéis.

No texto ESTATISMO, DEMOCRACIA E VOTO: UMA PERSPECTIVA CONTEMPORÂNEA DO CORONELISMO NO PROCESSO ELEITORAL, Patrícia de Castro Sousa Siminonato propõe a análise da relação do Coronelismo da Primeira República com o neocoronelismo e a atuação desses fenômenos na deformação da concepção clássica de Democracia.

Rodrigo Terra Cyrineu, no artigo ILÍCITOS ATÍPICOS NO DIREITO ELEITORAL, mediante exame do desenho jurídico brasileiro à luz da doutrina espanhola de Manuel Atienza e Juan Ruiz Monteiro, avalia a possibilidade de atos írritos ao ordenamento jurídico ofenderem os bens jurídico tutelados pelo Direito Eleitoral.

Em INEXIGIBILIDADE DE QUITAÇÃO MILITAR PARA O ALISTAMENTO ELEITORAL DO INDÍGENA, Walter Figuei-

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

redo Costa Neto pretende demonstrar que a exigência de comprovação de quitação com as obrigações militares como requisito para o alistamento eleitoral não é aplicável ao eleitor indígena, pois estaria evidente uma colisão entre os princípios constitucionais da isonomia e do respeito às crenças e tradições dos povos indígenas.

Marcos Henrique Machado, no artigo O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEMOCRACIA, com base na evolução constitucional do Estado brasileiro, identifica as funções sociais do Ministério Público, fixando os parâmetros da sua atuação democrática, os quais consolidam sua responsabilidade constitucional no Estado brasileiro.

No texto O QUE OS DADOS ESTATÍSTICOS REVELAM SOBRE A REMOÇÃO DE CONTEÚDO NAS ELEIÇÕES DE 2014 E 2018, Patrícia Helena Marta Martins, Marcella dos Reis Manes, Lucas Reginato, Stela Chaves Rocha Sales e Diogo Rais, considerando o cenário de massificação do acesso à internet e o protagonismo das mídias sociais no debate público, esquadriam a atual legislação brasileira e como ela recepcionou elementos típicos desse novo ambiente, ponderando, ainda, acerca da relevância do direito à liberdade de manifestação e indicando como o tema pode ser tratado nas eleições futuras.

Em PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: O STF E A ESTABILIDADE JURÍDICA NO PAÍS, Wanderlei José dos Reis analisa o julgamento das ADCs nº 43/DF, 44/DF e 54/DF, no qual o STF firmou o entendimento de que a execução antecipada de acórdão condenatório proferido em grau de apelação ofende o princípio da presunção de inocência, plasmado no art. 5º, inciso LVII, do Estatuto Maior, pacificando, no âmbito jurídico, a discussão quanto à possibilidade de prisão em segunda instância e restabelecendo a estabilidade e segurança jurídica no país.

No artigo que fecha este fascículo, RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E O VOTO DOS DEFICIENTES FÍSICOS, Felipe Ferreira Nunes e Volgane Oliveira Carvalho examinam os efeitos jurídicos que resultam do desrespeito aos direitos políticos

na acessibilidade ao sufrágio, sob o pano de fundo do protagonismo da participação do processo eleitoral na construção do país.

Ao incentivar o desenvolvimento das abordagens históricas, do marco teórico e das avaliações práticas sobre cidadania, democracia e eleições, a Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso renova seu compromisso com a valorização e divulgação dos estudos eleitorais.

Nossos agradecimentos aos autores.

Boa leitura!

Sumário

Bolívia: caminhos que levaram ao Estado Plurinacional (1825-2009)	11
Flávio Conche do Nascimento	
Discurso religioso e comportamento eleitoral no Brasil: uma ponderação sobre a configuração do abuso de poder	51
Marina A. Morais	
Estatismo, Democracia e voto: uma perspectiva contemporânea do coronelismo no processo eleitoral.....	67
Patrícia de Castro Sousa Simionato	
Ílícitos atípicos no direito eleitoral	97
Rodrigo Terra Cyrineu	
Inexigibilidade de quitação militar para o alistamento eleitoral do indígena.....	129
Walter Figueirêdo Costa Neto	
O papel do Ministério Público na democracia	147
Marcos Henrique Machado	
O que os dados estatísticos revelam sobre a remoção de conteúdo nas eleições de 2014 e 2018.....	175
Patrícia Helena Marta Martins	
Marcella dos Reis Manes	
Lucas Reginato	
Stela Chaves Rocha Sales	
Diogo Rais	
Princípio constitucional da presunção de inocência e a prisão em segunda instância: o STF e a estabilidade jurídica no país.....	197
Wanderlei José dos Reis	
Responsabilidade civil do estado e o voto dos deficientes físicos	221
Felipe Ferreira Nunes	
Volgane Oliveira Carvalho	

BOLÍVIA: CAMINHOS QUE LEVARAM AO ESTADO PLURINACIONAL (1825-2009)¹

Flávio Conche do Nascimento²

RESUMO

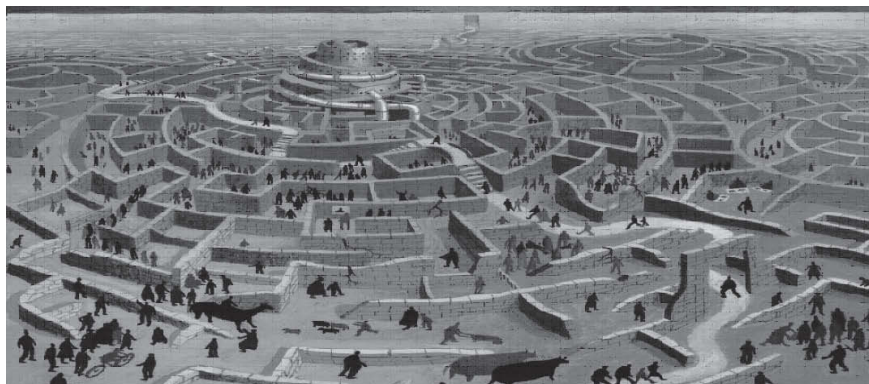
Muito se debate hoje acerca do Estado Plurinacional da Bolívia, sobretudo na Ciência Política, Sociologia e Direito. No presente artigo, busca-se em tais campos as contribuições para refletir historicamente sobre as trilhas que levaram à promulgação do Texto Constitucional em 2009. A dinâmica “mudança-fixação” se destaca como mote central, privilegiando alterações de termos cogentes de acordo com suas negociações e contradições subjacentes. Visando facilitar a exposição de diferentes contextos sociolegislativos, o texto está dividido em alguns “caminhos”, entre eles: o Estado oligarca que se iniciou com a Independência (1825), a ascensão das correntes de esquerda nacionalistas dos anos 1950 e a explosão dos vetores étnico-originários na passagem do século XX para o XXI.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Estado moderno
2. Nacionalismo de esquerda
3. Nação e plurinação
4. Direito de ser diferente

1 Artigo publicado pela *História e Cultura*, revista do Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Estadual Paulista (PPGHIS/UNESP), Franca, Volume 4, Número 3, páginas 278-303, Dossiê *Conexões: História e Direito*, em dezembro de 2015.

2 Mestre e Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal do Mato Grosso (PPGHIS/UFMT). Servidor Público da Superintendência de Arquivo Público do Estado do Mato Grosso da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão (SAP/SEPLAG). E-mail: flavioconche@gmail.com.

LABIRINTO DE ALEJANDRO SALAZAR



Fonte: Capa do relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD, 2007).

1 Dogmas jurídicos em movimento

Trabalhar com o universo jurídico realizando interfaces com os estudos da História é uma missão cuja rota, metaforicamente, pode se dar a partir de duas retas paralelas: a primeira correspondente ao processo de criação de regras cogentes, a outra ao conjunto de normas que, sob guarda dos dogmas jurídicos, fixam preceitos de maneira participativa e/ou imposta. Aceitando a metáfora como útil, uma paralela apontar-se-ia em direção à vontade/utopia, destemida a construir algo novo, já a outra, ocupar-se-ia da preservação do que foi construído, outrora desejado, quiçá, ao aprimoramento de certas “resiliências da ordem”.

A *transformação*, ponto de aferição do espaço-tempo, sem dúvida, um dos mais caros ao campo da História, está assim no centro do presente debate. Ao evidenciá-la, alenta-se a análise do universo jurídico da imperativa força que caracteriza os interesses da História. Se “um dia” determinada sociedade sequer existiu ou foi diferente daquilo *que é* ou *julga ser*, no tempo presente, a *trans-*

formação aponta também para a possibilidade desta, “algum dia”, poder respirar ares novos. Paralelamente, do ponto de vista da preservação da ordem (característica que pode variar nos aspectos, mas que em termos morais e éticos é pré-requisito de qualquer civilização), é natural que se faça uso de elementos cogentes como maneira de assegurar direitos, deveres e privilégios. Logo, se assim forem percebidas, *mudança* e *fixação* nos lembram que os dogmas jurídicos (assim como os políticos, religiosos etc.) são socialmente construídos.

Pensando sobre as investigações históricas, Reinhart Kosellek propôs dois famosos conceitos, são eles: *espaço de experiência* e *horizonte de expectativa*. Com o auxílio de ambos, o tempo histórico não é concebido a partir de determinismos, e sim do entrelaçamento entre passado e futuro. O historiador, ao sabor de cada contexto, memórias, prognósticos, esperanças, desejos, diagnósticos, infere-se de Koselleck, teria de lidar com horizontes dificilmente previsíveis, mas sempre tensionados, pelos quais se enxerga também o passado e o futuro.

Citando uma antiga anedota política, escreveu:

- O comunismo já pode ser visto no horizonte – declara Khrtchev em um discurso.

Aparte de um ouvinte:

- Camarada Khrtchev, o que é horizonte?

- Procure no dicionário –, responde Nikita Sergeievitch.

Desejoso de esclarecimento, o ouvinte, ao chegar em casa, encontra em uma enciclopédia a seguinte explicação: “Horizonte, uma linha imaginária que separa o céu e a Terra, e que se torna mais distante quando dela nos aproximamos” (KOSELLECK, 2006, p. 311).

Na provocação, o personagem deseja retirar-se de determinada condição, de sorte que a *experiência* alimenta a *expectativa* na narrativa. Ademais, esconde-se nas linhas citadas um sentido de julgamento, sobre a forma da autoridade política que discursa em tom quase messiânico e que, de certa maneira, tem a condição de atestar o que deve *caminhar* e o que deve *permanecer*. Koselleck (2006) nos aponta uma possibilidade investigativa, qual seja: o uso do tempo como ferramenta política na análise de textos históricos.

Levando isso em consideração, o presente artigo é impreterivelmente arremetido à problemática da história oficial. História dos heróis e dos marcos de fundação do Estado, a história oficial está a serviço dos aspectos hegemônicos da ordem, por assim dizer, da *autoridade* sobre a *transformação*. Costuma corresponder ao *hoje*, e encontra assim certa afinidade com os termos legais.

Nesses termos, sempre que houver questionamentos e/ou novas utopias, de pronto, lá estará também a história oficial; a cada nova transformação dos dogmas, uma nova “paralização do tempo” será criada, fazendo menção aos assuntos históricos mediante a capacidade de “doutrinar” as forças volitivas “no passado”, “naquilo que foi um dia”, “que passou”. *Batalhas, Revoluções, Independências* e mesmo *Reformas de Estado* são, via de regra, mencionadas de tal maneira nas Constituições Políticas de Estado (CPEs), bem como nos Hinos Nacionais.

No bojo do racionalismo jurídico dos séculos XVIII e XIX, convencionou-se a impressão de que o Estado moderno está aquém da *transformação* – mesmo que, ironicamente, seja ele próprio fruto da capacidade de invenção da modernidade. Assim, memorialistas, parte significativa de juristas e historiadores, endossaram a noção de que caberia aos países cujas estruturas estatais já haviam se enraizados *apenas* preservar os direitos postos. Na mais pura concepção hobbesiana, seria o Estado o fórum legítimo da ordem social, sob a égide da Constituição, que designaria limites e deveres aos cidadãos. Analogamente, para o caso das ex-colônias europeias, onde

tal “missão” não se cumpriu (por completo) e o *atraso* perseverou “ainda” no século XX, seria o *progresso* aquilo que ditaria “tardiamente” o linguajar político e as investidas jurídicas.

Seguem-se, então, diferenças de natureza cultural e temporal para o quadro de montagem da história oficial e do Direito, entre o Velho Continente e as ex-colônias.

Para além destas convenções, interessa também ao Direito destacar a dinâmica dos dogmas jurídicos. Afirmou Eliana Calmon:

A exposição que faço vem a propósito das mais lídimas preocupações dos analistas jurídicos e políticos, com especial destaque à área jurídica, cujos profissionais são os últimos a perceberem e absorverem as mudanças da sociedade, exatamente por trabalharem com o direito posto. (MARTINS, 2002, p. 151).

Não obstante, basta considerar o tema dos *Direitos Geracionais* para estabelecer, sem dificuldade, uma possível relação entre a *transformação* nos moldes aqui propostos e os interesses do campo. Embora não haja consenso sobre a definição das *gerações*, podem ser citadas as seguintes: a *primeira geração dos direitos*, direito à vida, propriedade, sobrevivência e liberdade; a *segunda geração dos direitos*, de tratativa política e, segundo Calmon (2002), de início com a Revolução Francesa (1789); a *terceira geração dos direitos*, extensão das duas primeiras, inicialmente, compreendendo o direito à educação, pleno emprego, segurança, em seguida, abrangendo minorias religiosas e étnicas; a *quarta geração dos direitos*, resultado da “sofisticação” das exigências sociais, sobretudo no que tange às tecnologias, à engenharia genética e biodiversidade.

Não é exagero supor que motes geracionais do Direito trazem aporias constantes aos juristas, assim como não é exagero supor que juristas têm compromissos com o tempo presente que não são

os mesmos dos historiadores. Por estas e outras, as contribuições feitas neste texto foram orientadas de alguns cuidados, por sua vez, tampouco deixa-se de escrever *como historiador*. Resumidamente, o conjunto destes pontos é o ponto de partida para pensar elementos legais da Bolívia.

2 Caminhos que levaram ao Estado Plurinacional

Desde 2009, a Bolívia deixou de ser uma República Nacional para ser uma República Plurinacional e Comunitária. Foram dois anos de debates e disputas na Constituinte (2006-2007), com evidente inclinação aos vetores étnico-originários. Em cada ocasião, e em proporções diferentes, fizeram-se presentes indígenas, não-indígenas, militantes sindicais, membros de movimentos sociais, Organizações Não Governamentais (ONGs), componentes de Comitês Cíveis, partidários de diferentes entidades políticas (de direita e de esquerda) etc. Se colocada frente a um processo histórico mais longo, que no recorte aqui proposto se inicia com a Independência (1825), a Constituinte pode ser compreendida como a somatória de imaginários antigos e novos, manifestas sob limites e possibilidades das tratativas políticas do início deste século.

Cada uma destas agremiações representa um *caminho*, único e cheio de encontros entre si. Tal como no labirinto de Alejandro Salazar (pintura trazida acima), as trilhas que levaram à CPE atual ilustram certamente experiências históricas: algumas destas permaneceram na periferia, outras, quase que de imediato, aproximaram-se da torre central; algumas culminaram em uma trilha principal, outras se tornaram tributárias de si mesmas. Da pintura para a realidade, infere-se, compõem o conteúdo da Constituição Plurinacional diversos interesses, hoje equilibrados por determinado centro, de nome *Estado Plurinacional*.

Não obstante a problemática plurinacional tenha despertado o interesse da Ciência Política, Direito e Sociologia, no Brasil, a

História ainda a tem com certo distanciamento. Nesse sentido, espera-se contribuir com a análise sugerindo bibliografia e alguns produtos legislativos pertinentes, mediante narrativa que traga um cuidado mais historiográfico ao tema. Para tanto, dividiu-se o artigo em alguns contextos, entre eles: o Estado oligarca (1825-1952), a ascensão das correntes de esquerda nacionalistas dos anos 1950, a explosão e consequências dos vetores étnico- originários no universo jurídico boliviano da passagem do século XX para o XXI.

3 Intelectuais e a elaboração de sentidos

Via de regra, qualquer disciplina que aborde a ordem social inicia-se com clássicos da Ciência Política como Nicolau Maquiavel, Thomas Hobbes, John Locke, Jean Jacques Rousseau, Edmund Burke, Alexis de Tocqueville, John Stuart Mil, Karl Marx etc. A complexidade do labor intelectual e a posição ocupada por eles em cada contexto histórico levaram-lhes a ser leituras cruciais para se conhecer a História e a estrutura do Estado moderno. Contudo, e não é exagero salientar, dos anos em que tais homens viveram para cá, muito da vida política “civilizada” mudou.

Dentre as transformações, coloca-se em destaque a nova configuração da figura do *intelectual*. Anteriormente visto a partir do “prestígio do conhecimento” (elite intelectual), encontra relativo consenso na historiografia a leitura de que a intelectualidade tomou a perspectiva que tem hoje após os desdobramentos do *Caso Dreyfus*, em 1894:

Naquela oportunidade, encabeçados por Émile Zola, um conjunto de “autores” organizou um manifesto em defesa de um oficial do exército francês, Alfred Dreyfus, condenado por traição. Na ótica dos signatários do manifesto, o processo fora marcado por preconceito e antissemitismo,

não tendo sido pautado por critérios técnicos. No final das contas, após uma longa discussão que se deu por entre jornais e cartas abertas, colocando autores em lados opostos do processo, a pena foi revista e o almirante absolvido.

O que se pode destacar deste evento foi que, pela primeira vez, um grupo de pessoas conseguiu emitir seus julgamentos e mobilizar a opinião pública a partir de espaços autônomos em relação ao Estado. Por conta disso, posicionavam-se como defensores do interesse público contra os abusos de poder exercido pela burocracia estatal. Produtos da modernidade e de suas formas de sociabilidade política, esses personagens ganharam destaque por serem capazes de arregimentar a sociedade e produzir interpretações enquanto representantes de sua comunidade política, sem que necessariamente possuíssem cargos junto à hierarquia pública. Aquela conjuntura abriu, efetivamente, um novo cenário para a relação entre intelectuais e política. (PINHEIRO, 2014, p. 66).

O resumo do fenômeno, colaboração do historiador Marcos Sorrilha Pinheiro, indica a posição do intelectual frente à ordem social instituída. Sem contentar-se em narrar a história oficial e/ou divagar acerca dos aspectos do poder, na virada do século XX, o intelectual vem a se perceber (e ser reconhecido pela sociedade) a partir da capacidade de mobilizar aspectos da vida política – possibilidade que, por sua vez, manifestou-se sobre a forma da intervenção deles em entendimentos da própria realidade social (PINHEIRO, 2014).

Na América Latina, personalidades bolivianas como Augusto Céspedes, Carlos Montenegro Quiroga e René Zavaleta Mercado

são exemplos do que está sendo citado – diga-se de passagem, todos foram bacharéis em Direito. Da primeira para a segunda metade do século anterior, as investidas de tais nomes se enraizaram de tal maneira na memória local que se tornou impossível entender o passado e o presente daquele povo sem antes conhecê-los em leitura. *Consciência crítica, Revolução, democracia, identidade e memória nacional* são alguns dos ideários pelos quais a teoria e a prática deles passaram, tecendo duras críticas às oligarquias que, desde 1825, detiveram privilégios de mando no país. Nesse sentido, tais nomes são lembrados também pelas propostas de reformulação da estrutura do Estado, e, de certa forma, por terem sido um dos primeiros a fazerem destas uma prática constante na Bolívia.

Dentro das três Américas, a Bolívia é um dos países de maior percentual populacional étnico-originário e isto incidiu em relativa peculiaridade à intelectualidade local. Para tomar nota, entre *povos das terras altas* e *povos das terras baixas*³, 36 etnias são hoje mencionadas na CPE, “elevadas” desde então ao título de *nações*; outrossim, segundo estudos da equipe do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (2007), seção tocante aos anos 1825 e 1952, mais de 2/3 do total populacional do país era “composto de parcelas autóctones” (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2007, p. 93). Sendo assim, não é de se estranhar que as provocações feitas pelos letrados tenham historicamente lançado mão dos reclames dos índios e que, direto ou indiretamente, todo este processo tenha culminado no desafio do Estado se impor como autoridade socialmente aceita.

3 *Povos das terras altas* são aqueles que habitam a região alta e árida da Bolívia (Altiplano), herdeiros diretos das tradições de Tiahuanaco e dos Incas, com predomínio das etnias quécha e aymará. Já os *povos das terras baixas* habitam a zona intermediária entre a Cordilheira dos Andes e a floresta, bem como o alagado Chaco e mesmo a zona quente e úmida da Amazônia, com exponencial número da etnia guarani. Outrossim, tais expressões também podem aparecer sobre a forma de seus sinônimos, respectivamente: *povos do ocidente* e *povos do oriente*.

Agregando ainda mais complexidade ao tema, o fato da força de trabalho ter sido basicamente indígena na região corroborou com a conversão de “assuntos econômicos” (como *pobreza*⁴) em ressentimentos quase generalizados. Com relação a este ponto, importa citar o papel intelectual na consolidação de pontos “difusos” das demandas sociais, extraindo das mesmas possíveis arranjos de direitos e políticas públicas. Assim, a figura do intelectual também se comportou frente aos dogmas jurídicos de maneira ambígua – pois, ora o Estado foi notado como uma *guarda necessária* e ora como *ente limitador*, em outras palavras, ora como *objeto de desejo* e ora como *alvo de refuta*.

“O Estado que nos garantirá direitos é o mesmo que nos limita?” A indagação traduz em poucas linhas a ligação do índio com a intelectualidade. Se por um lado, à exemplo das contribuições de Céspedes, Montenegro Quiroga e Zavaleta Mercado, os letrados criaram sentidos teóricos e práticos que serviram de premissas para novos aspectos relacionais, por outro lado, considerando que as demandas excepcionais dos autóctones conquistaram autonomia muito recentemente, também são lembrados atualmente pela “simplificação da realidade boliviana” e mesmo certa “tutela intelectual”.

A partir dos anos 1970, novos quadros interpretativos aparecem no cenário sociolegislativo boliviano. *Virada cultural* na passagem da década de 1960 para 1970, esgotamento da hegemonia do tradicional pensamento de esquerda uma década depois, acúmulo de más lições nas instâncias sindicais, ascensão indígena às universidades nos anos 1980 e 1990, foram algumas das forças motrizes da mudança. O autóctone, outrora limitado a ser objeto de interpretações, em termos relativos, tornar-se-ia agente de sua própria fala, suscitando vazão à problemáticas como *pluralidade*, *diferença*,

4 Dando conta da gravidade do enlace, apenas muito recentemente o país adentrou no rol de Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) médio, estando mundialmente, até a década de 1990, à frente apenas de Honduras, Guatemala, El Salvador, Nicarágua e Haiti (MESA FIGUEROA, 2003, p. 737).

minorias etc.

Sem perder de vista a *práxis* característica da intelectualidade local, destacam-se neste novo contexto: Carlos Toranzo, René Antonio Mayorga, H. C. Felipe Mansilla, Roberto Laserna, Xavier Arbó, Jorge Lazerte, Fernando Mayorga, Silvia Rivera e, ainda mais recentemente, Álvaro García Linera, Luís Tapia, Raquel Gutiérrez e Raúl Prada. Todos eles tiveram/têm em comum com seus precursores a problematização das mais latentes tensões circunscritas ao Estado. No concernente ao conteúdo literário, ilustrativamente, conquistaram espaço nas letras acadêmicas abordagens como: a relativa rejeição à acumulação material indígena (na primeira metade do século XX, submersa nas “teorias socialistas”), o comunitarismo dos povos andinos e amazônicos, a inclinação às decisões coletivas nos espaços do convívio social, a relação espiritual de tais povos com a terra, dentre outros.

Nessa direção, retomando o que se citou acima, convencionou-se na historiografia da Bolívia a tratativa de que a História do país se divide em três contextos especiais: a *colonização e o Estado oligarca*, o *Estado nacional popular* da metade do século passado e o *neoliberalismo* do começo da centúria atual. Trata-se de fruto das contribuições de Rivera, Prada e Tapia, que buscaram no estudo da memória os caminhos pelos quais percorreram a(s) identidade(s) de *ser boliviano*, convergindo na montagem deste *tempo histórico e qualificado* que se divide em três⁵.

4 O Estado oligarca

Um ano após a Independência, contando com a presença dos “heróis” Simón Bolívar e Antônio José de Sucre no ressinto do de-

5 Com base nestes referenciais, a socióloga Maristela Svampa resumiu a memória boliviana em: “[...] *la memoria larga (la colonización)*, *la memoria mediana (el Estado nacional-popular de los años cincuenta)* y *la memoria corta (las luchas anti-neoliberales, a partir de 2000)*” (SVAMPA e STEFANONI, 2007, p. 6).

bate Constituinte, a Bolívia cumpre com a prerrogativa de qualquer Estado moderno e funda sua primeira CPE. Concomitantemente, com base na assistência da bibliografia citada, teve-se início o *Estado oligarca* (1825-1952), seguido de considerável distanciamento entre aquilo que se entenderia como *Constituição escrita* e *Constituição real*. Traz o documento:

Artículo 1º - La Nación Boliviana es la reunión de todos los bolivianos.

Artículo 2º.- Bolivia es, y será para siempre, independiente de toda dominación extranjera; y no puede ser patrimonio de ninguna persona, ni familia [...].

Artículo 6º .- La religión católica, apostólica, romana, es la de la República, con exclusión de todo otro culto público. El gobierno la protegerá y hará respetar, reconociendo el principio de que no hay poder humano sobre las conciencias (BOLÍVIA, 1826).

Ademais, segundo Montenegro Quiroga, é “*acaso más propio admitir que la clase oligárquica no sólo haya deprimido, sino que haya suprimido el Estado, sustituyéndolo en sus fueros al punto de ser ella el Estado mismo*” (MONTENEGRO QUIROGA apud PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2007, p. 130). Todo um racionalismo girava em torno dos interesses oligarcas, não sendo necessário ir longe para compreender minimamente as razões da afirmação de Montenegro Quiroga. Obviamente, subscrevia-se na Constituição da época um modelo civilizatório. Segue o texto:

Artículo 11º.- Son bolivianos:

1º Todos los nacidos en el territorio de la Repú-

blica;

2° Los hijos de padre o madre boliviana, nacidos fuera del territorio, luego que manifiesten legalmente su voluntad de domiciliarse en Bolivia;

3° Los que en Junín o Ayacucho combatieron por la libertad [menção à dois importantes conflitos com a Coroa, em regiões dos atuais Peru e Argentina];

4° Los extranjeros que obtengan carta de naturaleza, o tengan tres

años de vecindad en el territorio de la República;

5° Todos los que hasta el día han sido esclavos y por lo mismo quedarán de derecho libres, en el acto de publicarse la Constitución; pero no podrán abandonar la casa de sus antiguos señores, sino en la forma que una ley especial lo determine.

Artículo 12°.- Son deberes de todo boliviano:

1° Vivir sometido a la Constitución y a las leyes;

2° Respetar y obedecer a las autoridades constituidas;

3° Contribuir a los gastos públicos;

4° Sacrificar sus bienes, y su vida misma, cuanto lo exija la salud de la República;

5° Velar sobre la conservación de las libertades públicas [...].

Artículo 14°.- Para ser ciudadano, es necesario:

1° Ser boliviano;

2° Ser casado, o mayor de veintiún años;

3° Saber leer y escribir; bien que esta calidad solo se exigirá desde el año de mil ochocientos treinta y seis;

4° Tener algún empleo o industria, o profesar alguna ciencia o arte, sin sujeción a otro en clase de sirviente doméstico. [...].

Artículo 16°.- Los ciudadanos de las naciones de América, antes española gozarán de los derechos de ciudadanía en Bolivia, según los tratados que se celebren con ellas [consequência da ação em comum das ex-colônias hispânicas, processo pelo qual o nome de Bolívia ficou conhecido];

Artículo 17°.- Solo los que sean ciudadanos en ejercicio, pueden obtener empleos y cargos públicos.

Artículo 18°.- El ejercicio de la ciudadanía se suspende:

1° Por demência;

2° Por la tacha de deudor fraudulento;

3° Por hallarse procesado criminalmente;

4° Por ser notoriamente ebrio, jugador o mendigo;

5° Por comprar o vender sufragios en las elecciones, o turbar el orden de ellas (BOLÍVIA, 1826).

Logo, mais da metade da população estaria privada de direitos plenos, uma *Nação* que deveria ser guardada com a vida por todos, embora boa parte de seus membros sequer fossem familiarizados com ela.

Constavam na CPE a defesa da propriedade privada, soberania popular, divisão entre poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), exercício político representativo para homens não-índios etc. Sob sua guarda, aqueles que gozavam de cidadania plena poderiam lançar mão de ações como: invasão e/ou uso das riquezas naturais de terras ocupadas por autóctones; julgamento pejorativo dos valores

sociais, espirituais e culturais indígenas; marginalização social do índio, por meio da aplicação dos seletivos preceitos de inclusão dos eleitores no Registro Cívico e demais requisitos de acesso às poucas garantias sociais da época.

As renovações constitucionais bolivianas de 1831, 1834 e 1843 pouco se distinguiram no que tange ao exercício da cidadania e seus fatores limítrofes, podendo afirmar o mesmo acerca do único culto religioso permitido, dos impedimentos às ocupações de cargos públicos e daí por diante. Inovaram-se apenas em termos da disposição de cargos e funções dos poderes. A perspectiva seletiva da época fica ainda mais evidente ao se destacar o texto de Regulamentação das Eleições, de 1851:

Artículo 10º.- Sólo los ciudadanos que sepan leer y escribir, y tengan un capital de cuatrocientos pesos, o ejerzan algún empleo, profesión, ciencia, arte o oficio que les proporcione la subsistencia, sin sujeción a otro en clase de sirviente doméstico, gozan del derecho de sufragio en las elecciones. [...].

Artículo 17º.- El primer Domingo de Abril, en cada bienio, publicarán un bando los Prefectos y los Gobernadores, previniendo que el segundo Domingo del propio mes, se instalarán las Juntas Calificadoras de los bolivianos, que puedan tener derecho de sufragio en las elecciones. Este bando se fijará en todas las Parroquias, Vice-parroquias y lugares públicos de concurrencia, en todo el territorio del departamento (BOLÍVIA, 1851).

Herança da acumulação de capital hispânico, no final do século XIX, perdurara na economia da Bolívia considerável dependência

da exploração das minas. Tão logo, em 1880, a Presidência sanciona a Lei de Mineraria, com o intuito de “equilibrar” a arrecadação fiscal e fazer frente aos esboços de organização do trabalho mineiro. Naquele mesmo ano, um novo Texto Constitucional foi inventado, dispondo tal qual o seguinte exemplo:

De la conservación del orden público:

Artículo 26°.- En los casos de grave peligro por causa de conmoción interior o guerra exterior que amenace la seguridad de la República, el Jefe del Poder Ejecutivo, con dictamen afirmativo del Consejo de Ministros, podrá declarar el estado de sitio, en la extensión del territorio que fuere necesario, y por todo el tiempo que lo reputare indispensable.

Artículo 27°.- La declaración del estado de sitio, produce los siguientes efectos:

1. El Ejecutivo podrá aumentar el Ejército permanente y llamar al servicio activo la guardia nacional. [...].
4. Las garantías y los derechos que consagra esta Constitución no quedarán de hecho suspensos en general con la declaratoria del estado de sitio; pero podrán serlo respecto de señaladas personas, fundadamente sindicadas de tramar contra la tranquilidad de la República; y esto se efectuará según se establece en los siguientes párrafos.
5. Podrá la autoridad legítima expedir órdenes de comparendo o arresto contra los sindicatos del crimen enunciado en el párrafo anterior, debiendo ponerlos dentro de setenta y dos horas si fuere posible, a disposición del juez competente, a quien pasará los documentos que dieren

lugar al arresto, con las diligencias que se hayan practicado. Si los enjuiciamientos no pudieren efectuarse dentro de dicho término, podrán ser reservados para cuando se haya restablecido el orden material; pero, en ningún caso, a no ser el de amnistía, podrá omitirse el enjuiciamiento. Si la conservación del orden público exigiere el alejamiento de los sindicatos, la autoridad podrá ordenarlo, con tal que sea a una distancia no mayor de cincuenta leguas y a lugares no malsanos. El alejamiento o *arresto* sólo podrá tener lugar cuando el individuo no prefiera salir fuera de la República (BOLÍVIA, 1880).

Até esta seção, as presentes contribuições podem não ter causado grande surpresa no leitor, uma vez que os primeiros anos das Repúblicas latino-americanas tiveram características muito similares. No mais, cabe lembrar que a Bolívia reverteu boa parte destas questões “apenas” na segunda metade do século XX. Por estas e outras razões, durante longo tempo, o país foi palco de constantes revoltas populares, indígenas e sindicais, imputando, por sua vez, a noção de que o “Estado permaneceu ali incompleto”. Esta sim é uma questão a ser tratada como dose ainda maior de cuidado, pois, conforme foi dito, suposta incompletude reverberou em incapacidades do Estado se estabelecer como instituição constituinte da ordem.

Para José Carlos Mariátegui, o fato da estrutura estatal não ter se desenvolvido nos países centro-andinos da mesma forma que no Velho Continente se explicava na ausência de Revoluções Burguesas eficazes na região chegou a semelhante conclusão acerca da realidade boliviana (ZVALETA MERCADO, 2008; MARIÁTEGUI, 2010). A hipótese marxista de ambos se resumia na análise dos *meios e relações de produção*, em resumo: sem ter burguesias estáveis (à época dos autores), do ponto de vista da acumulação capitalista, teria

ocorrido um retardamento do desenvolvimento das forças produtivas, conseqüentemente, dificultando a exploração livre do trabalho, contraindo assim a capacidade de mobilização nacional das elites, sobretudo dos setores liberais mais progressistas.

Em outras palavras, com base em tal perspectiva, da criação da República até o fim da primeira metade do século XX, persistiram descompassos mesmo entre o *discurso e a prática liberal*, a saber, entre aquilo que o ordenamento jurídico pregava e suas aplicações, “ainda” arraigadas em determinantes coloniais.

5 Guerra do Chaco e o nacionalismo de esquerda

Um século à frente da Independência, durante os anos próximos e correspondentes ao conflito bélico com o Paraguai, que ganhou o nome de *Guerra do Chaco* (1932-1935), uma forte desmoralização recaiu sobre as oligarquias. De tal sorte, outras possibilidades se abriram à realidade nacional. Responsabilizada pela iniciativa de aderir à guerra, por suposta descoberta de petróleo na região alagada do Chaco, após derrota do país e perda de parte do antigo território nacional, a hegemonia dos setores oligárquicos se fragilizou, ascendendo politicamente às agremiações de esquerda, a fim de ocuparem o “vácuo de poder”.

O evento guarda desdobramentos diversos. Mais de 65 mil bolivianos morreram no Chaco, ao mesmo tempo, o foco político-econômico do Altiplano perdeu seu caráter praticamente exclusivo, dando fundamento à inclusão mais efetiva do *oriente boliviano* no leque das ações de Estado. Em linhas mais objetivas, o alistamento forçado de indígenas para o conflito, prerrogativa prevista desde a assinatura da Lei Militar de 1875, “apresentou” para a Bolívia o volume de sua variedade étnica. Ao mesmo tempo, as primeiras décadas do século XX datam a chegada de imigrantes europeus que trouxeram junto às bagagens referências importantes da luta de classes. Sem ter inicialmente homogeneidade política, mas caminhando para tal na entrada

nos anos 1940, um projeto capaz de unificar paradigmaticamente as massas abriu terreno: o *nacionalismo de esquerda*⁶.

Assim, recentes alianças antioligarcas se encontram. O nacionalismo em questão correspondeu, de maneira original e contraditória, ao crescimento de correntes que beberam de leituras e estratégias de esquerda e que, por sua vez, investiram na identidade nacional (do Estado) para ocupar a “fenda” aberta entre dois contextos das ações políticas, a exemplo da fundação do *Movimiento Nacionalista Revolucionário* (MNR), em 1942, principal partido da tomada de Estado de 1952.

6 Hegemonias movidas pelo “atraso”

As insurreições agrárias no México e os levantes precedentes à criação dos *soviets* na Rússia, no começo do século XX, marcaram profundamente a política internacional (em especial nos países de capital não desenvolvido). Aproximadamente três décadas adiante, a instabilidade do *laissez-faire* no período pós-*crise* de 1929 incidiu de tal maneira nas “objetivas” estatais que as intervenções na economia tornar-se-iam prática comum. No que toca à Bolívia, dispendo de forma relativamente inovadora, as CPEs promulgadas em 1936 e 1945 abandonaram a defesa rígida da propriedade privada, tornando obrigatória a utilidade pública das terras, ainda que com baixo grau de detalhamento conceitual.

Sobre efeitos de negociações e disputas internas e externas ao Estado, intelectualidade e organizações de esquerda ocuparam-se de ações que no Velho Continente, um século atrás, haviam

6 Ao observar o termo *massas*, Alberto Aggio afirmou que, diferente do caso europeu, onde o ideário nasceu no epicentro da luta de classes e conseqüentemente em direção às “modernas cidadanias”, nos países latino-americanos, remeteu-se à identificação de setores “sociais que se encontraram alijados dos sistemas políticos nacionais, isto é, deslocados integralmente do campo de possibilidades de obtenção de direitos” (AGGIO, 2003. p. 139).

sido atribuições das burguesias. Girando em torno de bandeiras tradicionalmente modernas, e acarretando assim considerável exclusão das demandas autóctones, o sindicalismo tomou o centro das reivindicações. Inspirando-se no conceito de *imperialismo*, em 1943, Montenegro Quiroga teoriza os ideários de *Nação e AntiNação*, segundo o qual, o primeiro corresponderia à mão-de-obra boliviana, verdadeira produtora de riqueza, e o segundo aos proprietários de latifúndios e donos de minerarias, agentes do capital internacional (MONTENEGRO apud PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2007, p. 130), exemplificando assim o sincretismo comentado.

Parece não haver contradição entre o burguês conceito de *Nação* o *sindicalismo* em Montenegro Quiroga. E, dando-se seqüência ao recurso das ilustrações, basta sublinhar-se algumas linhas da famosa *Tesis de Pulacayo*, aprovada em 1946 no congresso da *Federación Sindical de Trabajadores Mineros de Bolivia* (FSTMB):

Bolivia es un país capitalista atrasado. Dentro de la amalgama de los más diversos estadios de evolución económica, predomina cualitativamente la exploración capitalista, y las otras formaciones económico-sociales constituyen herencia de nuestro pasado histórico (FEDERACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES MINEROS DE BOLIVIA, 1946).

Sem causar prejuízo ao conteúdo da passagem, é possível retirar dela uma narrativa que se fundamenta em relações causais – dando sentido a supostas etapas do desenvolvimento humano. Continua:

Los países atrasados se mueven bajo el signo de la presión imperialista, su desarrollo tiene un ca-

rácter combinado: reúnen al mismo tiempo las formas económicas más primitivas y la última palabra de la técnica y de la civilización capitalista. El proletariado de los países atrasados está obligado a combinar la lucha por las tareas demo-burguesas con la lucha por las reivindicaciones socialistas (FEDERACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES MINEROS DE BOLIVIA, 1946).

De tal maneira, assim como as familiaridades entre as contribuições de Montenegro Quiroga e as experiências da montagem do MNR apontavam rumo a um projeto comum *para a Bolívia*, em suas devidas proporções, algo semelhante pode ser visto no documento da FSTMB. A título de conclusão prévia, nota-se um sincretismo significado pela aproximação de elementos que, generalizadamente, costuma-se enxergar de antemão como antagônicos, mas cujas contradições a História ajuda a compreender e a desvelar.

7 O Estado nacional popular

Dando continuidade às mesmas sugestões historiográficas, passa-se então a tratativa do fim do *Estado oligarca*, seguido do início do *Estado nacional popular*, a partir de 1952. Uma impactante tomada de Estado explode em 11 de abril de 1952, com hegemonia sindical e especialmente mineira, participação das vanguardas MNRistas e posterior 3 dias de guerra-civil em grandes centros urbanos da Bolívia – para Zavaleta Mercado (2008, p. 14), uma “*revolución burguesa hecha contra la burguesia*”, embora se saiba hoje, munidos de maior acúmulo de informação, ter se tratado de uma “Revolução Burguesa sem burguesia”.

Ao passar de seus dias mais radicais, a aposta de então era

caminhar rumo às Reformas de Estado. Assim, entre outras ações, as Forças Armadas foram tomadas e colocadas a serviço de medidas que, teoricamente, pretendiam distribuir renda sem perder de vista o desenvolvimento das forças produtivas. Aproximadamente três meses após a “revolução”, o então presidente Víctor Paz Estenssoro assinou o Decreto Supremo nº 3.128, dando cabo a um conjunto de medidas que transformaria a realidade boliviana por meio de constantes instrumentos legais. Traz o Decreto:

Presidente Constitucional de la República

Considerando: Que es fundamento esencial de la democracia que la

soberanía reside en el pueblo y se ejerce mediante el sistema de representación; Que ese principio, universalmente consagrado, no ha tenido aplicación práctica en Bolivia hasta el presente, a causa del sistema de voto calificado establecido en favor de una minoría privilegiada, para la constitución de los poderes públicos.

Considerando: Que esa injusta limitación tuvo su origen en la contradicción existente entre los principios ideológicos que informaron y alentaron la Revolución de la Independencia, los intereses económicos de la clase que dirigió ese proceso histórico y, que dueña ya del poder político, organizó nuestras primeras instituciones; Que esa restricción se mantuvo vigente a través de toda nuestra vida republicana, porque los intereses económicos que la habían originado, subsistieron sin alteración alguna, en lo que respecta al dominio de las tierras, y se fortalecieron en lo que hace a la explotación de las minas.

Considerando: Que la mentalidad feudal, característica de los organizadores de tal régimen político, no podía reconocer la importante participación que la mujer tiene en la vida de toda sociedad organizada, participación que se hizo patente en la valerosa lucha del pueblo de Bolivia, en los últimos seis años, contra la oligarquía.

Considerando: Que la oligarquía dominante excluía del derecho al sufragio a los componentes de las fuerzas armadas, a los miembros del clero regular y a los funcionarios policiales, con el propósito de mantener a esas instituciones o personas como instrumentos incondicionales de su privilegio.

Considerando: Que la Revolución Nacional no cumpliría sus altas y nobles finalidades si no se pone remedio radical y definitivo a un régimen político que contradice, en la práctica, los ideales democráticos en los que se funda.

Decreta: Artículo 1º - Tendrán derecho al voto para la formación de los poderes públicos, todos los bolivianos, hombres y mujeres, mayores de veintiún años de edad siendo solteros o de dieciocho siendo casados, cualquiera que sea su grado de instrucción, su ocupación o renta.

Um mês adiante, outro documento de mesma origem, nº 3.159, deu início a um longo processo de formulação dos novos preceitos-guias dos Registros Cíveis. Nele, ampliou-se o conceito de cidadania vigente, a ser instituído mediante assinatura do Decreto Supremo nº 4.349, em 1956, que finalmente instituiu as linhas cogentes do voto universal. Antes de ser substituído pelo seu correligionário, Hernán Siles Zuazo, em 1956, (diga-se de passagem, o MNR perma-

nece no mando da República até 1964, ano do golpe civil-militar), Paz Estesnsoro torna Lei os seguintes Decretos supremos:

O Decreto nº 3.037, de 1952, e nº 4.458, de 1956, prevendo, respectivamente, sobre a criação do Ministério das Minas e da *Coordenación Minera de Bolivia* (COMIBOL). Ambas as instituições nasceram para atender às necessidades de um país que, de um predomínio privado da economia, veio a ter 70% dos bens produtivos administrados pelo Estado. O Decreto nº 3.464, de 1953, dando os eixos da Reforma Agrária que permitiu acesso à terra para aproximadamente metade da população – vale salientar, ocorrência predominantemente na região andina.

Acompanhando o crescimento populacional e da urbanização, o número de pessoas que se identificavam como sendo autóctones continuou expressivo nos anos 1950. Tão logo, segue-se o fato o processo histórico de anexação dos índios à comunidade nacional, notório na Campanha de Alfabetização, prevista pelo Decreto Supremo nº 4.422. Datado também em 1956, e logo em seguida reformulado como Lei, o texto ratificou as prerrogativas do Código de Reforma Educacional, de 1935, e forneceu subsídio jurídico às frentes de trabalho que elevaram o quantitativo de escolas e estenderam o ensino escolar para comunidades afastadas dos polos urbanos – em linhas mais subjacentes, lançando mão do ensino do castelhano e da história (oficial) como motes de criação da identidade nacional.

No mesmo sentido, a fixação das atribuições do Ministério de Assuntos Campesinos, positivado pelo Decreto nº 3.064, de 1952, e o direcionamento dos procedimentos a serem feitos acerca das restituições das chamadas *terras comunitárias e comunidades agrárias*, no nº 3732, de 1954, inovaram ao tratarem da intimidação das posses das antigas elites, entretanto, tampouco deixaram de evidenciar a autonomia limitada dos índios. Eis o Preâmbulo do documento de 1954:

Considerando: Que la legislación republicana en materia agraria- campesina, en lugar de reivindicar las tierras usurpadas a los indígenas durante la conquista y la colonización española, consolidó el despojo y facilitó el proceso de concentración propietaria en manos de escasos latifundistas; Que aprovechándose del atraso económico y cultural de los indígenas, abusando del poder político y al amparo de leyes y decretos antinacionales, los regímenes feudo-liberales que se sucedieron en el poder 3 partir de 1900, acentuaron dicho proceso, en términos tales que sectores apreciables de la población rural de procedencia comunaria, perdieron sus tierras o abandonaron sus cultivos; Que los latifundios obtenidos usurpando a las comunidades indígenas mediante el fraude legalizado, la influencia política y la extorsión administrativa, por más de que hayan sido sancionados por una justicia puesta al servicio invariable de la oligarquía gamonal y minera, deben ser restituidos a sus legítimos propietarios; Que el Gobierno de la Revolución Nacional y el Decreto Ley N° 3464 de 2 de agosto de 1953 se proponen, en lo esencial, reparar las injusticias y violencias cometidas con los indígenas comunarios, devolviéndoles sus tierras o indemnizándoles los daños y pérdidas que sufrieron; En Consejo de Ministros y con cargo de aprobación legislativa.

Decreta: Artículo 1°.- Las tierras de comunidades indígenas que, desde el 1° de enero del año 1900, hubieran sido convertidas en propiedades rústicas particulares, probada que sea

esta circunstancia, son declaradas restituibles, sin indemnización, en la forma y condiciones que establece el presente Decreto Ley.

Sem aprofundar em tais termos, interessa no momento chamar a atenção para o cunho etnocêntrico da passagem. O “olhar do colonizador” (assim diriam teóricos pós-coloniais como Javier Sanjinés (SANJINÉS, 2009), manifesta-se na citação mediante a noção de processo pelo qual ganham inteligibilidade conceitos como *atraso* (suposto *atraso econômico e cultural*) e *feudo-liberais* (menção às estratégias de poder das oligarquias, retrógradas do ponto de vista produtivo capitalista). Da mesma forma, fica evidente a justaposição do *autóctone* com o *camponês*, produto daquilo que ficou conhecido na Bolívia como o *campesinamento do índio* – em síntese, ação pelo qual as políticas públicas “emprestaram” ao índio a força categórica do *trabalhador da terra* (europeu), concomitantemente, limitando-o nos limites do Estado, da Nação e mesmo do capitalismo.

Finalizando o quadro de citações referentes ao período, outro importante documento, Decreto de 1955, nº 4.235, versa acerca das *terras comunitárias*; e nele se lê:

[...] las comunidades indígenas son propietarias privadas de las tierras que poseen en conjunto. Las asignaciones familiares hechas en las revisitas o las reconocidas por la costumbre, dentro de cada comunidad, constituyen la propiedad privada familiar.

De toda feita, questiona-se: de que forma as relações e as produções autóctones se aproximariam do modelo de propriedade privada, senão por algum tipo de incorporação cultural, política, econômica e/ou administrativa? De que maneira o índio poderia “pertencer à Nação” sem ter de disputar com ela aspectos da vida cotidiana,

pouco condizentes com os referenciais burgueses? Por estas e outras aporias, entende-se que as ações encampadas pelo *Estado nacional popular* carregam a característica histórica de terem “assentado a Bolívia” sobre aquilo que o país tinha de mais moderno, por sua vez, culminando em desafios que a curto e longo prazo endossariam o sentimento relativo de constante insatisfação social.

8 Fim do Estado interveniente

Quando Zavaleta Mercado (2008) propõe o conceito de poder dual para o auxílio da compreensão da realidade boliviana, nos anos 1970, seus *espaço de experiência* e *horizonte de expectativa* haviam mudado. O autor estava amadurecido intelectualmente e um ciclo de reivindicações, sustentadas nas demandas étnico-originárias, havia se iniciado. Com base no conceito, a ordem social boliviana se explicaria sob a forma de competições pela hegemonia entre organizações da sociedade civil e Estado, assim, não somente os pactos sociais ampliados (garantidos pelo Estado) encabeçariam a ordem social, mas também os mecanismos “paralelos”, “duais”, não estatais e autogestionários (ARGUILUZ IBARGUEN, 2006).

Tal “autoridade acidentada”, fonte de inspiração para a equipe do PNUD trabalhar com aquilo que chamou de “*Estado con huecos*” (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2007, p. 101), passou pouco problematizada durante o mando dos militares (1964-1982). Durante a ditadura civil-militar, em síntese, perseverou o mando de um Estado economicamente interveniente, comprometido com o desenvolvimento “simbólico” e “estrutural” da Bolívia, possível em decorrência de alianças civis-militares, que, por sua vez, convergiram na tutela dos índios e em sua relativa invisibilidade. Replicando iniciativas da década de 1950, elencou-se, via Estado, um modelo a ser seguido – daí Rivera, Prada e Tapia fazerem menção à *memoria mediana* com datação de 1952 ao começo dos anos 2000, isto é, do ponto de vista dos assuntos

autóctones (motes principais de tais autores), o mando civil-militar enraizou-se no imaginário local tal qual fosse certa continuação da esquerda nacionalista dos anos 1950.

No mesmo sentido, também foi característico ao período a implantação de Reformas de Estado que induziram a aparência progressista aos militares, seguida das cooptações de lideranças sindicais e, não é de se estranhar, do uso da violência física e psicológica.

Chega-se assim à tese de que, em meados do século passado, a inviabilidade indígena esteve associada com o centralismo estatal. Retornando ao enunciado deste item, razão pelo qual Zavaleta Mercado (2008) pôde refletir acerca do *poder dual* e o conceito adquiriu inteligibilidade social somente após a ruína *daquele* Estado interveniente.

9 O nascimento de uma “nova esquerda”

Embora os últimos golpes proferidos ao Estado interveniente fossem se dar na década de 1980 e nos primeiros anos de 1990, ganhava corpo desde os anos 1970 uma forte onda de pressão nacional e internacional “inimiga do excesso de poder do Estado”. Manifestada de diversas formas, aquilo que aparentemente tocava somente à Bolívia era precisamente um novo contexto internacional, indo ao encontro do esgotamento das alianças civis-militares e das orientações de descentralização do gerenciamento estatal⁷.

A afixação de alterações cogentes perante as prerrogativas de acesso aos empréstimos financeiros não era novidade para os governos bolivianos – desde a década de 1950, o Fundo Monetário Internacional (FMI) utilizava-se de tal prática para assim “adequar” a legislação local. Todavia, na passagem dos anos 1980 para os 1990,

7 Questões estas que podem ser ilustradas pelas problematizações da burocracia pública, demasiadamente onerosa e morosa aos olhos dos interessados nos polos industriais e nas commodities do departamento de Santa Cruz, assim como mediante a crítica ao corporativismo e à corrupção, diga-se de passagem, crescentes ao ritmo das demandas

tais tratativas passam a prever sobre ações neoliberais. E, de tal maneira, todo um conjunto de ações ainda dependentes do Estado veio ao chão. Trata-se de uma alteração de alta complexidade, pois, ao interferir nos aspectos econômicos e organizacionais, gradativamente, “desalojou-se” aquelas lideranças mais enraizadas na estrutura estatal, reprojutando os setores de esquerda, “outra vez”, frente a um inimigo comum.

Tendo início também nos anos 1970, a queda do preço médio do estanho no mercado internacional e as demissões infundadas nas novas orientações econômicas demandaram um forte fluxo migratório de mineiros para as (novas) plantações de coca do departamento de Cochabamba. Formaram-se na região centros informais de trabalho, organizações sindicais alijadas de participação política e de direitos enquanto categoria de trabalhadores, e, com maior importância para a abordagem do presente artigo, um sindicalismo melhor familiarizado com os vetores étnico-originários.

Por razões que passam pelo próprio produto do trabalho (a coca), as referências dos sindicatos e centrais cocaleiros são, em parte, de origem indígena, e, em outra parte, justaposições e ressignificações advindas de outras experiências de trabalho, sobretudo mineira. Sendo assim, mesmo aqueles que não se autoidentificavam como pertencentes a algum costume indígena, ou que sequer têm envolvimento direto com as cosmovisões do índio, passaram a enxergar a planta como uma possível fonte emissora de resistência cultural e política, seja como símbolo da refuta às intervenções do FMI, seja como objeto de defesa de renda frente à política antidrogas arquitetada pelos governos estadunidenses.

Nasceu assim uma “nova esquerda”, cujo movimento cocaleiro tem protagonismo e, não menos importante, do qual o *indianismo* correspondeu durante um bom tempo ao horizonte teórico principal

do narcotráfico de cocaína, cujo consumo explodiu no mundo também desde a década de 1970.

das novas correntes políticas dos anos 1980 e 1990. Se o primeiro se faz presente na História da Bolívia do ponto de vista das mudanças estruturais, o segundo corresponde à sistematização de bases teóricas relativamente inovadoras, assentadas sobre a noção de que o índio deve falar de si e para si – opinião de Leandro Mendes Rocha, argumentando o que chamou da passagem “do índio-em-si ao índio para si” (ROCHA, 2006, p. 13).

Ainda com Rocha (2006), interessa mencionar também a publicação do Manifesto de Tiahuanaco, texto final do congresso da *Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia* (CSUTCB), em 1973. Na ocasião, o *indianismo* foi lançado como força orgânica, organizado e regido por premissas pelas quais os membros-partidários pautam suas ações. Tão logo, Tiahuanaco, primeira entidade administrativa capaz de congregiar sob o mesmo centro político diferentes grupos autóctones, por volta do ano 800 de nossa Era, apareceu naquele contexto interpretado por meio de experiências contemporâneas e utopias modernas. Diferente da aproximação categórica do índio com os conceitos de *classe social* e *Nação* (fato que ficou conhecido pelo nome de *indigenismo*, por qual Mariátegui e Montenegro Quiroga até hoje são lembrados), o *indianismo* é um tipo ainda mais híbrido de referencial interpretativo. Daí o documento de desfecho do congresso da CSUTCB de 1979 ser tido, pela historiografia local, como a primeira fonte cuja expressão *plurinacionalidade boliviana* apareceu escrita.

Seguido das vertentes partidárias Movimiento Indio Túpak Katari (MITKA) e do *Movimiento Revolucionário Tupak Katari* (MRTK), que se incorporariam ao pleito parlamentar nos anos 1980, levando o nome do líder indígena assassinado em praça pública em 1781, Tupac Katari, para García Linera, o *indianismo* se divide em três grandes processos: de formação da CSUTCB, “[...] hecho que sella simbólicamente la ruptura del movimiento de los sindicatos campesinos con el Estado nacionalista en general” (SVAMPA y STEFANONI, 2007, p. 156); de criação do MITKA e do MRTK,

enraizando-se nas camadas de esquerda como *indianismo-katarista*; por fim, correndo paralelo aos dois primeiros momentos, de efetivação do *indianismo* como referencial teórico das correntes historiográficas, jurídicas e sociológicas.

Ademais, a habilidade de tais segmentos em inventar discursos qualificados e fazerem-se presentes nas disputas políticas tocantes à segunda metade do século XX foi inegável. *Cocaleiros e indianistas*, bem como, de maneira geral, o conjunto dos *novos movimientos sociales andinos* e das *terras baixas*, acompanharam todo este esboço com um misto de paciência e força volitiva. Assistiram ao enraizamento das preocupações ambientais e à explosão de Organizações Não Governamentais (ONGs), à inclinação aos estudos das identidades plurais (perceptível nos trabalhos de Jorge Komadina (KOMADINA, 2001), ao enraizamento das denominadas *minorias* como entes signatários do *dereito de ser diferente* (objeto referendado na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (1989) etc.

Nesse sentido, a própria trajetória do partido de Evo Morales Ayma diz muito sobre o assunto em tela. O primeiro indígena a chegar à Presidência da República da Bolívia (2006) teve escola política perante os sindicatos cocaleiros, mais especificadamente, no ceio da *Coordinadora de Productores de Coca*, entidade criada em 1994 e materializada como partido em 1995, com o nome de *Asamblea Soberana del Pueblo* (ASP), por fim, rebatizada em 2002 de *Movimiento Al Socialismo* (MAS). Encontra-se outro exemplo nos caminhos da vida de Felipe Quispe. Originário politicamente do MITKA, organização que Quispe ingressou em 1978 e pela qual adentrou à resistência armada no começo da década de 1980, após ser detido e virar ícone da luta indígena no cárcere, retorna à liberdade em 1997 “coroadado” como o grande *Mallku*⁸ daqueles dias. Co-fundador do *Movimiento Indígena Pachacuti* (MIP), em 2000, Quispe foi junto

8 Termo da tradição aymara, *Mallku* corresponde ao topo da autoridade política daquela

com Morales um dos principais articuladores das mobilizações populares dos anos 2000.

10 Rumo à Constituição Plurinacional

Populações indígenas nos anos 1950, *povos indígenas* nos anos 1980 e *nações indígenas* nos anos 2000, embora nem sempre notadas, tais mudanças representam conquistas étnico-originárias.

Postulava a Convenção nº 107 da OIT em 1957:

A presente Convenção se aplica:

a) aos membros das populações tribais ou semitribais em países independentes, cujas condições sociais e econômicas correspondem a um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional [...] b) aos membros das populações tribais ou semitribais de países independentes que sejam considerados como indígenas pelo fato de descenderem das populações que habitavam o país, ou uma região geográfica a que pertença tal país, na época da conquista ou da colonização e que, qualquer que seja seu estatuto jurídico, levem uma vida mais conforme às instituições sociais, econômicas e culturais daquela época do que às instituições peculiares à nação a que pertencem.

[...] Competirá principalmente aos governos pôr em prática programas coordenados e sistêmicos com vistas à proteção das populações in

etnia. Entretanto, afirmou Alfredo de Camargo, no caso de Quispe tem “caráter apenas honorífico” (CAMARGO, 2006, p. 214).

teressadas e sua integração progressiva na vida dos respectivos países (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1957).

Já em 1989, refletindo sobre a perspectiva pela qual guiou seus fundamentos, afirmou:

Conscientes de sua importância e sob a orientação de sólidas organizações de promoção de seus interesses e proteção de seus direitos, esses povos passaram a assumir, eles próprios, o direito de reivindicar, acima de tudo, sua identidade étnica, cultural, econômica e social, rejeitando, inclusive, serem chamados de “populações”.

A própria Convenção nº 107, até então considerada um marco histórico no processo de emancipação social dos povos indígenas, passou a ser criticada por suas tendências integracionistas e paternalistas, fato admitido pelo próprio Comitê de Peritos que, em 1986, considerou-a obsoleta e sua aplicação inconveniente no mundo moderno (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989).

Por certo, assuntos de natureza territorial, cultural, econômica e política, estavam agora voltados à questão da soberania, podendo dizer o mesmo acerca do critério subjetivo do pertencimento de determinado indivíduo e/ou coletivo a *este* ou *aquela* povo.

Das orientações da OIT para a montagem dos dogmas jurídicos dos Estados, as positavações mais progressistas orientavam então a “aproximar-se” da forma pela qual os indígenas se percebem, respeitando suas “próprias prioridades de desenvolvimento à medida que afetem suas vidas, crenças, instituições, valores espirituais e a

própria terra que ocupam ou utilizam” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989). Outrossim, importa tomar nota do fato de que o ideário de *plurinacionalidade* também teve seu *trânsito* particular quando da situação de sua reiteração no congresso da CSUTCB de 1983, (e em exponencial ascensão como elemento signatário), segundo Alfredo de Camargo, substituída pela *multietnicidade boliviana* na CPE de 1994, no intuito de procrastinar desafios jurídicos maiores (CAMARGO, 2006, p. 185).

“[A] partir del diagnóstico de que los países de América Latina han avanzado sustancialmente en la consolidación de los derechos políticos y muy poco en relación a la superación de la pobreza y la desigualdad” (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2007, p. 371), é salutar citar alguns últimos fenômenos fundamentais para a montagem da CPE Plurinacional: as marchas indígenas dos anos 1990, produto de esforços descomuns por parte daqueles que percorreram em média 500 quilômetros, da região *oriental à ocidental*, e de crucial impacto no cenário político nacional, haja vista que trouxeram conceitos de *território* e de *autogestão* dos índios das terras baixas e os justapuseram aos debates acerca da plurinacionalidade; a *Guerra da Água*, em 2000, resposta à concessão dos rios e mananciais hídricos da Bolívia para empreiteiras estrangeiras e cujos desdobramentos acarretaram na derrubada de três mandatos presidenciais e na eleição de Morales.

De certa forma, não deixa de ser curioso o fato de que em ambos os casos tenham predominado intervenções horizontais por parte dos agentes políticos – caracterizando-se também pela refuta às lideranças e aos partidos mais tradicionais; características que levaram as marchas indígenas e a Guerra da Água a serem compreendidas como manifestações da *multidão*, quase dez anos antes das *revoltas de 2013* provocar reflexão análoga “neste lado da fronteira”. E que, diante dos desdobramentos, os bolivianos tenham optado pelas linhas da política representativa, seguidas dos debates da Constituinte Plurinacional. No mais, frente à necessidade de medir forças perante

o neoliberalismo e ter pela primeira vez um índio à frente da República, somente um pesquisador profundamente refém de seus ideologismos não notaria a natureza deste “novo” pacto.

Quando da primeira eleição presidencial de Morales, não se pode esquecer, os setores mais preocupados com o andamento dos levantes sociais também viram no feito um movimento útil e paradigmático. Para além, percebe-se também que o Estado Plurinacional é um complexo “eixo de encontros e desencontros”. Desde a sua fundação, constam ali possibilidades diversas, qual seja: o Estado como representação de uma classe ou grupo étnico; o Estado como fundamento de uma única orientação, liberal, socialista ou comunitário; o Estado cuja eficiência existe na centralização, que “guia a Nação”; o Estado orientado pela pluralidade das nações (povos indígenas), que inquiram qualquer suspeita de autoritarismo; o Estado como instituição a ser superada, destituído pelas autogestões autóctones, não obstante necessário no presente contexto. Em outras palavras, a CPE pode ser entendida como um documento que representa um processo “ainda” em voga, contraditório e sem rumos certos – muito embora dificilmente qualquer texto desta natureza fosse admitir tal característica.

Se o esgotamento do Estado interveniente de meados do século XX permitiu o “aparecimento do índio”, conforme a tese aqui brevemente descrita, o Estado Plurinacional e Comunitário representa a canalização de novos *encontros* e *desencontros*. Eis o preâmbulo do texto:

En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas

y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia.

El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.

Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.

Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal.

Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos. Nosotros, mujeres y hombres, a través de la

Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país.

Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia.

Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia (BOLÍVIA, 2011).

Concluindo, chama-se a atenção para a toada romântica da passagem. Por mais progressista que possam ser as linhas iniciais da CPE, fica implícito nela a dinâmica *mudança-fixação* que tanto se dedicou a trabalhar neste texto. Reafirmando a autoridade do Estado e lançando mão da plurinacionalidade como elemento de comunicação com a sociedade civil, o texto “se adianta” na luta em defesa da natureza, das diferentes cosmovisões e das riquezas produtivas do país. Representa uma soma de conquistas, por sua vez, não sem as contradições de outros momentos do Estado moderno na Bolívia, tampouco aquém do limite de pôr a *plurinacionalidade* sob a guarda da *Nação*.

REFERÊNCIAS

AGGIO, Alberto: A emersão das massas na política latino-americana e a teoria do populismo. In: AGGIO, Alberto: **Pensar o século XX: problemas políticos e história nacional na América Latina** / organizadores Alberto Aggio, Milton Lahuerta. São Paulo: Editora UNESP, 2003.

ARGUILUZ IBARGUEN, Maya; DE LOS RÍOS, Norma; ZAVALETA MERCADO, René. **Ensayos, testimonios y re-visiones**. Buenos Aires: Miño y Dávila, 2006.

BOLÍVIA. **Constitución política del Estado**. Sucre, 1826. Disponível em: <<http://www.lexivox.org/norms/BO-CPE-18261119-1.xhtml>>. Acesso em: 28 jan. 2015.

_____. _____. Sucre, 1851. Disponível em: <<http://www.lexivox.org/norms/BO-CPE-18510921.xhtml>>. Acesso em: 28 jan. 2015.

BOLÍVIA. **Nueva Constitución Política del Estado**: Aprobada en Referéndum de 25 de Enero de 2009 y promulgada el 7 de febrero de 2009. Estado Plurinacional de Bolivia; actualización en enero de 2011. La Paz: UPS Editorial, 2011.

CAMARGO, Alfredo José Cavalcanti Jordão de: Do Estado de 1952 à Bolívia contemporânea. In: **Bolívia**: a criação de um novo país à ascensão do poder político autóctone das civilizações pré-colombianas à Evo Morales. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 2006.

FEDERACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES MINEROS DE BOLIVIA. **Tesis de Pulacayo-Tesis**: Central de los trabajadores Mineros. La Paz : FSTMB,1946. Disponível em: <http://www.partidoobreroevolucionario.org/pdf/brigada/Tesis_de_Pulacayo.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2015.

KOMADINA, Jorge. **Transformaciones sociales y nuevos sentidos de pertenencia em Bolívia**. In: KOMADINA, Jorge; PORTOCARRERO, Gonzalo: Modelo de identidad y sentidos de pertenencia en Perú y Bolivia. Lima: IEP, 2001, p. 89-114.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**: contribuição semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

MARIÁTEGUI, José Carlos. **Sete ensaios de interpretação da realidade peruana**. São Paulo: Expressão Popular: Clacso, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). **As vertentes do direito constitucional contemporâneo**. América Jurídica, Rio de Janeiro, 2002.

MESA FIGUEROA, José de, et. al.. **Historia de Bolivia**. 5. ed. La Paz: Gisbert, 2003.

MONTENEGRO QUIROGA, Carlos. **Nacionalismo y Coloniaje**. La Paz: Libreria Editorial “Juventud”, 1982.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção nº 107**: concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes. 1957. Disponível em: <http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/legislacao/legislacao-docs/convencoes-internacionais/conv_intern_02.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção nº 169**: sobre povos indígenas e tribais em países independentes e resolução referente à ação da OIT sobre povos indígenas e tribais. 1989. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/info/downloadfile.php?fileId=131>>. Acesso em: 1 jun. 2010.

PINHEIRO, Marcos Sorrilha. As contribuições da sociologia para o desenvolvimento da história intelectual. **História e Cultura**, Franca, v. 3, n. 3, p. 66-88, 2014.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Informe Nacional sobre Desarrollo Humano - 2007**. La Paz : PNUD, 2007.

ROCHA, Leandro Mendes. A configuração do Estado multiétnico e plurinacional na Bolívia. In: **Etnicidade e nação** / Leandro Mendes Rocha (org.). Goiânia: Cãnone Editorial, 2006, p. 9-20.

SANJINÉS, Javier C. **Rescaldos del pasado**: conflictos culturales en sociedades postcoloniales. La Paz: Fundación PIEB, 2009.

SVAMPA, Maristella; STEFANONI, Pablo. **Bolivia**: memoria, insurgencia y movimientos sociales. Buenos Aires : El Colectivo, CLACSO, 2007.

ZAVALETA MERCADO, René. **Lo nacional-popular en Bolivia**. La Paz: Plural, 2008.

DISCURSO RELIGIOSO E COMPORTAMENTO ELEITORAL NO BRASIL: UMA PONDERAÇÃO SOBRE A CONFIGURAÇÃO DO ABUSO DE PODER

Marina A. Morais¹

RESUMO

É recorrente a discussão sobre a presença religiosa no meio político brasileiro, notadamente quando se confronta a garantia de um Estado laico com a crescente ocupação das diversas esferas políticas por lideranças religiosas. Nesse contexto, o trabalho insere-se na discussão sobre o papel de líderes religiosos na arena eleitoral. Especificamente, analisa-se a intensidade da influência exercida pelo discurso proferido no templo religioso na formação da opinião política dos fiéis, mediante análise dos dados do LAPOP 2016/17. Mediante uso de técnicas estatísticas descritivas e inferências foi possível concluir que, ao contrário do que se imagina, o discurso proferido pelo líder religioso não é o fator decisivo na formação da opinião política dos fiéis.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Abuso de poder 2. Religião
3. Comportamento político

¹ Advogada. Mestranda em Ciência Política pela Universidade Federal de Goiás – UFG. Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás e especialista em Direito Eleitoral pela Universidade Cândido Mendes – RJ. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político – ABRADep. Coordenadora de Estudos Eleitorais da OAB/GO.

1 Introdução

A presença religiosa no meio político brasileiro tem aumentado de maneira significativa nos últimos anos (ORO, 2003; ORO e URETA, 2007; ALVIM, 2019), fomentando debates sobre um possível confronto entre esse crescimento e a garantia de um Estado laico.

Vários pontos podem ser analisados acerca desse ingresso de líderes religiosos na arena política brasileira. Num primeiro momento, antes mesmo de ocuparem cargos eletivos, essas lideranças se envolvem de campanhas eleitorais, podendo influir favorecendo candidaturas tanto próprias quanto de outros candidatos ou plataformas com que se simpatizem.

No contexto de um país com fortes tradições religiosas, a investigação acerca da amplitude dessa influência sobre a formação da opinião política se torna necessária pela Academia, a fim de instruir, se necessário, meios de combate a essas práticas, garantindo a laicidade do Estado e a manifestação livre de vontade do eleitor.

O presente trabalho se propõe a testar a intensidade da influência exercida pelo discurso proferido no templo religioso na formação da opinião política dos fiéis, mediante análise dos dados do LAPOP 2016/17.

A primeira parte do artigo fará breves reflexões sobre o conceito de laicidade e sua aplicação normativa e social no Brasil. Após, serão analisados os dados do Barômetro das Américas de 2016/2017, um conjunto de pesquisa de opinião realizado pelo *Latin American Public Opinion* (LAPOP), da *Vanderbilt University*, a fim de investigar se há, e em que intensidade, uma influência na opinião política dos fiéis formada pelo teor do discurso dos líderes religiosos (VANDERBILT UNIVERSITY, 2017).

Por fim, são tecidas considerações finais, no sentido de indicar que as falas do líder religioso não são fator determinante na formação da opinião política dos fiéis, sendo certo que, naturalmente, não

se deve subestimar a inserção religiosa na política, reduzindo-a a uma simples manifestação de uma cultura religiosa corporativa, por outro lado, também não cabe supervalorizá-la, vendo-a como catalizadora de abusos no cenário da política brasileira.

2 Religião e política no Brasil: um Estado laico?

O Brasil é um país com traços culturais influenciados, em boa medida, pelo catolicismo, que é a religião com maior quantidade de fiéis, conforme dados da *Central Intelligence Agency* norte-americana². Esse cenário tem raízes históricas e se inicia com a vinda dos portugueses que, além de explorar as riquezas naturais do país, foi igualmente caracterizada pelas missões jesuíticas, com um cunho civilizador e evangelizador, que buscava difundir o ideal da sociedade cristã europeia. Nas palavras de Oro e Ureta (2007, p. 282-283)

[...] a expansão ibérica significou também a expansão do catolicismo na América Latina, mediante a união da cruz e da espada, do trono e do altar, fato este que não mudou durante as décadas e os séculos, mesmo com a constituição dos Estados-Nações no continente, posto que muitos países adotaram legalmente o catolicismo como religião oficial.

Embora o Brasil tenha de certo modo se desvinculado da hegemonia católica, pois, ao contrário de outros países da América Latina, não positiva em sua Carta Maior a adoção do catolicismo como

2 (UNATED STATES OF AMERICA, 2010).

religião oficial³ e, em especial, diante do crescimento das igrejas protestantes no país, ainda se percebe um caráter extremamente religioso na formação brasileira, em que aproximadamente 92% da população se declara adepta a alguma religião. A tabela a seguir exprime a realidade religiosa no Brasil:

Tabela 1 - Quadro religioso no Brasil

Católico romano	64,60%
Outros católicos	0,40%
Protestantes*	22,20%
Outros cristãos	0,70%
Espíritas	2,20%
Outros	1,40%
Nenhuma religião	8%
Não especificado	0,40%

* inclui Adventistas: 6.5%, Assembleia de Deus: 2.0%, Congregação Cristã do Brasil: 1.2%, Igreja Universal do Reino de Deus: 1.0%, outras religiões Protestantes: 11.5%

3 Na América Latina, Argentina, Bolívia e Costa Rica ainda adotam regimes de Igrejas de Estados. O artigo 2º da Constituição Federal Argentina de 1994 prescreve: “El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano”. Na Bolívia, o artigo 3º da Constituição de 1967, reformulada em 1999, diz: “El Estado reconoce y sostiene la religión católica, apostólica y romana. Garantiza el ejercicio público de todo otro culto. Las relaciones con la Iglesia Católica se regirán mediante concordatos y acuerdos entre el Estado Boliviano y la Santa Sede.” Por fim, a Costa Rica, em sua Constituição Federal de 1949, revista em 2003, confirma, no artigo 75, a adoção do catolicismo, nos seguintes termos: “La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la del Estado, el cual contribuye a su mantenimiento, sin impedir el libre ejercicio en la República de otros cultos que no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres.”

Ainda, seis países latino-americanos, a saber, Guatemala, El Salvador, Panamá, República Dominicana, Peru e Paraguai adotam o regime de separação Igreja-Estado com dispositivos particulares em relação à Igreja Católica, pois embora desvinculem o Estado da religião, possuem em seu ordenamento alguns dispositivos que beneficiam o clero católico.

Fonte: Elaboração própria mediante dados fornecidos pela CIA – The World Fact Book, com base em dados do censo de 2010 (UNATED STATES OF AMÉRICA, 2010).

O Brasil é um Estado laico, por definição, pois a laicidade depreende um Estado que prescindia da religião, e que já não mais a requeira “como elemento de integração social ou como cimento para a unidade nacional [...]. Por isso, o Estado laico surge realmente quando a origem dessa soberania já não é sagrada e sim popular” (BLANCARTE, 2000, p. 3, apud Oro, 2011, p. 222).

Não se deve, portanto, confundir a laicidade com a total ausência de contorno religioso na organização social, pois ela diz respeito, principal e fundamentalmente, ao Estado.

No caso do Brasil, se por um lado está expressa uma laicidade formal, contida no art. 5º, VI, da Constituição Federal⁴, no plano material ainda se identifica uma lacuna no cumprimento deste ideal. Exemplo clássico está na presença do crucifixo em locais públicos como tribunais, hospitais, prisões, parlamentos, e mesmo em escolas, o que aponta para uma violação do dispositivo constitucional de dissociação Igreja-Estado, além de evidenciar um tratamento não equitativo entre religiões cristãs e não cristãs.

Evoluindo no rol exemplificativo, a composição litúrgica dos parlamentos brasileiros transcende a mera presença reificada do crucifixo, incorporando aos altares legislativos a figura do próprio líder religioso. A presença recorrente de candidatos oriundos dos meios

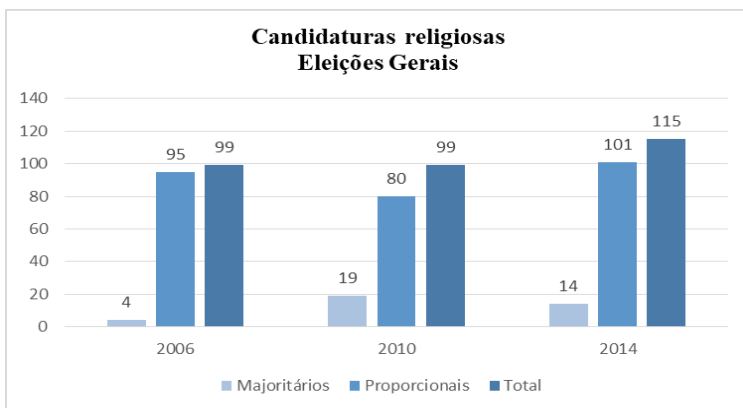
4 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

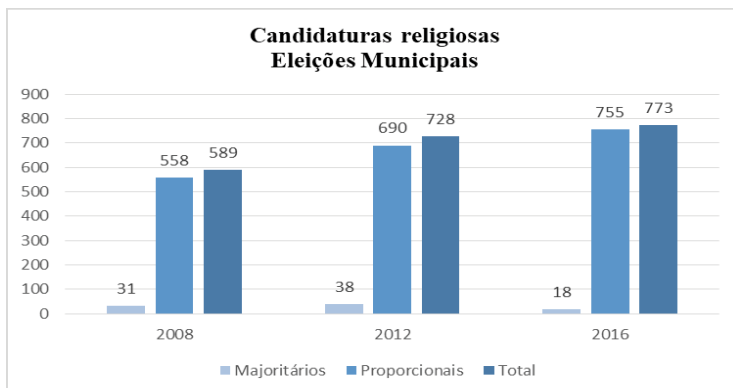
religiosos é demonstrado pelas estatísticas eleitorais, conforme gráficos abaixo.

Gráfico 1 - Candidaturas de líderes religiosos em Eleições Gerais



Fonte: Elaboração própria, com dados do Sistema Divulgacand do TSE. <<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/>> (BRASIL, 2016).

Gráfico 2 - Candidaturas de líderes religiosos em Eleições Municipais



Fonte: Elaboração própria, com dados do Sistema Divulgacand do TSE. <<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/>> (BRASIL, 2016).

A presença significativa de candidatos representantes de segmentos religiosos, ainda que flutuante entre os pleitos, tem trazido à voga questionamentos sobre a efetividade da dissociação Estado-Igreja no contexto da laicidade brasileira.

É bem verdade que a integração destes líderes na composição das bancadas não fere o sentido orgânico de um Estado laico, porquanto não significa que a unidade nacional, tampouco a soberania do Estado estejam ligadas a um contexto religioso. Todavia, atraindo para a pauta legislativa matérias e opiniões próprias do debate religioso, o que pode representar a ruptura de uma separação efetiva entre as instituições.

As análises desenvolvidas nos próximos tópicos se ocupam, portanto, de investigar a força exercida pelo discurso religioso no comportamento político da população brasileira, a fim de investigar se é lícito cogitar uma ruptura de laicidade ocasionada pelo crescimento de bancadas religiosas no parlamento.

3 Discurso político em ambiente religioso: análise dos dados

Sendo certa a presença de um maior número de líderes religiosos que se envolvem na política, o que foi demonstrado pelas estatísticas do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), indicando o aumento no número de candidaturas religiosas, cumpre perquirir se esses líderes têm se utilizado dos espaços religiosos a fim de influenciar na formação da opinião política dos cidadãos (BRASIL, 2016).

Isso porque, naturalmente, a possível influência religiosa não se cinge ao plano da efetiva candidatura do líder religioso, que também pode exercer seu poder a favor de outros candidatos ou plataformas políticas.

O LAPOP 2016/2017, entre as perguntas destinadas aos entrevistados brasileiros, incluiu um questionamento sobre se o líder religioso se manifestou sobre o Impeachment da Presidente Dilma Rousseff; e, em caso positivo, se a favor ou contra. Depois, foi per-

guntado ao entrevistado sua opinião acerca do Impeachment, oferecendo uma escala de Likert que variava entre discordo fortemente e concordo fortemente. Com base nas respostas obtidas, foi possível formular as seguintes tabelas:

Tabela 2 - Líder religioso se manifestou sobre o Impeachment da Presidente

Líder religioso falou sobre o Impeachment de Dilma Rousseff	Frequência	Porcentagem
Sim	410	26,99
Não	1109	73,01
Total	1519	100

Fonte: elaboração própria com base nos dados do LAPOP 2016/2017 - Brasil, <<http://datasets.americasbarometer.org/database/index.php?freeUser=true#>>

Tabela 3 - Líder religioso se manifestou contra ou a favor do Impeachment

Conteúdo do discurso do líder religioso sobre Dilma Rousseff	Frequência	Porcentagem
A favor	100	24,69
Contra	91	22,47
Não falou contra nem a favor (neutro)	212	52,35
Total	403	99,51

Fonte: Elaboração própria com base nos dados do LAPOP 2016/2017 - Brasil, <<http://datasets.americasbarometer.org/database/index.php?freeUser=true#>>

Num primeiro plano, é possível extrair que, com alguma frequência, os líderes religiosos se manifestam acerca de assuntos políticos relevantes, uma vez que 26,99% deles, dentro da amostra, se ocuparam de tratar de um acontecimento político relevante, no caso, o *impeachment*.

Por outro lado, não é possível estabelecer um posicionamento homogêneo na amostra, porquanto não há uma discrepância tão relevante entre o número de líderes que se posicionou contra a perda do cargo ou favor da perda pela então Presidente. Ademais, metade daqueles que falaram sobre o evento foram neutros na emissão de suas opiniões.

Tabela 4 - Opinião do entrevistado sobre o Impeachment

Impeachment de Dilma foi justo	Frequência	Porcentagem
Discordo fortemente	312	20,54
2	127	8,36
3	129	8,49
4	152	10,01
5	157	10,34
6	159	10,47
Concordo fortemente	483	31,08
Total	1519	100

Fonte: Elaboração própria com base nos dados do LAPOP 2016/2017 - Brasil, <<http://datasets.americasbarometer.org/database/index.php?freeUser=true#>>

Tabela 5 - Relação entre conteúdo do discurso do líder religioso e opinião do entrevistado sobre o Impeachment

Conteúdo do discurso do líder religioso sobre Dilma Rousseff	Impeachment de Dilma foi justo							Total
	Discordo fortemente	2	3	4	5	6	Concordo fortemente	
A favor	19	8	4	5	7	7	49	99
Contra	29	8	6	8	9	4	27	91
Não falou contra nem a favor	32	21	18	17	20	25	77	210
Se apresentou de maneira diferente	0	1	1	0	0	0	0	2
Total	80	38	29	30	36	36	153	402

Fonte: Elaboração própria com base nos dados do LAPOP 2016/2017 - Brasil, <<http://datasets.americasbarometer.org/database/index.php?freeUser=true#>>

Quando se parte para a análise da opinião dos entrevistados acerca do *impeachment*, nota-se uma polarização de opiniões. As maiores intensidades de respostas à pergunta estão nos extremos, concordando ou discordando fortemente, e dispersadas entre as respostas menos incisivas.

O ponto mais relevante para o presente estudo está reproduzido na Tabela 5, que relaciona se o conteúdo do discurso do líder religioso teve o condão de afetar a opinião dos entrevistados acerca do acontecimento político.

O resultado da análise, todavia, não permite produzir inferências com segurança. Ainda que nos casos em que o líder se manifestou a favor do *impeachment* tenha havido uma leve tendência dos entrevistados a acompanhar esse entendimento, o mesmo não ocorreu quanto os casos em que o líder se posicionou de maneira contrária.

Diante dos dados, portanto, não é possível afirmar que a emissão de opiniões políticas por parte do líder religioso tem o condão de influenciar efetivamente o comportamento dos correligionários.

4 Impacto do discurso religioso na formação da opinião política e eleitoral: um meio termo

É natural que as ordens religiosas possuam interesse no desenrolar de determinadas matérias de cunho político, notadamente aquelas que se referem a questões sensíveis como matrimônio, prostituição, jogos, aborto, ensino religioso nas escolas, educação sexual e de gênero, e mesmo questões tributárias, como imunidade, que acaba tendo reflexo direto na seara eclesiástica. Neste sentido:

[...] os movimentos religiosos, enquanto detentores de uma específica mundivivência que entendem verdadeira e que, por isso mesmo, desejam ver prevalecida na sociedade, também devem ser encarados como grupos de interesses que desejam convencer a sociedade quanto as suas ideias e, também, influenciar o comportamento do Estado [...]

Tal reconhecimento [...] não pode ser encarado sob qualquer viés restritivo ou negativo, pois, numa sociedade plural, a variedade de ideias deve ser desejada a estimulada, sendo certo que as Igrejas, além de se posicionarem em relação

a assuntos vinculados à fé, também possuem, como sabido, suas particulares convicções a respeito de assuntos políticos, sociais, econômicos, científicos, de saúde pública, desempenhando, portanto, um importante papel social (PINHEIRO, 2013, p. 481).

Não deve ser ignorado, todavia, o poder que as organizações religiosas possuem, podendo inclusive interferir no equilíbrio de forças eleitorais. Desse modo, sua interferência, em especial na escolha de candidatos a cargos eletivos, deve ser analisada com cuidado. Portanto, “não se trata de criminalizar a religiosidade, mas de dessacralizá-la, tratando-a como o fato sociológico que é, sem prejuízo da necessidade de se tomar em conta os seus princípios regentes, suas garantias específicas e demais particularidades” (ALVIM, 2019, p. 280)

As relações de poder somente são adequadamente entendidas quando consideradas as condições do sistema em que se inserem. Não é recomendável, neste contexto, ignorar aspectos sociais relevantes na análise dos fenômenos de comportamento político.

No caso das relações de natureza religiosa, faz-se necessário cuidado redobrado. Se por um lado, o interesse dessas organizações em matéria política é justificável, devendo até ser encorajado em razão de representar um nicho considerável da população, por outro, suas especificidades tornam essa participação mais perigosa.

Como asseverava a clássica afirmação de Karl Marx, “a religião é o ópio das massas” e, em determinados contextos, pode funcionar como mecanismo de adstração de oprimidos, como já advertia Maquiavel ao tratá-la como arma poderosa em toda e qualquer luta política (CASSIER, 1947 apud MORATÓ, 2007, p. 272).

Notadamente, a efetividade do discurso religioso se origina primordialmente de uma manipulação da questão do sagrado, da qual emana uma força social que produz resultados diretos no dire-

cionamento dos sentimentos coletivos (CASAL, 2012, p. 103 apud ALVIM, 2019, p. 282).

Nasce assim um conflito entre a importância de representação da opinião de considerável parcela da população e a necessidade de se evitar a manipulação de opiniões por meio de um discurso místico e transcendental.

Parece pertinente considerar que os líderes religiosos gozam de respeito e prestígio perante a comunidade, facilitando a conversão desses sentimentos em obediência e apoio, e que não se pode, por conveniência, conceituar essa adesão como abuso de poder. Bem esclarece Alvim (2019, p. 291) que:

Por razões intuitivas, considera-se muito mais simples e orgânico o trabalho em prol de frequentadores da própria comunidade religiosa, em favor dos quais operam tanto a lógica natural do corporativismo como a eficácia do facilmente assimilável lema “irmão vota em irmão”. Nesses casos, a transferência de prestígio efetuada pelo ministro religioso vem ao encontro de uma predisposição para a identificação do fiel com o candidato apoiado, resultante do compartilhamento de laços afetivos, sociais e/ou religiosos.

Tudo posto, soa razoável pontuar que o único ponto a ser combatido em matéria de influência do discurso religioso sobre a formação de opinião dos fiéis no atual contexto são os excessos que configurem efetiva pressão política, incorporando-se as demais manifestações como um fenômeno social natural.

5 Conclusão

A despeito da variedade de enfoques que possam ser dados às

breves considerações trazidas neste artigo, havia dois pontos principais a serem tratados. O primeiro deles consistia em testar a hipótese de que o discurso religioso ostenta significativo impacto na formação da opinião política brasileira, o que, conforme visto, não se confirmou.

Uma vez que não há evidência concreta de que o líder religioso forme de maneira direta a opinião de seus fiéis, restou a discussão de possível ofensa à laicidade no contexto de interferência da religião na política brasileira atual.

Com efeito, malgrado a separação oficial entre Igreja e Estado, a história das relações entre política e religião no Brasil sugere menos a existência de autonomia e oposição entre esses campos do que de continuidade. Verifica-se no Brasil, portanto, um arrefecimento da distinção entre religião e uma luta para ampliar a dimensão religiosa do espaço público e não por laicizá-lo (ORO, 2003, p. 65).

Essa situação se dá principalmente como consequência da própria cultura brasileira, indissociável do cunho religioso. Mesmo com a modernização social, a religião ainda é traço marcante e distintivo do comportamento brasileiro, culminando numa relação delicada entre religião e política.

Aliás, seria mesmo interessante questionar se a flutuação das fronteiras entre religião e política não se dá exatamente em razão da descrença de modo geral em relação à política em si, transferindo o plano da problemática de um suposto abuso de poder religioso crescente para um desencantamento com a democracia de modo geral.

Por se tratar de um campo subjetivo, em que os dados pouco comprovam, parece ser adequada uma postura epistemológica em que não se subestime a inserção religiosa na política, reduzindo-a a uma simples manifestação de uma cultura religiosa corporativa, mas tampouco a supervalorizá-la, vendo-a como catalizadora de abusos no cenário da política brasileira.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Frederico. **Abuso de poder nas competições eleitorais**. Curitiba: Juruá, 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Divulgaand**: Sistema de Divulgação de Candidaturas e Contas. Disponível em: <<http://divulgaandcontas.tse.jus.br/divulga/#/>>. Acesso em: 18 ago. 2019.

MORATÓ, Javier Del Rey. **Comunicación política, internet, y campañas electorales**: de la teledemocracia a la ciberdemocracia. Madrid: Tecnos, 2007.

ORO, Ari Pedro; URETA, Marcela. Religião e política na América Latina: uma análise da legislação dos países. **Horizontes Antropol.** ano 13, n. 27, p. 281-310, jan./jun. 2007.

ORO, Ari Pedro. A política da igreja universal e seus reflexos nos campos religioso e político brasileiros **Rev. Bras. Ciênc, Soc.**, v. 18, n. 53, p. 53-69, out. 2003.

_____. A laicidade no Brasil e no ocidente : algumas considerações. **Civitas : Rev. Ciênc. Soc.**, v. 11, n. 2, p. 221-37, mayo/ago. 2011.

PINHEIRO, Maria Claudia Bucchianeri. Religião e política: entre a liberdade de manifestação do pensamento e o “abuso de poder religioso. In: /ANJOS FILHO, Roberto Nunes (org.). **Direitos humanos e direitos fundamentais** : diálogos contemporâneos. São Paulo: Juspodium, 2013. p. 472-96.

UNITED STATES OF AMERICA. Central Inteligency Agency. **The World Fact Book**. 2010. Disponível em: <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/br.html>>. Acesso em: 18 ago. 2019.

VANDERBILT UNIVERSITY. **Latin American Public Opinion (LAPOP)**, 2016-2017. Disponível em: <<http://datasets.americasbarometer.org/database/index.php?freeUser=true#>>. Acesso em: 18 ago. 2019.

ESTATISMO, DEMOCRACIA E VOTO: UMA PERSPECTIVA CONTEMPORÂNEA DO CORONELISMO NO PROCESSO ELEITORAL¹

Patrícia de Castro Sousa Simionato²

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto a análise do Coronelismo da Primeira República e sua relação com o neocoronelismo. O objetivo é demonstrar como esses fenômenos atuam no processo eleitoral e deformam a concepção clássica de Democracia. A metodologia empregada é a documental e de levantamento bibliográfico, tendo como referencial teórico a obra “Coronelismo, Enxada e Voto”, de Victor Nunes Leal, jurista que realizou uma análise relevante e considerada pela doutrina referência no tema. Conclui-se que o coronelismo arrefeceu graças às conquistas sociais e econômicas ao lado da evolução tecnológica e jurídica, mas ainda subsiste em sua vertente atual, o neocoronelismo.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Coronelismo 2. Neocoronelismo
3. Democracia 4. Processo eleitoral

1 TCC apresentado e aprovado com nota máxima na Graduação em Direito da Faculdade Batista de Minas Gerais (FBMG), adaptado para publicação em artigo.

2 Técnica Judiciária em exercício no TRE-MT, graduada em Direito pela Faculdade Batista de Minas Gerais (FBMG), graduada em Comunicação Social (Jornalismo) pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG) e Mestre em Letras (Estudos Literários) pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Lecionou as disciplinas de Ciência Política e Teoria Geral do Estado, Hermenêutica Jurídica e Direito Civil I na União das Faculdades do Mato Grosso (Unifama Guarantã do Norte-MT) e na Faculdade de Matupá-MT (FAMA), sendo atualmente professora compromissada com as disciplinas de Português e Linguagem Jurídica.

1 Democracia: evolução histórica e principais aspectos

A noção de Democracia começa a ser delineada ainda na Grécia Antiga, em que Aristóteles deu importante contribuição ao tema, especialmente na sua obra clássica “A Política”. A ideia de “Governo do Povo” parte, assim, da perspectiva grega, período em que o Estado se confundia com a própria *pólis* (cidade).

A participação política se dava de maneira direta, a partir de reuniões do povo em praça pública (Ágora) onde se discutiam questões militares, julgavam-se crimes, criavam-se leis, entre outras atribuições que reuniam funções típicas de Estado. Considera-se, assim, a Grécia o berço da democracia Direta, sendo a Ágora comparável ao parlamento da modernidade.

Na visão Aristotélica, a Democracia inclui-se na classificação das “Formas de Governo” ao lado da Monarquia e da Aristocracia, utilizando-se o pensador do critério numérico para definir cada uma destas:

A monarquia, a primeira dessas formas, representa, segundo Aristóteles, o governo de um só. [...]. A aristocracia, como segunda forma, na classificação de Aristóteles, significa o governo de alguns, o governo dos melhores. [...] Quanto ao terceiro tipo de governo, contido nessa classificação, Aristóteles fá-lo corresponder à Democracia, governo que deve atender na sociedade aos reclamos de conservação e observância dos princípios de liberdade e de igualdade (BONAVIDES, 2000, p. 248-249).

Cumprе mencionar que, na Democracia preconizada por Aristóteles, a noção de “povo” era bastante restrita. O poder político limitava-se aos ditos “homens livres”, excluindo-se, assim, a maioria

escrava, bem como os artesãos e comerciantes, do que restava uma minoria com legitimidade para o exercício das atividades políticas, portanto. Nesse sentido, tem-se que “a virtude política, que é a sabedoria para mandar e obedecer, só pertence àquele que não tem necessidade de trabalhar para viver, não sendo praticar-se a virtude quando se leva a vida de artesão ou mercenário” (DALLARI, 2003, p. 146).

Entretanto, apesar da referida limitação imposta ao exercício da atividade política pelo povo, não se pode negar a influência das ideias gregas para a concepção atual de democracia, especialmente no aspecto de se notabilizar enquanto “governo do povo”, o qual ampliou consideravelmente o espectro de participação popular na atualidade, como se verá (DALLARI, 2003).

Na Roma Antiga, com Cícero, acrescenta-se mais uma forma de governo em relação à Aristotélica: o misto. Este se caracteriza pela imposição de limites aos modelos aristotélicos (monarquia, aristocracia e democracia), mediante instituições, tais como o Senado aristocrático ou a Câmara democrática, lembrando a lógica parlamentarista e o sistema de freios e contrapesos. Tanto é que, conforme Bonavides (2000) “autores modernos que admitem a existência da forma mista de governo, entendem que a Inglaterra oferece contemporaneamente o mais persuasivo exemplo dessa modalidade de organização do governo” (BONAVIDES, 2000, p. 250).

Seguindo o percurso da História, chega-se ao período Medieval, época em que se verifica um enfraquecimento do debate em torno do ideário democrático durante a Alta Idade Média (Séculos V ao X), dada a descentralização e a instabilidade política características da era feudal (PASSOS, 2017).

Lado outro, a Baixa Idade Média (Séculos XI ao XV) retoma a discussão acerca de ideias democráticas, oportunidade em que os juristas medievais tecem a “teoria da soberania popular”, o que contribuiu para a noção atual de democracia. Para Passos

[...] é importante destacar a preocupação que motivava esses juristas medievais. Questionava-se, à época, se o povo poderia criar leis por meio da participação política por meio de seus representantes ou também por meio dos costumes. A importância do debate sobre este tema, sob o ponto de vista da democracia, está no fato de que foi estabelecida, desde então, a ideia de que ‘a fonte originária deste poder [soberano] seria sempre o povo e abriu o caminho para a distinção entre a titularidade e o exercício do poder’ (BOBBIO, 1998, p. 321 apud PASSOS, 2017, p. 56), elementos que são fundamentais para o conceito de democracia da atualidade.

Dito isso, têm-se delineadas as concepções embrionárias do Poder Legislativo e Executivo na Era Medieval, do que se conclui, a partir das teorias medievais, que o Poder legislativo pertence apenas ao povo, delegando-se a sua mera execução, ou seja, a possibilidade de governar conforme essas mesmas leis. Assim,

O Poder Legislativo - ainda não clara ou expressamente definido, mas já esboçado - pertence exclusivamente ao povo, sendo, portanto, o principal poder quando comparado ao outro também então esboçado - qual seja, o Poder Executivo, que por ser um poder derivado, pode ser delegado, pelo povo, a outras pessoas que irão exercê-lo, por meio de um mandato revogável (PASSOS, 2017, p. 57)

Com o passar dos séculos, o ideário democrático ganha mais força e, de fato, estabelece-se no mundo ocidental apenas no Século

XVIII, quando as circunstâncias históricas impulsionaram as lutas contra o Absolutismo. Nesse contexto, estava aberto o caminho para a burguesia galgar poder político, o que oportunamente se coadunava com os princípios democráticos pautados no “governo do povo”.

Historicamente, ensina Dallari (2003), que os movimentos da Revolução Inglesa - amplamente influenciada pelas ideias contratuálistas de John Locke -, os ideais antiabsolutistas da Revolução Americana formalizadas na Declaração de Independência de 1776 e, finalmente, a Revolução Francesa fortemente inspirada na obra clássica “O Contrato Social”, de Jean-Jacques Rousseau, transpuseram do plano teórico para o prático os fundamentos dos Estados Democráticos modernos.

Portanto, verifica-se, ao longo da história, que a base conceitual da Democracia está na ideia de governo do povo, o que se deduz a partir da própria etimologia da palavra que deriva do grego *demo* (povo) e *krátos* (poder). Entretanto, percebe-se uma dificuldade em se atribuir um conceito fechado à Democracia, dada a sua fundamentação histórica milenar e suas relações/divergências com as conceituações mais modernas que atribuem a ela, por exemplo, classificações que remontam aos séculos XIX e XX, quais sejam: Democracia Liberal, Social Democracia e Democracia Elitista.

Primeiramente, a Democracia Liberal se caracteriza pela aplicação dos princípios do Liberalismo ao seu conceito, prezando pelos direitos individuais em face do Estado, dentro da lógica de intervenção mínima do ente Estatal na vida privada dos indivíduos e grupos sociais. Este modelo democrático se coloca, então, em sentido oposto à Democracia estabelecida na Grécia Antiga, em que apenas o cidadão político era denominado de “Homem Livre”, estando essa liberdade vinculada ao dever de participação política, o que, no âmbito da doutrina liberal, significa uma contradição. Ou seja,

[...] para os antigos, livre era aquele indivíduo que participava diretamente na formulação das

leis – este inclusive era o critério que definiria o indivíduo como cidadão naquele momento histórico. [...] Por sua vez, a liberdade dos modernos é uma liberdade de ação individual que permite ao indivíduo, inclusive, escolher se quer participar do processo político [...] É por esse motivo que os liberais rejeitam a democracia direta, já que esta pressupõe a obrigatoriedade de participação do indivíduo na esfera política (PASSOS, 2017, p. 58).

A Social Democracia, por sua vez, adota uma tônica coletivista, colocando em perspectiva uma atuação positiva do Estado no sentido de minimizar as desigualdades econômicas. Para Gianturco (2017), pressupõe a consolidação de um Estado de Bem Estar Social, capaz de assegurar à população uma rede de proteção mínima por meio de políticas de redistribuição de renda. Além disso, preza pela existência de bens públicos e setores estratégicos estatais.

Finalmente, superando a dicotomia Socialismo *versus* Liberalismo, surge, no século XX, a concepção de Democracia Elitista, cuja ideia é a de que, historicamente, grupos minoritários sempre compuseram a Classe Política. Ou seja, supera-se a tríade Aristotélica (aristocracia, oligarquia e democracia), já que, para essa corrente, haveria apenas oligarquia. Nesse contexto, contemporaneamente, os grupos minoritários de disputa se organizam em partidos políticos, concorrentes entre si, cada qual buscando angariar votos dos eleitores, que é o que lhes garante a assunção ao poder na Democracia Representativa. Com a Teoria das Elites, redefine-se o próprio conceito de Democracia:

Significa dizer, por um lado, que um grupo sairá vencedor, o que corrobora a ideia de que é a minoria que efetivamente exerce o poder políti-

co; por outro significa dizer que o grupo só sairá vencedor no certame eleitoral se obtiver a maioria dos votos – elemento aqui que se apresenta como tributário da soberania popular e da vontade geral, expressos por meio de eleições em que todos os cidadãos têm, igualmente, o direito de votar, o qual é devidamente exercido com respeito às regras jurídicas estabelecidas (PASSOS, 2017, p. 62-63).

Há ainda quem considere a Democracia meio/método para se instituir como se decide, o que não abrange o conteúdo e os impactos da decisão em si. A Democracia seria, assim, formal e não substancial: por democracia se foi “entendendo um método ou conjunto de regras de procedimento para a constituição de um governo e para a formação das decisões políticas. O que irá variar é o conteúdo ou as consequências que se espera da aplicação de tais regras” (BOBBIO, 1998, p. 326 apud Passos, 2017).

É notório, pois, que é árdua a tarefa de se fixar um conceito para esse instituto histórico e milenar, tendo em vista a sua longa e permanente evolução ao lado das mais distintas ramificações teóricas. Para Passos (2017, p. 255)

[...] falar sobre o conceito de democracia configura-se sempre um desafio, e isto por inúmeras razões. Seja porque o conceito possui certo ‘en-deusamento’, como se tudo que fosse democrático fosse automaticamente bom: seja porque o conceito tem uma origem antiga, por um lado, ao mesmo tempo em que, por outro, a atualidade do conceito seja bem diferente da sua origem; seja porque a democracia é comumente apresentada de maneira adjetivada, o que permite a interpre-

tação do conceito conforme o interesse do locutor; ou seja porque, na prática, inúmeros regimes políticos que não são democráticos se intitulam como tal

Portanto, com base nessa revisão histórica e teórica, entende-se, neste trabalho, a Democracia brasileira contemporânea a partir do viés filosófico/sociológico, que traz à tona as vantagens e fraquezas do sistema. Quer dizer, a ampliação progressiva do sufrágio conferiu maior participação popular, aproximando-a do conceito basilar de “governo do povo”, o que é, sem dúvida, positivo.

Entretanto, a realidade brasileira ainda apresenta falhas a serem superadas, com vistas a coaduná-la objetivamente com o caráter socialdemocrata da Constituição Federal de 1988. Apesar dos avanços e do fortalecimento da Justiça Eleitoral e da Legislação respectiva, faz-se necessário um contínuo aperfeiçoamento e revisão dos mecanismos de controle e participação, a fim de que os eleitores sejam efetivamente parte da condução das políticas públicas e das decisões tomadas por terceiros, seus representantes eleitos.

Como ensina Dallari ao caracterizar os mandatos políticos no âmbito da democracia representativa, o mandatário, embora eleito por uma parcela do povo, tem plena autonomia e independência para decidir em nome de todos, sem necessidade de ratificação das decisões que obrigam, inclusive, quem a elas se oponha. Assim, o representante é “irresponsável”, “não sendo obrigado a explicar os motivos pelos quais optou por uma ou outra orientação” (DALLARI, 2003, p. 158). Nessa esteira, Francisco Alpendre dos Santos afirma:

Conquistamos o direito de votar e de sermos votados – de viver num país que, inegavelmente, o sufrágio universal foi consagrado constitucionalmente. Só que comparada à democracia de

inspiração grega e rousseuniana, é inegável que vivemos uma crise (SANTOS, 2007, p. 124).

2 Democracia e coronelismo da primeira república: a perspectiva de Victor Nunes Leal

Na sua clássica obra “Coronelismo, Enxada e Voto”, cuja primeira edição é de 1949, Victor Nunes Leal teceu um diagnóstico acerca das práticas que vivenciou no interior de Minas Gerais. A partir de uma análise empírica e de um apurado conhecimento teórico, o autor desenvolveu uma tese acerca de um sistema que denominou de Coronelismo, no qual uma elite municipal agrária - os coronéis - angariavam recursos públicos e, em troca, retribuía favores - votos - para o governo (LEAL, 1975). “Seu estudo levou em conta a presença do município, assim como o relacionamento com os demais poderes públicos do país, o estadual e o federal” (LIMA SOBRINHO, 1975, p. 14)

O autor, nascido em 1914, na cidade de Carangola-MG, teve contato com a organização rural do interior, bem como com as disputas políticas nessa ambiência, o que foi primordial para o empirismo e confecção da sua obra mais importante. O *ethos* que permeou infância e juventude do jurista, com episódios vívidos do coronelismo interiorano, impulsionaram sua habilidade teórica, com vistas a decodificar as facetas e engrenagens deste fenômeno social ao longo da referida obra.

Assim, o contexto histórico do estudo de Leal (1975) limita-se ao período da Primeira República (1889-1930), momento em que o poder privado dos senhores de terra inicia seu processo de decadência e, concomitantemente, o poder público assume o protagonismo, dando lugar a uma simbiose entre ambos, já que os chefes locais necessitavam manter seus *status* e auferir recursos, enquanto que os chefes políticos precisavam dos votos dos munícipes, neste cenário

em que despontavam não apenas o sufrágio amplo, mas também a República e o Federalismo. “Cria-se, assim, um círculo, onde o governo legitima-se através dos votos de cabresto e os coronéis mantêm-se alimentados pelos cofres públicos” (FAVETTI, 2008).

Victor Nunes Leal então define o coronelismo como uma manifestação *sui generis* do poder privado que se alastrou durante toda a história colonial do Brasil e que, ao perder força, amolda-se ao regime político representativo, não para simplesmente sobreviver, mas para com ele coexistir:

O coronelismo é sobretudo um compromisso, uma troca de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social dos chefes locais, notadamente dos senhores de terras. Não é possível, pois, compreender o fenômeno sem referência à nossa estrutura agrária, que fornece a base de sustentação das manifestações de poder privado ainda tão visíveis no interior do Brasil. Paradoxalmente, entretanto, esses remanescentes de privatismo são alimentados pelo poder público, e isto se explica justamente em função do regime representativo, com sufrágio amplo, pois o governo não pode prescindir do eleitorado rural, cuja situação de dependência ainda é incontestável (LEAL, 1975, p. 20).

Portanto, o núcleo conceitual do Coronelismo consistia neste sistema político pautado em uma relação de compromisso entre o decadente poder privado e o poder estatal fortalecido. Nesse cenário, o fenômeno coronelista é, antes, sintoma de fraqueza e não de força do “Coronel”, o qual representa em si a adequação do Poderio Privado ao fortalecimento do espaço público e à ampliação do eleitorado:

O ‘Coronelismo’ assenta, pois, nessas duas fraquezas: fraqueza do dono de terras, que se ilude com o prestígio de poder, obtido à custa da submissão política; fraqueza desamparada e desiludida dos seres quase sub-humanos que arrastam a existência no trato das suas propriedades (LEAL, 1975, p. 56).

Nessa época, Leal (1975) já observava os interesses que emergiam e se consolidavam ainda naquele período: os favores aos amigos, os ataques (fundados ou infundados aos adversários, o que na atualidade englobaria as «*fake news*»)³ e o custo, monetariamente falando, de uma eleição, que requer financiamento para as inúmeras despesas envolvidas. Esse cenário de outrora, portanto, tem suas similaridades com o da atualidade, frise-se.

Outra relação com a contemporaneidade diz respeito à influência exercida sobre a massa eleitoral que o autor caracteriza de inculta, presente precipuamente no interior do Brasil. À sua época, Victor Nunes Leal descreveu esse homem do campo, dependente do Coronel, como

[...] completamente analfabeto, ou quase, sem assistência médica, não lendo jornais, nem revistas, nas quais se limita a ver as figuras. O trabalhador rural, a não ser em casos esporádicos, tem o patrão na conta de benfeitor. E é dele, na verdade, que recebe os únicos favores que sua obscura existência conhece (LEAL, 1975, p. 25).

3 Coronelismo: o que nele se traduzia era uma hegemonia econômica, social e política, que acarretava, por sua vez, o filhotismo, expresso num regime de favores aos amigos e de perseguições aos adversários (LIMA SOBRINHO, 1975, p. 15).

À carência intelectual, somava-se à de recursos mínimos para a subsistência, amparando-se o homem rural na figura do Coronel com o objetivo de ter acesso a um pedaço de terra, medicamentos e proteção contra os abusos do governo. Era o Coronel quem intermediava a vinda de produtos e serviços públicos para os municípios, tendo em vista a rarefação do Poder Público no âmbito municipal e cuja autonomia no período era quase nula.

Surge, a partir daí, uma relação não institucionalizada de poder, que se consagra nas próprias condições daquele meio agrário/interiorano e do contexto republicano em que se instaura, trazendo à luz uma situação de dependência que se amparava na democracia representativa e alimentava o poder do Coronel.

Nesse período, o eleitorado estava presente essencialmente no campo, consubstanciado, portanto, na população rural, sob o domínio dos Senhores de Terra:

Os 9/10 da nossa população rural são compostos - devido a nossa organização econômica e à nossa legislação civil - de párias, sem terra, sem lar, sem justiça e sem direitos, todos dependentes inteiramente dos grandes senhores territoriais; de modo que, mesmo se tivessem consciência dos seus direitos (e, realmente, não têm...) e quisessem exercê-lo de um modo autônomo - não poderiam fazê-lo. E isto porque qualquer veleidade ou independência da parte desses párias seria punida com a expulsão ou o despejo imediato pelos grandes senhores de terra (VIANA, 1939, p. 112).

Nas notas de sua obra, Leal (1975) apresenta dados do Anuário Estatístico de 1946, segundo o qual 73% dos eleitores encontravam-se no interior, o que representava 5.319.678 de pessoas, ao passo

que as capitais contavam com 1.966.797 eleitores (27%).

A justificativa para essa discrepância, entre outros fatores, diz respeito ao custeio, pelo fazendeiro, das obrigações eleitorais, como aquelas decorrentes do alistamento e das eleições em si, relacionadas ao voto. “Sem dinheiro e sem interesse direto, o roceiro não faria o menor sacrificio nesse sentido [...]. Tudo é pago pelos mentores políticos empenhados na sua qualificação e comparecimento” (LEAL, 1975, p. 35).

Interessante notar que, além do auxílio direto do Estado para as despesas eleitorais assumidas pelo chefe local, por vezes o custeio estatal se dava de forma indireta, por meio de contratos, algo que, na atualidade, configura grande parte dos escândalos políticos que envolvem financiamento de campanha, em clara afronta aos mandamentos constitucionais, à vasta Legislação Eleitoral e à Lei de Licitações e Contratos, integrantes do atual ordenamento jurídico.

Dito isso, é a partir dessa influência sobre o eleitorado que surge o sistema de reciprocidade, uma tipicidade do Coronelismo, caracterizado pela troca de favores entre o Coronel e o governo:

[...] de um lado, os chefes municipais e os ‘coronéis’, que conduzem magotes de eleitores como quem toca tropa de burros; de outro lado, a situação política dominante no Estado, que dispõe do Erário, dos empregos, dos favores e da força policial, que possui, em suma, o cofre das graças e o poder das desgraças. [...] Sem a liderança do ‘coronel’ - firmada na estrutura agrária do país -, o governo não se sentiria obrigado a um tratamento de reciprocidade, e sem essa reciprocidade a liderança do ‘coronel’ ficaria sensivelmente diminuída (LEAL, 1975, p. 43).

Em face do exposto, ainda que limitada à República Velha, a obra de Leal (1975) não se encerra nesse período. A partir dela, é possível fazer relações com a contemporaneidade, visto que o autor apresenta as origens da cooptação do espaço público pelo privado no âmbito do sistema republicano e da democracia representativa, que ainda vigoram.

Apesar do estabelecimento da Democracia e dos Direitos Individuais e Sociais, precipuamente com o advento da Carta Magna de 1988, a sociedade brasileira ainda convive com a corrupção, que está estritamente relacionada com a simbiose entre Público e Privado, muito em razão das bases que se assentaram no período descrito por Leal (1975) aliadas a características inerentes à Democracia e ao fortalecimento do Estado, por mais paradoxal que, para alguns, isto soe.

É evidente que o contexto brasileiro sofreu consideráveis mudanças: o Brasil agrário industrializou-se, formou-se uma classe média melhor instruída, o sufrágio universal se estabeleceu por meio da Legislação Eleitoral, o modelo patrimonialista cedeu ao burocrático.

Entretanto, traços arraigados ao contexto narrado por Leal (1975), como a sobrevivência do patrimonialismo e a influência da máquina administrativa em poder dos governos situacionistas, à margem das mais moralizantes normas jurídicas, contribuem para práticas que ferem e desafiam o processo eleitoral.

3 Democracia, neocoronelismo e processo eleitoral

Conforme exposto por Leal (1975), o coronelismo é decorrência do Regime Representativo que se instaura com a proclamação da República. A despeito dos avanços institucionais que representa, a Democracia representativa ainda revela, fatalmente, problemas relacionados à eficácia desse Sistema, que ainda repercute aspectos de dominação, inclusive econômica, que acabam por se amoldar e por

coexistir com a Democracia, tal qual o Coronelismo deflagrado pelo autor de “Coronelismo, Enxada e Voto”.

Paradoxalmente, para o renomado autor, o fortalecimento do Poder Público não fulminou a prática, mas a consolidou, “garantindo aos condutores da máquina oficial do Estado quinhão mais substancial na barganha que o configura” (LEAL, 1975). E continua afirmando que os próprios instrumentos do poder constituído é que são utilizados para revigorar o poder privado residual dos Coronéis (LEAL, 1975, p. 255).

Cumpre esclarecer que o fortalecimento do poder público é respaldado pela própria população, que, historicamente, estabelece com o Estado uma relação de dependência e proteção. Santos (2007) afirma que o ente estatal precede a formação da cultura e da sociedade brasileira, no que penetrou com todas as suas peculiaridades, incluindo seu excessivo compadrio e a notória confusão entre público e o privado (patrimonialismo), que ainda subsiste.

O autor afirma que o brasileiro não percebe o Estado de maneira abstrata, pois tende a personificá-lo em uma figura - o político - capaz de remediar seus desalentos em troca do voto que lhe confere.

Assim, tendo no horizonte a solução dos problemas individuais e sociais pela mão do Estado, a população legitima a concentração de poder na figura do político que o representa, o que a leva a submeter-se ao Estado, e não o contrário:

Esta ‘precedência’ gerou um sem número de consequências políticas, econômicas e sociais cujos efeitos podemos sentir até hoje. O principal é que a população subordina-se e fascina-se com o Estado. Evidente, é uma instituição que a precedeu, que demonstra seu poder. O seu reflexo principal é que se cria uma pseudo aristocrática burocracia que se julga acima, não subordinada

às vontades populares. Não são meros dirigentes do Estado. São o Estado em si (SANTOS, 2007, p. 6).

A lógica no Brasil, portanto, é inversa. O Estado, que deveria ser instrumento para o progresso e desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, é visto como fim último do cidadão, como “a grande mãe que resolverá os seus problemas e determinará, como fim e não como meio, o sucesso e encosto de nosso povo” (SANTOS, 2007, p. 65-66).

Tal qual o coronelismo clássico que se amoldou ao regime representativo republicano e constituiu um sistema de alianças que integrava o poder privado decadente e o poder público fortalecido, para Santos (2017, p. 67), a formação sociocultural do Brasil contribuiu para que esta estrutura patrimonialista e protetora resistisse simbioticamente, amoldando-se aos contextos sociais e econômicos que sobrevieram ao Coronelismo.

Desse modo, não é certo supor que o Coronelismo encerra-se na Primeira República. Isso porque ele se configura nessa relação de dependência do Estado protetor que deve “favores” ao eleitor que lhe estende o voto, o que não se prende a estruturas fixas e datadas. É, pois, maleável e se reconfigura frente a novos contextos:

O ‘coronel’, enfim, transcende meramente o caráter de expressão proveniente dos membros da Guarda Nacional Imperial, e transmutada na expressão local do indivíduo que gozava de respeito e prestígio e comandava, cabrestamente, a disposição eleitoral da massa ignara. [...] Ele é um fenômeno que ultrapassa a questão rural e que, ao contrário do senso comum, ultrapassa o fenômeno urbanizador brasileiro. Neste contexto, a submissão do desejo individual traduz-se numa

relação que costumeiramente é traçada de maneira errônea como de puro domínio físico mas que posteriormente remete à própria população as causas de suas constrictões pessoais, haja vista que reconhece no homem de prestígio local e de portador de bens materiais (embora não necessariamente latifundiário e rico) aquele que porta a chave para sua felicidade última: a aproximação com o sedutor domínio patrimonialista estatal, que se impregna em nossa cultura desde os mais antigos tempos da história deste país tropical. E justamente nesta origem do contrato social coronelista é que está a semente na qual ele ultrapassará etapas, desprender-se-á do caráter constritor e não respeitará meios, tecnologias nem a força modernizante de um mundo que se globaliza e cujas distâncias diminuem consideravelmente mas que, neste caráter de relação sócio-política, em nosso país permanece o mesmo: a tradução dos desejos individuais pela figura do Estado e a institucionalização do patrimonialismo como estrutura-motor da relação cidadão - Administração Pública. A realidade é que o fenômeno do coronelismo local ultrapassa o Estado Novo, bem como a redemocratização de 46, a ditadura e a chamada Nova República para fincar-se, com diferenças apenas formais, na sociedade atual (SANTOS, 2007, p. 125-126).

Na visão de Leal (1975), o coronelismo não se resume a mandonismo, fenômeno da política local, mas diz respeito ao elo que se estabelece entre município (coronéis), Estado (governadores) e União (presidente), em um sistema de coerção e cooptação exercido

nacionalmente.

Atualmente, em razão do desenvolvimento da propaganda, das comunicações e da tecnologia, a figura do Coronel perde força enquanto intermediário, pois o vínculo entre município e Governo Federal consegue ser construído de maneira mais direta, o que não suprime as alianças nos diversos níveis na forma de apoios expressos.

Contudo, nota-se ainda, em nível local, que o candidato ou líder com interesses políticos, pela proximidade com o eleitor, consegue sim, até hoje, exercer pressão “corpo a corpo” para persuadir o voto do eleitor, muitas vezes reforçando a propagação de inverdades, as agora denominadas “*fake news*”.

Portanto, apesar da configuração formal da estrutura coronelista ter sofrido alterações em razão das mudanças sociais, legislativas e do avanço tecnológico, substancialmente a prática prevalece. A rede de apoio entre Município, Estado e União permanece juntamente com os mecanismos para se induzir o voto em determinado candidato, com vista a interferir na vontade espontânea do eleitor e influenciar o resultado eleitoral, deturpando a relação entre teoria e prática democrática.

3.1 A prática neocoronelista: propaganda, fake news e voto

Apesar da distância temporal em relação à obra de Leal (1975), o Brasil, atualmente, também conta com uma população majoritariamente carente de recursos financeiros e educacionais, sendo induzida ao voto, muitas vezes, por pressão psicológica da propaganda política de má fé e por inverdades proliferadas por chefes locais e candidatos, que condicionam a opção do eleitor à manutenção do recebimento de auxílios do governo, por exemplo, traço marcadamente neocoronelista.

Segundo dados do Tribunal Superior Eleitoral, o eleitorado brasileiro totaliza atualmente aproximadamente 148 milhões de eleitores. Destes, cerca de 56% não concluíram o ensino médio. Levan-

do em conta as dificuldades enfrentadas na educação pública refletidas nas taxas de analfabetismo funcional e na falta de familiaridade com noções de ciências básicas, pode-se afirmar que esse contingente populacional não tem o necessário entendimento sobre os seus direitos civis e políticos, tampouco do funcionamento do Estado e do processo eleitoral (BRASIL, 2019).

Ao lado do coronelismo eletrônico, entendido como a propriedade dos meios de comunicação por políticos e seu consequente uso em prol da candidatura, tem-se uma modalidade também vinculada aos meios de comunicação que adquiriu relevância nas Eleições de 2018 e até fez jus a uma denominação importada dos Estados Unidos: “*fake news*”. O termo tem a ver com a propagação de notícias falsas, algo já observado por Leal (1975) no Coronelismo Clássico na forma de ataques ao adversário.

A questão ganha mais importância na atualidade, tendo em vista a evolução e ampliação do acesso às redes sociais e aos aparelhos eletrônicos, o que expande consideravelmente o alcance das mensagens. Nesse sentido, tornou-se uma das principais metas do ex-presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Ministro Luiz Fux, o combate às *fake news*, com a finalidade de se preservar a legitimidade do processo e do resultado eleitoral.

Segundo o Instituto Reuters para o Estudo do Jornalismo, os brasileiros se informam principalmente pelas redes sociais. E isso é crescente: em 2013, 47% utilizavam as redes sociais como fonte de informação e, em 2016, o número saltou para 72% (VISMARI, 2018). Atualmente, seis em cada dez brasileiros têm *WhatsApp* no seu celular, o que representa 120 milhões de usuários a uma mensagem de distância, tornando-se uma importante ferramenta de ataque e propagação de notícias falsas na corrida eleitoral de 2018.

Matéria veiculada pela revista Exame lista algumas das falsas notícias vinculadas aos candidatos ao pleito de 2018:

Marina Silva invadindo uma fazenda no Acre: mentira. Ciro Gomes agredindo a atriz Patrícia Pillar: mentira. O padre Marcelo Rossi declarando voto: igualmente mentira. E até a apresentadora Fátima Bernardes, da TV Globo, pagando por uma reforma na casa do homem que deu uma facada em Jair Bolsonaro: outra mentira. São só algumas das postagens repelidas pelas vítimas das *fake news*, praga que prolifera nas redes sociais nesta reta final da corrida eleitoral (PEREIRA, 2018).

O assunto ganhou ampla repercussão com a alegação de que as *Fake News* estariam contribuindo para a ascensão de Jair Bolsonaro nas pesquisas e, posteriormente, creditando a sua vitória a esse fator. O jornal *EL PAÍS* chegou a descrever as estratégias nesse sentido adotadas pelo agora Presidente, que, adotando as redes sociais como principal meio de comunicação, empreendeu uma campanha negativa contra a imprensa tradicional, além de colocar em dúvida a segurança da urna eletrônica, gerando confusão nos eleitores:

À medida que a campanha foi chegando à sua reta final, os boatos nas redes sociais em favor de Bolsonaro cresceram, especialmente no WhatsApp [...], como conta Tai Nalon, diretora da plataforma de checagem Aos Fatos, em entrevista ao *EL PAÍS*. ‘Vimos a desinformação contra os adversários de Bolsonaro aumentar, em geral em torno de duas temáticas: colocar em dúvida, com teorias conspiratórias, a segurança do voto eletrônico no Brasil, e uma constante relação dos outros candidatos com pautas

das minorias, como a agenda LGBT e o direito ao aborto’, diz Nalon numa troca de mensagens (BARRAGÁN, 2018).

Assim, é inegável o impacto promovido pelos ataques fundados em “*fake news*” e na sua capacidade de influenciar e direcionar o voto do eleitor, o que resulta em práticas de manipulação em massa da vontade popular por meio de novas tecnologias, mas a serviço do mesmo propósito coronelista de outrora: a conquista de votos.

4 Enfrentamento e possíveis soluções para o combate e minimização dos efeitos do neocoronelismo

Frente a esse novo desafio e da necessidade do Direito seguir as mudanças sociais, a legislação eleitoral e a Justiça Eleitoral - vistas já por Leal (1975) como instrumentos de combate ao Coronelismo - tem atuado no sentido de normatizar e coibir a prática. A título de exemplo, em 2018, apenas no âmbito do TSE, foram protocoladas 50 (cinquenta) ações sobre o tema *fake news* no período eleitoral, em que 16 (dezesesseis) tiveram êxito parcial ou total, com o deferimento dos pedidos de tutela de urgência, implicando, inclusive, a retirada do conteúdo.

De fato, tal qual constatado por Leal (1975), o aperfeiçoamento da legislação eleitoral e o fortalecimento institucional têm o condão de coibir práticas nocivas à Democracia. Tal constatação é corroborada por Thomas Favetti, para quem, “à medida que se aprimora a legislação eleitoral, se enfraquece o sistema coronelista” (FAVETTI, 2008).

A título de exemplo, pode-se citar as mudanças ocorridas no âmbito da troca de partidos e da fidelidade partidária. Até 2007, a norma eleitoral permitia a troca de partidos a qualquer tempo, logo após as eleições. Isso desembocava em mudanças partidárias oportunistas, baseadas em apoio ao partido governista em troca de bene-

fícios e vantagens, o que configura o patrimonialismo que, por sua vez, caracteriza o Coronelismo.

Além disso, a migração massiva para a base governista enfraquecia a oposição, algo que é essencial e característico do regime dito democrático. Assim, observou-se que os partidos de oposição percebiam uma expressiva diminuição no número de parlamentares: “consequentemente, perdiam força na batalha diária dentro do Congresso contra a base governista” (REIS, 2016).

Primeiramente, cumpre ressaltar que a troca de partidos contraria a vontade popular, precipuamente quando se trata do sistema proporcional, em que o Partido ganha proeminência pelo fato de o voto no candidato ser contabilizado para a entidade partidária. Ademais, sendo condição de elegibilidade e instrumento de diretrizes ideológicas, não pode estar completamente desvinculado da escolha do eleitor.

Por esses motivos, o TSE consolidou sua jurisprudência no sentido de o mandato pertencer ao Partido Político e indicou a possibilidade de perda do cargo por infidelidade partidária, o que foi referendado pelo STF e regulamentado, *a priori*, pela Resolução TSE nº 22.610 de 2007: “Art. 1º O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa».

A mesma Resolução elencou as hipóteses de justa causa, ou seja, as possibilidades de troca partidária sem a consequência de perda de mandato, quais sejam: incorporação ou fusão do partido, criação de novo partido, mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário e grave discriminação pessoal. Para Reis (2016), a norma resultou em uma nítida diminuição da prática recorrente de mudanças de legenda.

Entretanto, as duas primeiras hipóteses levaram ao surgimento de inúmeros partidos, na tentativa de se burlar as novas regras:

De outra parte, a possibilidade prevista na própria Resolução como justa causa para a troca de partido quando o político participar da criação de um novo partido serviu como ‘janela de escape’ para políticos insatisfeitos nos seus partidos de origem. A comparação cronológica demonstra essa situação. Durante toda a primeira década do século XXI, conseguiram registro definitivo no TSE apenas dois novos partidos, quais sejam: o PRB – Partido Republicano Brasileiro e o PSOL – Partido Socialismo e Liberdade. Desde 2011, porém, houve a criação de oito novos partidos no já exacerbado sistema multipartidário brasileiro. São eles o PSD – Partido Social Democrático; PPL – Partido Pátria Livre; PEN – Partido Ecológico Nacional; PROS – Partido Republicano da Ordem Social, o SDD – Solidariedade, o REDE – Rede Sustentabilidade, PMB – Partido da Mulher Brasileira e o NOVO – Partido Novo (REIS, 2016).

Frente a isso, a minirreforma eleitoral de 2015 (Lei nº 13.165/2015) extinguiu essas hipóteses e incluiu a janela partidária que consiste no período de trinta dias, seis meses antes do pleito eleitoral, em que os detentores de mandato eletivo podem trocar de legenda sem incorrer em nenhuma sanção.

A nova previsão faz sentido na medida em que confere certa flexibilidade à mudança de posicionamento ideológico, algo inerente à natureza humana. Ao mesmo tempo, consagra a necessidade de adequação da legislação eleitoral a novos contextos na busca constante de minimizar práticas que interferem na soberania popular.

Não se poderia passar ao largo da recém promulgada Lei nº 13.834/2019 que alterou o Código Eleitoral, atribuindo penalida-

des mais severas a propagadores de *fake news* em período eleitoral. Criou-se o tipo penal da *denúnciação caluniosa com finalidade eleitoral*, punível com pena de prisão de dois a oito anos, além de multa. Também incorre nas mesmas penas quem divulga *ato ou fato falsamente atribuído ao caluniado com finalidade eleitoral*. A pena ainda é aumentada da sexta parte se o caluniador age anonimamente ou com nome falso.

A ideia é incentivar a prudência e desestimular a divulgação de notícias falsas, principalmente no período eleitoral, o que pressupõe um dos maiores desafios atuais da Justiça Eleitoral. “A arena política *online* pode ser considerada como mais um dos processos de transformação pelos quais passa a sociedade contemporânea” (OLIVEIRA, 2019).

A questão do neocoronelismo ainda perpassa, inevitavelmente, o acesso à educação para a efetiva e consciente participação popular na política, para além do mero exercício do voto. A ideia de que o povo não tem a sabedoria necessária para dirigir a vida em sociedade serve de legitimação para a perpetuação de uma elite política no poder, algo que se notabilizou durante o estabelecimento da democracia representativa na Idade Moderna, sob o respaldo de vários pensadores europeus que influenciaram igualmente a formação do Estado Brasileiro e por isso ainda encontra respaldo na atualidade.

A incapacidade do povo para tomar decisões incute no inconsciente coletivo o despreparo de toda a gente para quem, quando muito, deveria ser reservado apenas a escolha dos representantes. Montesquieu no seu clássico “O Espírito das Leis”, que influenciou sobremaneira as Constituições em todo o mundo, frisa constantemente a incapacidade do povo nesse quesito:

A grande vantagem dos representantes é que eles são capazes de discutir os assuntos. O povo não é nem um pouco capaz disto, o que constitui um dos grandes inconvenientes da democracia. [...]

Havia um grande vício na maioria das antigas repúblicas: é que o povo tinha o direito de tomar decisões ativas, que demandavam alguma execução, coisa da qual ele é incapaz. Ele só deve participar do governo para escolher seus representantes, o que está bem ao seu alcance (MONTESQUIEU, 1996, p. 171).

Apesar dos avanços sociais previstos na Constituição Federal de 1988 em relação à Educação alçada a direito público subjetivo e dever do Estado, não houve ainda a execução real e efetiva do acesso amplo e de qualidade à instrução, especialmente a fundamental e média.

É inegável, ainda, que a ausência de conhecimento revela os caminhos para a dependência e a manipulação, perpetuando o (neo) coronelismo, conforme já percebido por Leal (1975) e reproduzido neste artigo. E esta lacuna educacional atinge não apenas os analfabetos, mas todos aqueles que têm acesso a uma educação deficitária em recursos, incentivos e, conseqüentemente, qualidade. Para Barreto, a instrução precária mantém os eleitores no passado ao perpetuar costumes da tradição coronelista:

A literatura especializada costuma tratar esse tipo de eleitor como sendo mais vulnerável a propostas clientelistas de compra e venda de votos. Faz sentido. Não é o caso de dizer que essas pessoas são ‘eticamente inferiores’. O problema tem outra natureza. Normalmente, as perspectivas de melhoria de vida delas estão ligadas a algum tipo de ajuda governamental. Políticos se oferecem como intermediários dessas pessoas junto ao poder. Caso ela precise de uma ambulância no meio da noite, por exemplo, saberá

para quem ligar. Claro, o elemento de troca do eleitor seria o voto. Se isolarmos a variável educacional, o analfabetismo incidiria diretamente sobre a (in)capacidade do eleitor de acessar meios de informação ou de construir vários pontos de vista sobre uma questão. Esse eleitorado tende a replicar hábitos que lhes foram passados por costume, como voto por indicação. A tendência desse grupo é replicar aquilo que o pai ou o avô faziam, sem muita capacidade crítica. Por esse motivo, é muito comum escutar, mesmo nos grandes centros, pessoas dizendo que irão votar ‘naquele candidato que der uma ajudinha para a família’, assim como se fazia no tempo dos coronéis (BARRETO, 2010).

Portanto, tem-se que uma massa sem formação educacional adequada, até os dias atuais, é mais facilmente induzida ao voto direcionado no lugar do espontâneo, ferindo a essência democrática. Disso se infere que vontade política para a promoção da educação também é uma exigência ética no combate ao coronelismo de outra e ao neocoronelismo de agora.

5 Conclusão

O presente trabalho buscou entender a relação entre coronelismo e o processo eleitoral, por meio de uma perspectiva histórica aliada a uma análise do cenário atual, com a finalidade de demonstrar a permanência do coronelismo em sua vertente contemporânea, o neocoronelismo.

Com base no aprofundamento teórico em torno do regime representativo e na forma de governo republicana, pano de fundo da assunção da prática coronelista nos dizeres de Leal (1975), rela-

cionou-se este fenômeno social, econômico e político ao contexto e práticas atuais.

Nesse sentido, o artigo exprimiu sua importância interdisciplinar, uma vez que transitou por domínios da sociologia e da ciência política, ramos tão caros à apreensão do Direito, especialmente no que se refere ao seu surgimento e evolução. Assim, apoiado em outras áreas e no exercício científico de descrição factual do coronelismo, a pesquisa almejou demonstrar a importância das normas jurídicas para o arrefecimento do coronelismo, algo já vislumbrado por Leal (1975) perante a instituição e o fortalecimento da Justiça Eleitoral especializada.

O entendimento teórico e a descrição/análise prática do instituto da Democracia - incluindo a identificação de suas vantagens e falhas -, bem como do sistema coronelista, alicerçaram a apreensão do Coronelismo e do Neocoronelismo. Demonstrou-se que a evolução social, econômica, tecnológica e jurídica contribuiu para a diminuição do fenômeno se comparado com o coronelismo estudado por Leal (1975), típico da Nova República.

Entretanto, é notória ainda a relação entre baixa instrução e dependência eleitoral, algo também já descrito por Leal (1975) no seu clássico “Coronelismo, Enxada e Voto” e explorado na pesquisa dentro do contexto neocoronelista.

As *fake news* também foram compreendidas como prática neocoronelista à semelhança dos ataques aos adversários identificados por Leal (1975), mas agora potencializados pela velocidade e alcance das redes. A veiculação de ataques pelas mídias sociais ganhou destaque no pleito de 2018, sendo objeto de controle por parte da Justiça Eleitoral.

A relação promíscua entre público e privado, traço da cultura patrimonialista e clientelista do Estado Brasileiro, ainda serve para legitimar o neocoronelismo, que descarta o bem comum em prol de interesses particulares sustentados pela máquina pública.

Portanto, a pesquisa concluiu que, a despeito da distância tem-

poral entre o período retratado (1891-1930) por Leal (1975) na obra “Coronelismo, enxada e voto”, o fenômeno coronelista transcende e adquire feições atuais, mas seu cerne permanece o mesmo: a interferência na vontade espontânea do eleitor e a mácula na essência do processo democrático.

Desse modo, cumpre mencionar que a democracia consiste em um avanço e requer contínuo aperfeiçoamento, algo que felizmente já se observa. A legislação e a fiscalização, aliadas à difusão do conhecimento - também potencializada pela internet - servem ao combate dessa prática centenária que ainda encontra abrigo no Estado e na democracia brasileira.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Leonardo. Democracia: falta de instrução do eleitorado interfere no aperfeiçoamento da classe política. **Exame**. 2010. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/blog/instituto-millennium/democracia-falta-de-instrucao-do-eleitorado-interfere-no-aperfeicoamento-da-classe-politica/>>. Acesso em: 3 jun. 2019.

BARRAGÁN, Almudena. Cinco ‘fake news’ que beneficiaram a candidatura de Bolsonaro. **El País**, 18 out. 2018. Disponível em : <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/18/actualidad/1539847547_146583.html>. Acesso em: 6 maio 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Estatística do eleitorado por sexo e grau de instrução**. 2019. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor/estatisticas-de-eleitorado/estatistica-do-eleitorado-por-sexo-e-grau-de-instrucao>>. Acesso em: 2 maio 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FAVETTI, Rafael Thomazz. **Brevíssima introdução aos principais conceitos utilizados em coronelismo, enxada e voto, de Victor Nunes Leal.** 2008. Disponível em: <<https://groups.google.com/forum/#!topic/historiasocialdobrasil/IUcWn8rAzME>>. Acesso em: 12 fev. 2019.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto.** 2. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1975. 270 p.

LIMA SOBRINHO, Barbosa. **Prefácio: coronelismo, enxada e voto.** 2. ed. São Paulo: Alfa-ômega, 1975.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, baron de. **O espírito das leis.** São Paulo: Martins Fontes, 1996.

OLIVEIRA, André Macedo de. Fake news e a Justiça Eleitoral em tempos líquidos. **Jota.** 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fake-news-e-a-justica-eleitoral-em-tempos-liquidos-02122019>>. Acesso em: 2 dez.2019.

PASSOS, Matheus. **Curso básico de ciência política.** Brasília: Vestnik, 2017.

PEREIRA, Pablo; TOLEDO, Luiz Fernando; MONNERAT, Alessandra. Disseminação de “fake news” para atacar candidatos marca eleição. **Exame,** 1 out 2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/disseminacao-de-fake-news-para-atacar-candidatos-marca-eleicao/>>. Acesso em : 4 mai. 2019.

REIS, Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos. TSE e novo capítulo da saga da (in) fidelidade partidária. **Jota.** 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/e-leitor/e-leitor-o-tse-e-o-novo-capitulo-da-saga-da-infidelidade-partidaria-17062016>>. Acesso em: 19 mai. 2019.

SANTOS, Francisco D. Alpendre dos. **Neo-coronelismo, enxada e urna eletrônica: ensaio histórico de cooptação patrimonialista**

do Estado burocrata brasileiro e suas consequências concretas no processo democrático material nacional contemporâneo. Curitiba, 2007. Dissertação (Organizações e Desenvolvimento)-UNIFAE, 2007.

VIANA, Francisco José de OLIVEIRA. **O idealismo da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Companhia, 1939.

VISMARI, Tayna. Fake news e os impactos que causam na sociedade. **Blog Fapcom**. 2018. Disponível em: <<https://www.fapcom.edu.br/blog/tecnologia/fake-news-e-os-impactos-que-causam-na-sociedade.html>>. Acesso em: 4 mai. 2019.

ILÍCITOS ATÍPICOS NO DIREITO ELEITORAL

Rodrigo Terra Cyrineu¹

RESUMO

O presente artigo busca avaliar a possibilidade de se falar em ilícitos atípicos no Direito Eleitoral, isto é, de atos írritos ao ordenamento jurídico que, mesmo sem expressa previsão, ofendam os bens jurídicos protegidos pelo Direito Eleitoral e seus respectivos pilares. Para tanto, fez-se uma análise detalhada do desenho jurídico brasileiro à luz da doutrina espanhola de Manuel Atienza e Juan Ruiz Moreno.

PALAVRAS-CHAVE:

1. Ilícitos atípicos
2. Direito eleitoral
3. Manuel Atienza
4. Juan Ruiz Manero

1 Ilícitos atípicos

Justificar a análise e a repressão dos *ilícitos atípicos* no Direito Eleitoral não é tarefa das mais difíceis, máxime pela alta carga jurisprudencial desse ramo da ciência jurídica, no qual direitos e deveres são constantemente “criados” --- assim digamos --- pelos Tribunais pátrios.

A teoria em apreço foi desenvolvida por Atienza e Manero (2014) e é acessível no Brasil em obra traduzida para o português por Janaina Roland Matida e editada pela editora Marcial Pons.

A ideia remonta à obra do professor Celso Antônio Bandeira

¹ Mestre em Direito Constitucional pelo IDP. Especialista em Direito Constitucional; Direito Administrativo e Direito Eleitoral pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso. Advogado e Coordenador Jurídico da campanha do Governador Mauro Mendes (2018).

de Mello e um de seus trechos mais citados pelos juristas brasileiros:

[...] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentem e alui-se toda estrutura nelas esforçada” (MELLO, 2008, p. 943).

Atienza e Manero (2014, p. 18), da mesma forma, partem do pressuposto de que o sistema normativo é composto por princípios e regras, ambos com densidade suficiente a criar deveres jurídicos que, em sendo descumpridos, podem acarretar a aplicação de sanção².

De maneira complementar, MacCormick (2009, p. 15) enfatiza, no que se refere ao tema da incompletude do sistema de regras (e do ordenamento jurídico de uma forma geral), que *“a argumentação a partir de normas somente pode nos levar até certo ponto; e é inerente à própria natureza do direito que as normas com frequência fiquem aquém de sua própria virtude essencial, revelando-se vagas para um determinado contexto prático”*.

2 Atienza e Manero (2014, p 18) afirmam que “[...] trata-se de um tipo de ilícito que supõe ações contrárias não a uma norma jurídica específica – uma regra – mas a um princípio. Portanto, encontramos aqui com categorias que não podem ser analisadas – ou bem analisadas – no contexto de teorias que descuidam do fato de que a ordem jurídica é composta por regras e princípios”.

Daí a importância da argumentação por princípios. Mas é preciso tomar muito cuidado para não se cair naquilo que o professor Lênio Streck vem denunciando há anos como *pan-principiologismo*³, fenômeno indesejado no qual os princípios se tornam verdadeiras “varas de condão” do intérprete criativo, capazes de justificar qualquer decisão (STRECK, 2012).

A densidade normativa de um princípio, quando manejado em um processo judicial, está ligada à ideia de que dele se pode extrair, dadas as circunstâncias fáticas e jurídicas de uma determinação situação, uma regra universalizável que se espraie para outras relações. Do contrário, o que se chancela é o casuísmo, írrito à ideia de Direito.

Atienza e Manero (2014) desenvolvem, em curtas linhas, a engenharia jurídica desse processo de concretização dos princípios até desembocar na regra jurídica aplicável – *verbis*:

Quando os destinatários são juízes, os princípios servem de guia de comportamento quando – como antes dizíamos – não existem regras específicas que se apliquem a um caso, quando essas sofrem de indeterminação em sua formulação, ou quando aparece algum tipo de desacordo entre as regras e os princípios que as justificam. Em tais supostos, o juiz leva a cabo uma ponderação entre princípios, cujo resultado é precisamente uma regra. Por isso, tem pleno sentido dizer que os princípios não determinam diretamente (sem a mediação das regras) uma solução. Precisamente por isso, pode-se dizer (desde outra perspectiva) que a distinção entre regras e princípios só tem

3 Destaca-se: “[...] venho denunciando de há muito um fenômeno que tomou conta da operacionalidade do direito. Trata-se do *pan-principiologismo*, verdadeira usina de produção de princípios despídos de normatividade” (STRECK, 2012).

pleno sentido em um nível de análise *prima facie*, mas não uma vez que sejam estabelecidos todos os fatores, isto é, à luz de todos os elementos pertencentes ao caso de que se trate, pois então a ponderação entre princípios deve haver dado lugar a uma regra” (STRECK, 2012, p. 22).

O *ilícito atípico*, no fundo, é um descumprimento a uma norma, a qual, todavia, diferentemente de um *ilícito típico*, foi gerada a partir de um princípio de linguagem aberta e, em geral, de conteúdo avaliatório. Sobre esse ponto específico, Freitas Filho (2009, p. 293-4) assevera que “há normas – princípios e cláusulas gerais – que são escritas com a utilização de termos ou palavras avaliatórias, enquanto nas regras casuísticas os termos e palavras têm função descritiva”.

E continua o referido professor trabalhando, exemplificativamente, com o conceito de “*onerosidade excessiva*”:

Os princípios e cláusulas gerais não permitem, pela forma como são escritas, a sua *aplicação direta* a um caso, ou seja, tais tipos normativos não podem ocupar a posição de premissa maior de um silogismo na forma do qual se fundamenta uma decisão jurídica. Não é possível se aplicar de forma universal um “princípio” (uso aqui o termo no sentido de Hare) que seja expresso com expressões ou palavras avaliatórias. Estas não permitem a universalizabilidade da decisão-na medida em que é inviável definir tais palavras em termos genericamente descritivos. O que é “excessivamente oneroso”? Só é possível responder a esta pergunta considerando um caso concreto no qual o sentido descrito da

expressão terá de ser demonstrado, tudo segundo circunstâncias específicas do caso (FREITAS FILHO, 2009, p. 303).

[...]

Determinar se a cláusula de algum contrato é excessivamente onerosa, e portanto, se o fornecedor tem o dever de adequá-la ao equilíbrio anteriormente havido, não é a mesma coisa do que determinar se alguém matou alguém. Isso porque as condições e circunstâncias situacionais que determinam se há ou não onerosidade excessiva não são dadas em geral para todos os casos, já que isso é impossível. Assim, dada a especificidade de um determinado caso, determinadas as circunstâncias relevantes para determinado juízo, deverá o julgador especificar as circunstâncias segundo as quais entende haver, no caso, onerosidade excessiva. Ao indicá-las está indicando os critérios que utilizou para julgar que podem ser universalizados para outros casos semelhantes. Assim, somente definirá para cada tipo de caso uma regra universalizável, sendo que a cláusula geral permanece em um campo mais amplo e genérico de aplicação (FREITAS FILHO, 2009, p. 307).

A tarefa do aplicador da norma, quando em jogo princípios e cláusulas gerais, é sobremaneira mais acentuada do que quando em apreço regras descritivas, dada a possibilidade de várias interpretações (mais de uma resposta *plausível*), o que reclama excessiva cautela no momento da fundamentação do caso concreto, donde se extrairão os critérios pelos quais o magistrado se norteou.

A esse respeito, convém registrar o imprescindível alerta de

Engisch (2001, p. 290): “*O historiador é livre na utilização das fontes ao seu dispor e na investigação dos factos, que nelas se funda. Ele apenas está vinculado a directivas científicas. Pelo contrário, a indagação processual da verdade é juridicamente regulada numa larga medida*”.

Tal responsabilidade se agrava pelas consequências futuras dessas decisões. Ao tratar da “*irredutível margem de livre apreciação por parte do juiz*”, Larenz (1997, p. 417) “*diz que no processo de concretização de pautas que carecem de preenchimento, pelos tribunais, a decisão singular actua como exemplo e, nestes termos, contribui para estreitar a margem de livre apreciação residual*”, sendo que esta última deve ser entendida como a margem interpretativa dos intérpretes futuros. É, ao fim e ao cabo, a ideia de coerência e integridade do Direito, noções incorporadas pelo nosso ordenamento jurídico, *ex vi, verbi gratia*, do artigo 926 do Novo Código de Processo Civil.⁴

Feita essa necessária advertência, cabe avançar para salientar que Atienza e Manero (2014), ao tratar dos *ilícitos atípicos*, enxergam sua ocorrência em pelo menos três hipóteses: *abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder*.

A figura do abuso do direito é, na lição de Atienza e Manero (2014, p. 50), um mecanismo de autocorreção do Direito, isto é, de “*correção do alcance de regras jurídicas*” quando “*sua aplicação resulta injustificada ao considerar os princípios jurídicos os quais determinam o alcance justificado das próprias regras*”. Mais, configura-se, ainda, na lição desses juristas, como um “*mecanismo de garantia – para casos que apresentem propriedades que não se haja*

4 Código de Processo Civil: “*Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação*”.

logrado antecipar – da coerência valorativa das decisões jurídicas” Atienza e Manero (2014, p. 51).

E a teoria geral do abuso de direito avança, inclusive, na seara dos direitos fundamentais, aí incluídos, *verbi gratia*, os direitos de manifestação de pensamento e liberdade de expressão, ínsitos à regulação inerente ao Direito Eleitoral (mais especificamente da propaganda eleitoral) (ATIENZA e MANERO, 2014, p. 54)⁵.

A esse propósito, os referidos autores sentenciam no sentido de que “*pode haver situações em que seja possível um uso não-justificado – isto é, um abuso – de regras que constituam direitos fundamentais”* (ATIENZA e MANERO, 2014, p. 54-55).⁶

De se ver, portanto, não ser nenhuma heresia transportar a referida teoria para o âmbito do Direito Eleitoral, o qual, como cediço, regula (de modo a limitar) inúmeros direitos fundamentais constitucionalmente estipulados, como já adiantado em linhas volvidas.

Já no que diz respeito à fraude à lei, os referidos autores lecionam:

A figura da fraude à lei guarda analogias evidentes com a do abuso de direito: a fraude (a proibição da fraude à lei e a anulação e as ferramentas para se evitar os efeitos logrados por essa forma) é um mecanismo para combater o formalismo

5 Calha trazer à baila, a propósito, a seguinte reflexão de Atienza e Manero, (2014, p. 54): “[...] Dito de outra forma, e tendo em conta que, direitos fundamentais são direitos de justificações últimas, isto é, que obedecem a princípios em sentido estrito, pode existir uma situação tal que uma regra de permissão que constitua uma atribuição de direito fundamental inclua dentro de seu alcance casos que, à luz dos princípios que determinam o alcance justificado do direito (e da própria regra em que está contido), não deveria incluir? A resposta positiva parece inevitável, toda vez que à hora de traçar regras que determinam o alcance do direito, o legislador não é onisciente e não pode, por isso, prever todas as combinações de propriedades que os casos individuais podem apresentar”.

6 Os referidos doutrinadores citam, a título de exemplo, o *abuso do processo*, isto é, o abuso de faculdades processuais.

jurídico (para assegurar a coerência valorativa; os supostos de <<fraude à lei>> são supostos de <<lacuna axiológica>> no nível das regras; e a análise adequada da figura exige partir do fato de que a dimensão regulativa do Direito está composta por dois níveis, o das regras e o dos princípios: os atos pelos quais se comete a fraude à lei estão permitidos *prima facie* por uma regra mas resultam, todas as circunstâncias consideradas, proibidos por consequência da ação dos princípios que delimitam o alcance justificado da regra em questão (ATIENZA e MANERO, 2014, p. 57).

Em uma análise verticalizada dessa figura, Atienza e Manero (2014) destacam dois aspectos: o *estensional* e o *intensional* (sic). Quanto ao primeiro, ligado à ideia de extensão, advertem os autores que “*ainda que sua origem esteja no Direito privado – no Direito negocial – logo foi se estendendo a outros campos: ao direito processual, ao direito tributário e mesmo ao Direito internacional privado*”.

No que se refere a tal ponto, cumpre não olvidar, no que respeitante ao Direito Eleitoral, a significativa evolução do conceito de fraude, como já tivemos a oportunidade de nos manifestar a propósito da fraude à cota de gênero nas eleições proporcionais (CYRINEU, 2017)⁷, a evidenciar, portanto, que a figura da *fraude à lei*, a exemplo do que professado por Atienza e Manero (2014), tem abrigo neste

7 Naquela ocasião, tivemos a oportunidade de salientar, no tocante ao instituto da fraude, o seguinte: “*Como cediço, o longo e histórico entendimento do Tribunal Superior Eleitoral a propósito da fraude limitava-se às ocorrências relacionadas com o processo de votação. Nem mesmo vícios viscerais na constituição dos diretórios partidários eram considerados como fraude aos olhos da Justiça Eleitoral. O paradigma começou a ser alterar a partir das recorrentes substituições de candidatos*”

ramo especializado das ciências jurídicas.

Já quanto ao segundo aspecto, qual seja, o *intencional*, a discussão que se trava na doutrina é se a fraude se define *objetivamente* (como oposição da conduta contida na norma – da norma defraudada) ou *subjetivamente* (em cujo caso se requer também a intenção do agente de evitar a aplicação da norma defraudada).

Sobre tal ponto, assim se posicionam Atienza e Manero (2014, p. 59):

Pois bem, a evolução do conceito de fraude parece haver sido no sentido de uma progressiva objetivação, isto é, migrou de uma concepção subjetiva a uma objetiva, o que, de certo modo, vem significar uma inversão do que – como víamos – ocorreu no mundo romano: para nós, o elemento dominante não é mais o do engano, mas sim o do dano.

Ao analisar as ditas “candidaturas laranjas”, posicionamo-nos de forma diversa:

Em todo o caso, impende não olvidar que a *fraude* pressupõe elemento subjetivo, vontade deliberada e inequívoca de burlar uma norma jurídica proibitiva, e no particular da cota de gênero, é de se exigir, por parte dos componentes da chapa, prévio ajuste de vontades em momento

majoritários às vésperas do dia da votação, o que forçou o Judiciário a aceitar, sob o enfoque da fraude, a ação de impugnação de mandato eletivo.

Entretanto, há de se reconhecer que a guinada efetiva da orientação jurisprudencial do TSE se deu a partir do julgamento REsp 14-9/PI, processo em que a discussão de fundo era, justamente, a delicada e problemática situação das ‘candidaturas femininas laranjas’”.

anterior ao do pedido de registro coletivo de candidaturas, ou no mínimo uma grosseira e injustificada omissão fiscalizatória tocante à solidez e à autenticidade das candidaturas, o que deve ser cabalmente provado em juízo, não se podendo concluir pela sua ocorrência apenas pela verificação aritmética dos poucos (ou mesmo nenhum) votos conferidos à(s) candidata(s), porquanto a desistência no transcorrer do pleito é uma hipótese corriqueira, dentre tantas outras, que pode levar à inexpressiva votação.

Por certo, é possível a reflexão a respeito da natureza do dolo a se exigir em casos que tais, a exemplo das intermináveis discussões nos processos de improbidade: *específico* ou *genérico*? A resposta não é simples, e muito tem a ver com os limites da prova no processo eleitoral.

Com efeito, exigir-se a comprovação da vontade inequívoca; chapada; indecorosa de ludibriar a Justiça Eleitoral é como que se exigir prova diabólica, inegavelmente de obtenção impossível, quando não extremamente improvável. De mais a mais, falar-se pura e simplesmente em *dolo genérico* é propiciar toda sorte de voluntarismo; decisionismo, dando poderes ilimitados ao Judiciário para solapar toda uma chapá proporcional.

O ideal é o meio-termo, com incursão fático-probatória dentro dos limites da possibilidade de cada caso concreto, permeados que são com toda a riqueza de detalhes da realidade mundana, prestando-se atenção ao fenômeno provável da cegueira deliberada dos demais candidatos, o

que não se coaduna com o *dever de fiscalização mútua das candidaturas proporcionais* em prol da hígidez e da lisura da chapa, prática omissiva esta que deve ser prontamente combatida e rechaçada pela Justiça Eleitoral em nome do *fair play* e do respeito às demais chapas compostas de candidatos que se empenharam em proporcionar um time político respeitador das exigências legais (CYRINEU, 2017).

Não parece ser harmônica com o ordenamento jurídico pátrio a ideia de responsabilidade objetiva, o que acaba se configurando a se adotar a perspectiva objetiva defendida pelos referidos autores, razão pela qual, nesse particular, insiste-se na ideia de subjetividade quanto ao aspecto *intencional*.

No entanto, existirão situações em que certamente a demonstração do elemento subjetivo será no mínimo improvável, ou, então, decorrerá (ou poderá ser extraído) da própria conduta em si (*in re ipsa*), de modo que, ao fim e ao cabo, tudo dependerá das circunstâncias do caso concreto (ATIENZA e MANERO, 2014, p. 64).⁸

É necessário salientar, a esta altura, que o instituto da fraude à lei terá sempre como norma defraudada um princípio, jamais uma regra. Isto se dá, evidentemente, pela simples razão de que “*se o conteúdo defraudado estivesse disposto em uma regra, então esta-*

8 “*Com independência do que ocorra em relação a um determinado Direito positivo, parece-nos que, no plano da teoria geral, não há razões para reduzir a fraude aos termos da concepção subjetiva. O sentido da instituição é o de contribuir à coerência do Direito, ao ajuste entre regras e princípios que lhes fundamentam e que lhes limitam; ou, mais especificamente, evitar que sejam produzidas certas consequências contrárias a princípios jurídicos. E isso também pode ser produzido sem que exista qualquer intenção por parte do agente. Não é, ou não é apenas, o princípio da boa-fé que justifica a previsão da fraude, senão também o de evitar danos injustificados (igual o que ocorre com o abuso de direito ou com o desvio de poder)*” (ATIENZA e MANERO, 2014, p. 64).

ríamos à presença do que já identificamos como um ilícito típico” (ATIENZA e MANERO, 2014, p. 62)

Nas palavras dos autores da teoria:

[...] na fraude à lei não se viola, em realidade, regra alguma, nem direta nem indiretamente; o que se viola é um princípio. No entanto, dada a conexão justificativa que existe entre regras e princípios, essa violação dos princípios leva à modificação da regra (cuja falta de justificação se manifestou precisamente pelo ato fraudulento), para restaurar dessa forma a coerência do ordenamento (a adequação entre os princípios e as regras) (ATIENZA e MANERO, 2014, p. 63).

Alinhavadas essas considerações a propósito da fraude à lei, resta, por último, analisar a figura do *desvio de poder*. Da mesma forma como ocorre com o *abuso de direito* e com a *fraude à lei*, “*o desvio de poder significa uma reação frente ao formalismo jurídico, mas nesse caso frente ao formalismo de Direito público, do Direito administrativo*” (ATIENZA e MANERO, 2014, p. 75). Há, portanto, sempre a ideia de um ato de uma autoridade pública.

A figura foi criada pelo Conseil d’État francês e pode ser assim sintetizada historicamente:

O que o Conselho de Estado francês começou a fazer, a partir da segunda metade do século XIX, foi anular certos atos da Administração por entender que o poder conferido havia sido exercido para um fim distinto do previsto. Para a interpretação de que esses fins foram desrespeitados (efetuar uma interpretação teleológica que, como

se costuma dizer, vai além a mera interpretação literal) é necessário recorrer aos princípios que justificam tanto a própria regra que confere poder como as regras regulativas que determinam seu uso permitido, de forma que o desvio de poder supõe também a existência de uma dialética entre as regras e os princípios, a ideia de que o sentido e alcance das regras não podem ser determinados com independência dos princípios (ATIENZA e MANERO, 2014, p. 76).⁹

No mais, e para o que interessa, a figura é parecidíssima com a da *fraude à lei*, com a exceção de que o seu autor deve ser, necessariamente, alguma autoridade pública investida em função que lhe confira poder decisório.

Dado esse panorama geral dos *ilícitos atípicos*, cabe investigar a sua implementação ao âmbito específico e próprio do Direito Eleitoral, com todas as suas particularidades.

2 Ilícitos atípicos e o direito eleitoral

A questão atinente à aplicação de sanção em decorrência de cláusulas gerais não é algo que atormenta o exegeta acostumado com as mil e uma nuances do Direito Eleitoral, dada a corriqueira ope-

9 “De acordo com estudiosos do tema, a data-chave é a década de 1860, na que termina de se traçar a instituição. <<Um bom exemplo dessa nova construção – escreve Carmen Chinchilla – é constituído pelos famosos arrêts Lesbats de 15 de fevereiro de 1864 e de 17 de junho de 1886. Neles, o Conselho de Estado declarou que se um prefeito utilizava a potestade para regular a permanência e circulação de veículos nas praças próximas à estação de trem, para assegurar o monopólio da única empresa que tinha um contrato com a Companhia de Trem, cometia um excesso de poder, posto que estava usando a autoridade para um fim diverso daquele que o legislador havia concedido>> (CHINCHILLA, 1999, p. 31 apud ATIENZA e MANERO, 2014, p. 81).

racionalização de conceitos como *abuso de poder*¹⁰ --- político e/ou econômico --- e *uso indevido dos meios de comunicação social*¹¹.

São noções absolutamente compartilhadas e nunca insurgidas no âmbito estrito desse ramo jurídico, não sendo, portanto, o escopo da presente análise, a qual se restringirá aos temas da propaganda eleitoral e das condutas vedadas aos agentes públicos tendentes a afetar a igualdade de oportunidades na disputa eleitoral.

Mas, antes disso, é importante descrever, ainda que em ligeiras penas, quais os bens juridicamente tutelados pelo ordenamento jurídico eleitoral, porque a partir deles é que se avaliará a possibilidade de se reconhecerem os ditos *ilícitos atípicos*. Em português comum: é necessário se indagar qual a preocupação subjacente ao microssistema normativo eleitoral justificadora da maior atividade interpretativa da Justiça Eleitoral.

A palavra-chave é integridade eleitoral. Na lição de Alvim (2018, p. 32):

É possível afirmar que a garantia de integridade representa para o direito das eleições o que a dignidade da pessoa humana representa para o constitucionalismo. Trata-se de elemento central, norte de referência para o qual confluem os demais valores que compõem o seu sistema

10 Constituição Federal: “Art. 14. [...] § 9º *Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta*”.

11 Lei Complementar nº 64/1.990: “Art. 22. *Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político*”.

e justificam a sua realização. Ao estimular a realização de eleições íntegras, o direito eleitoral positivo empreende a proteção de altos valores comunitários, como a forma democrática de governo, a soberania popular, o sufrágio universal, a participação livre, o pluralismo político, a paz social e a equivalência de condições no acesso a cargos públicos (ALVIM, 2018, p. 32).

A preocupação do Direito Eleitoral, portanto, dá-se com relação à: i) garantia de liberdade para o exercício do sufrágio; ii) estrita observância da legalidade da disputa (ideia de eficiente sistema de contencioso eleitoral); iii) autenticidade dos resultados; iv) certeza de imparcialidade e firmeza na condução das eleições pelos órgãos de administração e jurisdição eleitoral; e v) preservação da igualdade de oportunidades entre os *players* (ALVIM, 2018, p. 39-40).

Como se vê, existem dois grandes momentos (ou períodos) no Direito Eleitoral: o **primeiro**, de seleção dos candidatos (tecnicamente chamado pelo Direito Eleitoral positivado de “Registro de Candidatura”), regido pelo princípio da legalidade estrita (SALGADO, 2010, p. 232)¹², dada a fundamentalidade do direito ao sufrágio passivo, inexorável à ideia de sufrágio universal e ampla participação no jogo democrático; e o **segundo**, chamado de “contencioso eleitoral”, no qual a tônica é a fiscalização e a repressão aos ilícitos eleitorais potencialmente daninhos à integridade eleitoral, em nome da máxima igualdade na disputa (SALGADO, 2010, p. 177)¹³.

12 “A Constituição expressamente se refere à reserva de lei complementar para o estabelecimento de hipóteses de inelegibilidade infraconstitucionais (art. 14, §9) e para a organização e competência da Justiça Eleitoral (art. 121). E, ao impor uma anterioridade específica em matéria eleitoral, faz uma reserva de lei para a regulação do processo eleitoral (art. 16)” (SALGADO, 2010, p. 232).

13 “A Constituição estabelece como norma estruturante do Direito Eleitoral o princípio

Por óbvio, só cabe falar-se em *ilícitos atípicos* no segundo grande período eleitoral, qual seja, no campo do contencioso eleitoral, em que há a fiscalização da propaganda irregular e/ou antecipada, bem ainda das condutas vedadas aos agentes públicos tendentes a afetar a igualdade de oportunidades.

Isso porque, diferentemente da primeira fase, no contencioso eleitoral o princípio da máxima igualdade de oportunidades assume posição sobranceira, exigindo maior intervenção estatal. Sobre o ponto, Salgado (2010, p. 178), apoiada nas lições de Óscar Sánchez Muñoz, assevera:

A ideia de igualdade entre os candidatos pode, segundo Óscar Sánchez Muñoz, ser compreendida a partir de um princípio de não discriminação, de cunho liberal, ou a partir da exigência de uma intervenção estatal que assegure um equilíbrio. Essa segunda visão pressupõe uma concepção, a partir de uma decisão política coerente com o sistema constitucional, de fatores relevantes e de fatores irrelevantes para a obtenção de um mandato eletivo. Para o autor, o fundamento da classificação dos fatores deve relacionar-se ao papel que eles exercem na autenticidade da participação política dos cidadãos. O sistema brasileiro se aproxima mais dessa segunda leitura.

constitucional da máxima igualdade entre os candidatos. Essa escolha reflete-se no princípio republicano e na ideia de igualdade construída na Constituição, que impõe uma regulação das campanhas eleitorais, alcançando o controle da propaganda eleitoral, a neutralidade dos poderes públicos, a vedação ao abuso de poder econômico e a imparcialidade dos meios de comunicação. A campanha eleitoral mostra-se a eleição é livre e justa” (SALGADO, 2010, p. 177).

É a partir dessa premissa de maior intervenção, e do fato de que o Direito Positivado pode muito, mas não pode tudo, isto é, consegue regular muitos temas e muitas nuances, mas não dá conta de prever todos os acontecimentos da vida, que é possível falar em ilicitude atípica como forma de dar máxima concreção e completude ao microsistema eleitoral repressivo de ilícitos, de forma a se resguardar o seu bem maior, a saber: o princípio da máxima igualdade de oportunidades na disputa eleitoral.

3 Ilícitos atípicos na propaganda eleitoral

De acordo com Salgado (2010, p. 194), “*a regulação da propaganda eleitoral tem como único escopo promover a igualdade entre os candidatos e assim se legitima*”. A ideia que subjaz todas as mil e umas vedações em sede de propaganda eleitoral, gradativamente aumentadas ao longo dos anos, guardam relação com o intento de reduzir custos e, assim, propiciar um ambiente eleitoral mais inclusivo e democrático, no qual o dinheiro não seja fator decisivo.

A título exemplificativo, confira-se alguns dispositivos da Lei nº 9.504/1.997 que tratam da regulação da propaganda eleitoral nas eleições gerais e municipais:

Art. 37. Nos bens cujo uso dependa de cessão ou permissão do poder público, ou que a ele pertençam, e nos bens de uso comum, inclusive postes de iluminação pública, sinalização de tráfego, viadutos, passarelas, pontes, paradas de ônibus e outros equipamentos urbanos, é vedada a veiculação de propaganda de qualquer natureza, inclusive pichação, inscrição a tinta e exposição de placas, estandartes, faixas, cavaletes, bonecos e assemelhados. (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)

§ 1º A veiculação de propaganda em desacordo com o disposto no *caput* deste artigo sujeita o responsável, após a notificação e comprovação, à restauração do bem e, caso não cumprida no prazo, a multa no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

§ 2º Não é permitida a veiculação de material de propaganda eleitoral em bens públicos ou particulares, exceto de: (Redação dada pela Lei nº 13.488, de 2017)

I - bandeiras ao longo de vias públicas, desde que móveis e que não dificultem o bom andamento do trânsito de pessoas e veículos; (Incluído dada pela Lei nº 13.488, de 2017)

II - adesivo plástico em automóveis, caminhões, bicicletas, motocicletas e janelas residenciais, desde que não exceda a 0,5 m² (meio metro quadrado). (Incluído dada pela Lei nº 13.488, de 2017)

[...]

§ 5º Nas árvores e nos jardins localizados em áreas públicas, bem como em muros, cercas e tapumes divisórios, não é permitida a colocação de propaganda eleitoral de qualquer natureza, mesmo que não lhes cause dano. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 6º É permitida a colocação de mesas para distribuição de material de campanha e a utilização de bandeiras ao longo das vias públicas, desde que móveis e que não dificultem o bom andamento do trânsito de pessoas e veículos. (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013)

§ 7º A mobilidade referida no § 6º estará

caracterizada com a colocação e a retirada dos meios de propaganda entre as seis horas e as vinte e duas horas. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 8º A veiculação de propaganda eleitoral em bens particulares deve ser espontânea e gratuita, sendo vedado qualquer tipo de pagamento em troca de espaço para esta finalidade. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

Art. 38. Independe da obtenção de licença municipal e de autorização da Justiça Eleitoral a veiculação de propaganda eleitoral pela distribuição de folhetos, adesivos, volantes e outros impressos, os quais devem ser editados sob a responsabilidade do partido, coligação ou candidato. (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013)

§ 1º Todo material impresso de campanha eleitoral deverá conter o número de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ ou o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF do responsável pela confecção, bem como de quem a contratou, e a respectiva tiragem. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 2º Quando o material impresso veicular propaganda conjunta de diversos candidatos, os gastos relativos a cada um deles deverão constar na respectiva prestação de contas, ou apenas naquela relativa ao que houver arcado com os custos. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 3º Os adesivos de que trata o *caput* deste artigo poderão ter a dimensão máxima de 50 (cinquenta) centímetros por 40 (quarenta) centíme-

tros. (Incluído pela Lei nº 12.891, de 2013)

§ 4º É proibido colar propaganda eleitoral em veículos, exceto adesivos microperfurados até a extensão total do para-brisa traseiro e, em outras posições, adesivos até a dimensão máxima fixada no § 3º. (Incluído pela Lei nº 12.891, de 2013).

E todos os gastos inerentes a esses meios de divulgação das plataformas políticas devem necessariamente ser informados à Justiça Eleitoral pelo mecanismo de prestação de contas¹⁴, este também pormenorizadamente disciplinado na aludida legislação de regência, de forma a se viabilizar o controle a propósito da legalidade, lisura e regularidade dos recursos arrecadados e dispendidos na disputa.

De um modo geral, a fase de propaganda propriamente dita é exaustivamente regulada, não havendo, pelo menos a princípio, cogitar-se em *ilícitos atípicos*. Mas com a pré-campanha é diferente.

Como bem se sabe, nos termos do artigo 36 da Lei nº 9.504/1.997, a “*propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 15 de agosto do ano da eleição*”. O período antecedente à cam-

14 Lei nº 9.504/1.997: “Art. 18-A. Serão contabilizadas nos limites de gastos de cada campanha as despesas efetuadas pelos candidatos e as efetuadas pelos partidos que puderem ser individualizadas. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015) Art. 18-B. O descumprimento dos limites de gastos fixados para cada campanha acarretará o pagamento de multa em valor equivalente a 100% (cem por cento) da quantia que ultrapassar o limite estabelecido, sem prejuízo da apuração da ocorrência de abuso do poder econômico. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015) Art. 20. O candidato a cargo eletivo fará, diretamente ou por intermédio de pessoa por ele designada, a administração financeira de sua campanha usando recursos repassados pelo partido, inclusive os relativos à cota do Fundo Partidário, recursos próprios ou doações de pessoas físicas, na forma estabelecida nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015) Art. 21. O candidato é solidariamente responsável com a pessoa indicada na forma do art. 20 desta Lei pela veracidade das informações financeiras e contábeis de sua campanha, devendo ambos assinar a respectiva prestação de contas. (Redação dada pela Lei nº 11.300, de 2006) Art. 22. É obrigatório para o partido e para os candidatos abrir conta bancária específica para registrar todo o movimento financeiro da campanha”.

panha eleitoral propriamente dita, chamado de “*pré-campanha*”, é regulado pelo artigo 36-A da mesma Lei nº 9.504/1997 que, em bom português, assim dispõe: “*Não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito de voto, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos [...]*”.

Nada obstante a clareza e a objetividade da norma advinda com a minirreforma de 2015 (Lei nº 13.165), a Justiça Eleitoral vinha interpretando o dispositivo das mais variadas formas, acabando com a necessária certeza e previsibilidade dos players eleitorais.

Até que o Tribunal Superior Eleitoral, em um primeiro momento, em vários precedentes da relatoria do ministro Luiz Fux, posicionou-se de forma a conferir a maior liberdade possível nesse cenário prévio à campanha, asseverando que “*a propaganda eleitoral extemporânea caracteriza-se somente mediante o pedido explícito de votos, nos termos do art. 36-A da Lei nº 9.504/97*”.¹⁵

Essa postura inaugural, extremamente liberal, permitia até a utilização de *outdoors*, como bem se observa do seguinte precedente no Recurso Especial Eleitoral nº 4160 do Tribunal Superior Eleitoral.:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA POR MEIO DE OUTDOOR. ART. 36-A DA LEI Nº 9.504/97. AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPLÍCITO DE VOTOS. OFENSA AO ART. 39, § 8º, DA LEI Nº 9.504/97 NÃO VERIFI-

15 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 3157, Acórdão, Relator(a) Min. Luiz Fux, Publicação: DJE - **Diário de Justiça Eletrônico**, Tomo 30, Data 08/02/2018, Página 90/91.

CADA. DESPROVIMENTO. 1. A *ratio essendi* subjacente à vedação do art. 36, *caput*, da Lei das Eleições, que preconiza que a propaganda eleitoral somente será admitida após 15 de agosto do ano das eleições, é evitar, ou, ao menos, amainar a captação antecipada devotos, o que poderia desequilibrar a disputa eleitoral, vulnerar o postulado da igualdade de chances entre os candidatos e, no limite, comprometer a própria higidez do prélio eleitoral. 2. A configuração da propaganda eleitoral extemporânea exige pedido explícito de voto, não possuindo tal aptidão a mera alusão a gestões, com enaltecimento de obras, projetos, qualidades do pré-candidato e outras condutas de divulgação da plataforma política. 3. *In casu*, verifica-se, da leitura do decisor regional, que não há elementos capazes de configurar a existência de propaganda eleitoral extemporânea. Isso porque o conteúdo transcrito não extrapola o limite normal da liberdade de expressão, estando ausente o pedido expresso de votos. 4. Agravo regimental desprovido.¹⁶

Todavia, duas circunstâncias motivaram uma reflexão mais profunda por parte da Justiça Eleitoral: (i) a excessiva utilização de meios de divulgação de grande impacto, como *banners*, *outdoors*, faixas e afins, todos estes proibidos na fase de campanha propriamente dita; e (ii) o uso desmesurado de recursos financeiros, seja em impulsionamento de mensagens em redes sociais, ou mesmo em

16 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 4160, Acórdão, Relator(a) Min. Luiz Fux, Publicação: DJE - **Diário de Justiça Eletrônico**, Tomo 35, Data 20/02/2018, Página 94/95.

outras formas de divulgação de ideias na fase de “pré-campanha”.

Daí que o TSE, uma vez mais, se debruçou sobre o tema, com várias posições dissonantes, o que reclamou pedido de vista do ministro Fux nos processos AgRg no AI 9-24 de Várzea Paulista/SP e AgRg no REspe 43-46 de Itabaina-SE. Na sessão ordinária noturna de 26 de junho de 2018, por maioria (vencidos os ministros Luiz Edson Fachin e Rosa Weber), o tribunal fixou as tão esperadas balizas sugeridas pelo ministro Luiz Fux, sendo que algumas delas, em nosso entendimento, são verdadeiros *illicitos atípicos*.

Primeira baliza: o pedido explícito de votos, entendido em termos estritos, configura propaganda antecipada irregular independentemente da forma utilizada ou da existência de dispêndio de recursos. É dizer: qualquer forma de pedido de votos atrai a norma que veda a propaganda extemporânea, com sujeição do autor e do beneficiário à pena de multa no valor de R\$ 5 mil a R\$ 25 mil, ou ao equivalente ao custo da propaganda, se este for maior.

Segunda baliza: os atos publicitários não eleitorais, assim entendidos aqueles sem qualquer conteúdo direta ou indiretamente relacionados com a disputa, consistem em indiferentes eleitorais, situando-se, portanto, fora da alçada da Justiça especializada.

Terceira baliza: o uso de elementos classicamente reconhecidos como caracterizadores de propaganda, desacompanhado de pedido explícito de voto, não enseja a irregularidade *per se*. Todavia, a opção pela exaltação de qualidades próprias para o exercício do mandato, assim como a divulgação de plataformas de campanha ou plano de governo acarreta, sobretudo quando a forma de manifestação possua uma expressão econômica minimamente relevante, obedecendo aos seguintes ônus e às exigências: a) impossibilidade de utilização de formas proscritas (proibidas) durante o período oficial (outdoor, brindes) se considerados com conteúdo eleitoral; b) respeito ao alcance das possibilidades do “pré-candidato médio”, sendo que eventuais excessos serão examinados sob o viés do abuso de poder econômico nos casos concretos.

Não há na lei qualquer vedação de utilização de formas de expressão vedadas no período da campanha propriamente dito. A vedação, sedimentada jurisprudencialmente, é um exemplo categórico de *ilícito atípico* criado pelo intérprete e guardião final da legislação eleitoral como forma de dar coerência e completude ao sistema, criando-se uma nova regra a partir do Direito já positivado e de seus princípios estruturantes.

Ademais, a extrapolação do limite de gastos que atinente ao alcance das possibilidades do pré-candidato mediano também é uma forma de *ilicitude atípica*, também instituída como forma de maximizar o princípio da máxima igualdade de oportunidades, do qual se extrai a regra de que não é possível abusar do poderio econômico e fazer gastos ao bel prazer do pré-candidato, exigindo-se moderação.

De se ver, portanto, que a *ilicitude atípica* é um fenômeno real e presente na regulação da pré-campanha eleitoral (momento este que seria melhor denominado de período antecedente ao registro das candidaturas), máxime em razão do advento das redes sociais e toda a imediatividade que lhe é inerente, alterando o panorama técnico e cultural existente.

4 Ilícitos atípicos nas condutas vedadas aos agentes públicos

A máquina pública é um fator de notório desequilíbrio nos pleitos eleitorais brasileiros, o que acabou por se acentuar com o instituto da reeleição. Daí porque “*o principio da máxima igualdade na disputa impõe uma postura ativa e combativa do uso do poder político na disputa eleitoral*” (SALGADO e BERNARDELLI, 2015, p. 103).

O legislador, atento a essa realidade, disciplinou um extenso rol de condutas vedadas aos agentes públicos no artigo 73 e seguintes da Lei nº 9.504/1.997. Dentre essas, recorta-se, para efeito de análise no estudo em apreço, a do inciso VI, alínea “b”, que assim dispõe:

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

[...]

VI - nos três meses que antecedem o pleito:

[...]

b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral.

Alvim (2016, p. 497), a propósito da figura legal, assevera:

O espírito da regra é evitar a promoção indireta da (re)candidatura de gestores públicos, a partir da propalação desenfreada de sucessos administrativos custeada pelos cofres públicos. Cuida-se de ilícito de índole objetiva, sendo desnecessária a verificação de intuito eleitoreiro.

Trata-se de proibição também circunscrita aos limites do pleito, vigente a partir dos três meses que antecedem as eleições, independentemente de haver sido autorizada em momento anterior.

Obviamente que a lei, instituída em 1997, não conseguiria prever a existência das redes sociais, tal qual *facebook* e *instagram*, e todo o seu alcance quando utilizados pessoalmente pelo gestor.

A princípio, portanto, essas publicações não estariam vedadas nas redes sociais, porquanto a publicidade institucional, assim prevista na legislação e assim entendida pela doutrina, seria aquela oficial, custeada com recursos públicos.

Todavia, a realização de promoção da gestão e da figura do gestor nas redes sociais, mediante enaltecimento dos atos e enunciação de obras, sobretudo quando promovida pela equipe de comunicação, ainda que inexistente vedação legal expressa, contraria o princípio da igualdade de oportunidades, causando uma fissura no sistema legal protetivo.

Nasce daí, então, um novo dever jurídico, uma novel regra, qual seja, a de que é vedada a utilização das redes sociais como forma de burlar a vedação já existente de publicidade institucional.

O Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso, atento a essa nova realidade, reconheceu a ilicitude dessa prática, homenageando a principiologia inerente ao microsistema eleitoral, como se pode ver:

Verifica-se, conforme inicial e imagens juntadas, que foi efetuada na página pessoal do representado José Pedro Gonçalves Taques, atual Governador do Estado de Mato Grosso, postagens contendo farto material visual de atos que praticou constando em algumas imagens a logomarca de sua gestão, que, segundo afirma o representante, caracterizariam de pronto a publicidade institucional em período vedado.

[...]

Não se nega o caráter pessoal da página na referida rede social, todavia, também não se pode negar que as páginas pessoais das mídias sociais podem representar nos dias atuais instrumento

de ampla divulgação de propaganda institucional.

Em outras palavras, o que a norma pretende preservar é a igualdade de oportunidades no pleito eleitoral, entre aqueles que exercem função pública concomitante as eleições e os que não exercem, independentemente do veículo de propaganda utilizada.

Assim, em análise preliminar, entendo estar presente os requisitos autorizadores da tutela cautelar, visto que várias das postagens contêm notória propaganda institucional, tanto que traz a logomarca do Governo do Estado de Mato Grosso, a exemplo dos casos citados na petição de fls. 05.

Assim, DEFIRO a liminar pleiteada para que seja retirada ou indisponibilizada da página pessoal do Instagram do representado todas as postagens cujo seu conteúdo faça menção a logomarca do Governo do Estado de Mato Grosso e/ou caracterize como propaganda institucional elaborada pelo Governo do Estado, no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas.¹⁷

Esse é apenas um pequeno exemplo do grande microssistema eleitoral, o qual se reputa como suficiente para os fins ora pretendidos, uma vez que o presente estudo não tem a pretensão de exaurir todas as hipóteses de ilícitos atípicos, mas apenas demonstrar a sua

17 BRASIL Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso. **REPRESENTAÇÃO (11541)** Nº 0600248-72.2018.6.11.0000 Relator(a) Dr. Ricardo Gomes de Almeida. Disponível em: <www.tre-mt.jus.br>. Acesso em: 27 jul. 2018.

incidência no âmbito das condutas vedadas, assim como na propaganda eleitoral, como já exposto em linhas volvidas.

5 Conclusão

O Direito não é estanque. Há um limite intransponível na atuação do legislador, o qual não tem o dom da onisciência. A inexorável incompletude do Direito Positivo é consequência dessa impossibilidade de antever tudo, bem ainda da constante evolução da ordem social, econômica e política, as quais demandam, sempre e a cada vez mais, novas soluções.

Além do mais, a imediatividade da modernidade atual, alcu-nhada de “*modernidade líquida*”¹⁸ por Bauman (2001, p. 15), exige soluções muitas vezes incompatíveis com a necessária delonga decorrente das deliberações parlamentares, ainda não acostumados com o ritmo frenético da nova realidade vivenciada, a evidenciar um maior espaço de atuação dos intérpretes do direito posto.

A esse propósito, Engisch (2001, p. 173) já observava que:

A própria lei e o seu conteúdo interno não são uma coisa estática como qualquer facto histórico passado (<<eternamente quieto permanece o passado>>), mas são algo de vivo e de mutável e são, por isso, susceptíveis de adaptação. O sentido da lei logo se modifica pelo facto de ela constituir parte integrante da ordem jurídica global e de, por isso, participar na sua constante trans-

18 “*Seria imprudente negar, ou mesmo subestimar, a profunda mudança que o advento da “modernidade fluida” produziu na condição humana. O fato de que a estrutura sistêmica seja remota e inalcançável, aliado ao estado fluido e não-estruturado do cenário imediato da política-vida, muda aquela condição de um modo radical e requer que repensem os velhos conceitos que costumavam cercar suas narrativas*” (BAUMAN, 2001, p. 15).

formação, por força da unidade da ordem jurídica. As novas disposições legais refletem sobre as antigas o seu sentido e modificam-nas. Mas não é só uma mudança no todo do Direito que arrasta atrás de si, como por simpatia, o Direito preexistente: também o fluir da vida o leva atrás de si. Novos fenômenos técnicos, económicos, sociais, políticos, culturais e morais têm de ser juridicamente apreciados com base nas normas jurídicas preexistentes. Ao ser o Direito obrigado a assumir posição em face de fenômenos e situações que o legislador histórico de maneira nenhuma poderia ter conhecido ou pensado, ele cresce para além de si mesmo.

Daí o porquê do acerto e da necessidade da teoria da ilicitude atípica proposta por Atienza e Manero (2014) e seu imprescindível aproveitamento ao Direito Eleitoral positivo brasileiro, fruto este de inúmeras reformas ao longo de cada 2 (dois) anos, o que acaba por deformar o sistema regulatório das campanhas eleitorais.

Nesse quadro caótico, exsurge a responsabilidade dos intérpretes no sentido de manter a coerência e a organicidade do Direito, recaindo-lhes o pesado fardo argumentativo de salvar os princípios estruturantes do Direito Eleitoral.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Frederico Franco. **Cobertura política e integridade eleitoral: efeitos da mídia sobre as eleições**. Florianópolis: Habitus, 2018.

_____. **Curso de direito eleitoral**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos atípicos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

CYRINEU, Rodrigo Terra. **As tais “candidaturas laranjas”**: a fraude no preenchimento da cota de gênero. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-02/rodrigo-cyrineu-candidaturas-laranjas-fraude-cota-genero>>. Acesso em: 8 jul. 2018.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e a aplicação dos princípios e das cláusulas gerais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SALGADO, Eneida Desiree; BERNARDELLI, Paula. “A adoção da reeleição para o Poder Executivo no Brasil e suas incoerências com o sistema constitucional e eleitoral”. *In: **Reeleição presidencial nos sistemas políticos das Américas*** / Ana Claudia Santano (coord). Curitiba: Ithala, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. **O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto**. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso em: 7 jul. 2018.

INEXIGIBILIDADE DE QUITAÇÃO MILITAR PARA O ALISTAMENTO ELEITORAL DO INDÍGENA

Walter Figueirêdo Costa Neto¹

RESUMO

Aos povos indígenas é reconhecido nacional e internacionalmente o direito à participação na vida política do Estado, notadamente quanto aos direitos políticos, devendo concomitantemente haver o respeito às suas crenças e tradições. Para que o indígena possa plenamente exercer o direito ao sufrágio, é preciso realizar o alistamento eleitoral, procedimento que atesta o ingresso do cidadão ao corpo de eleitores do país. Considerando que entre os requisitos estabelecidos na legislação nacional para o alistamento eleitoral está a apresentação do certificado de quitação militar, surgem dúvidas acerca de sua aplicabilidade aos indígenas, visto que tal exigência estaria em tese criando uma obrigação contrária às suas crenças e tradições. Evidencia-se, portanto, uma colisão entre os princípios constitucionais da isonomia e do respeito às crenças e tradições dos povos indígenas. O presente estudo visa demonstrar, à luz do ordenamento jurídico que regulamenta o tema, que a exigência de comprovação de quitação com as obrigações militares como requisito para o alistamento eleitoral não é aplicável ao eleitor indígena.

PALAVRAS-CHAVES: 1. Direitos políticos
2. Alistamento eleitoral
3. Serviço militar 4. indígenas

¹ Especialista em Direito Eleitoral pelo Instituto de Direito Público (IDP), Bacharel em Direito pela Fundação Universidade Federal de Rondônia (UNIR). Analista Judiciário no Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso. E-mail: figueiredow@hotmail.com.

1 Introdução

A importância dos povos indígenas é reconhecida por organismos internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT), sendo a estes garantido o pleno direito à participação na vida política do Estado.

Nesse cenário, o Brasil alçou em nível constitucional a proteção às comunidades indígenas, assegurando o respeito às suas crenças e tradições. Além disso, reconhece aos povos indígenas pleno exercício dos direitos políticos.

Em que pese a garantia aos direitos políticos deva ser a mais ampla possível, o seu exercício exige o preenchimento de determinados requisitos, que no Brasil são estabelecidos pela própria Constituição Federal, pelo Código Eleitoral, bem como pela Resolução TSE nº 21538/03.

Considerando que o Código Eleitoral traz como uma das exigências para o alistamento eleitoral a comprovação de quitação com as obrigações militares, o presente estudo visa demonstrar, à luz do ordenamento jurídico pátrio, que tal requisito não se aplica aos indígenas, sobretudo quando o tema é analisado sob a ótica dos princípios constitucionais.

2 Direitos reconhecidos aos povos indígenas

Conforme censo realizado em 2010, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a população indígena no Brasil era de aproximadamente 818 mil pessoas, o que representava à época, cerca de 0,42% da população total do país (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2010).

A denominação “índios” tem origem em um equívoco do navegador Cristóvão Colombo que, ao chegar na América Central em 1492, pensando ter chegado à Índia, descobrindo uma nova rota pelo oceano Atlântico, assim denominou os habitantes da “nova terra”

(ALMEIDA, 2012, p. 112).

Mesmo após a constatação do erro, os europeus continuaram a designar os habitantes originários da América de “índios” (ANJOS FILHO, 2009, p. 2400).

Segundo o art. 3º, inciso I, da Lei nº 6601/73 (Estatuto do Índio), considera-se índio ou silvícola todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional.

Convém esclarecer que apesar do dispositivo legal tratar como sinônimo as expressões índio e silvícola elas não se confundem, visto que silvícola é todo aquele que nasce ou habita na selva, seja ele índio ou não (ALMEIDA, 2012, p. 112).

Assim, é preciso fazer uma releitura da Lei nº 6601/73, interpretando-a conforme os princípios norteadores que permeiam a atual Carta da República.

Nessa toada, o Supremo Tribunal Federal, na Petição nº 3388/RR, de relatoria do então Ministro Carlos Britto, definiu que “a proteção constitucional conferida aos índios não faz qualquer distinção entre aqueles que se encontrem em estágio primitivo de habitação na selva ou em processo de aculturação”.

Considerando a importância que representam na formação cultural do país, um extenso arcabouço normativo garante proteção às comunidades indígenas, cujos princípios informadores são extraídos dos artigos 231 e 232 da Constituição Federal, podendo ser resumidos em: a) princípio do reconhecimento e proteção do Estado à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos índios; b) princípio do reconhecimento dos direitos originários dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam; c) princípio da igualdade de direitos e da igual proteção legal.

A esse conjunto normativo específico Robério Nunes Anjos Filho denomina direito constitucional indigenista (ANJOS FILHO, 2009, p. 2402).

No âmbito infraconstitucional, é a Lei nº 6001/73 (Estatuto do Índio) que regulamenta a situação jurídica da população indígena, com o fim de harmonizar seus aspectos culturais com a progressiva integração na sociedade nacional.

Em nível internacional, a Declaração Universal dos Povos Indígenas da Organização das Nações Unidas (2007) consagrou e garantiu o direito de participação do indígena na vida política do Estado, nos seguintes termos:

Artigo 5º - Os povos indígenas têm o direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo ao mesmo tempo seu direito de participar plenamente, caso o desejem, da vida política, econômica, social e cultural do Estado.

Além disso, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais (1989), estabeleceu, em seu artigo 2º, a necessidade de atuação do Estado para assegurar o gozo dos direitos, em condições de igualdade, a todos os membros dos povos indígenas.

Desse modo, percebe-se que aos povos indígenas é garantida ampla participação na tomada de decisões políticas fundamentais do país, inviabilizando-se a manutenção, no ordenamento jurídico brasileiro, de quaisquer restrições ao exercício dos direitos políticos dos membros dessas comunidades, a não ser aquelas constantes do próprio texto constitucional.

3 Alistamento eleitoral

A Constituição Federal afirma no artigo 1º, parágrafo único, que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. Corolário ao funcionamento da demo-

cracia representativa, o Estado deverá estruturar o corpo eleitoral para que os cidadãos possam escolher seus mandatários.

Nesse contexto, exsurge a importância do alistamento eleitoral; como procedimento que permite ao indivíduo o ingresso ao corpo de cidadãos do país, estando a partir deste ato legitimado a exercer o direito de sufrágio.

Conforme leciona Fávila Ribeiro, “o alistamento eleitoral consiste no reconhecimento da condição de eleitor, que corresponde à aquisição da cidadania determinando a inclusão do nome do alistando no corpo eleitoral” (RIBEIRO, 2000, p. 213).

Nas palavras de Joel José Cândido “o alistamento eleitoral, mais que mero ato de integração do indivíduo ao universo dos eleitores, é a viabilização do exercício efetivo da soberania popular, através do voto e, portanto, a consagração da cidadania” (CÂNDIDO, 2004, p. 77).

Corroborando este entendimento, Marcos Ramayana afirma que “é através do alistamento eleitoral que a pessoa se qualifica e inscreve-se como eleitor, passando a ter o atributo jurígeno constitucional da cidadania, podendo votar e, portanto, exteriorizar a sua capacidade eleitoral ativa” (RAMAYANA, 2010, p. 106).

Posto isso, é possível definir alistamento eleitoral como ato jurídico declaratório do atributo da cidadania, por meio do qual a pessoa natural comprova que preenche os requisitos legais para o exercício dos direitos políticos *stricto sensu*, passando a compor o corpo de eleitores do país.

A Constituição Federal, no seu art. 14, §1º, incisos I e II, determina que o alistamento eleitoral é obrigatório para os brasileiros natos e naturalizados maiores de 18 anos e facultativo para analfabetos, maiores de 70 e menores de 16 anos.

No Brasil, a competência para o processamento do alistamento eleitoral é da Justiça Eleitoral, assim como toda a gestão do cadastro nacional de eleitores.

O Código Eleitoral e a Resolução TSE nº 21538/03 regula-

mentam como deve ser o procedimento de alistamento eleitoral perante a Justiça Eleitoral.

Dispõe o art. 42 do Código Eleitoral que o alistamento eleitoral se faz mediante a qualificação e inscrição do eleitor. A qualificação é a prova do preenchimento das exigências legais para exercer o direito de voto. Já a inscrição eleitoral é a obtenção do título de eleitor, fazendo com que o cidadão passe a integrar o cadastro nacional de eleitores.

O art. 44 do mesmo diploma legal informa que deve o requerente, antes da inscrição, apresentar os documentos que comprovem o cumprimento dos requisitos legais para o alistamento eleitoral, a saber: a) documento oficial de identificação do qual se infiram a nacionalidade brasileira originária ou derivada e a idade mínima exigida; b) certificado de quitação do serviço militar; c) comprovante de domicílio eleitoral.

Destaque-se ainda que a apresentação do certificado de quitação militar é obrigatória somente para os homens maiores de 18 anos, dispensados aqueles que houverem ultrapassado a idade de 45 anos, conforme disposto no art. 5º, da Lei nº 4375/64.

Entre os efeitos que decorrem do alistamento eleitoral é possível apontar: a) definição da condição de eleitor; b) determinação do número de representantes nas eleições proporcionais; c) vinculação do eleitor à seção eleitoral; d) delimitação da circunscrição eleitoral do eleitor, com reflexos diretos na disputa a cargos eletivos.

Nesse espectro, é possível afirmar que o alistamento eleitoral tem representação de destaque dentro do processo eleitoral, merecendo especial atenção no tocante à regulamentação de seus requisitos.

4 Serviço militar obrigatório e indígenas

A Lei nº 4375/64, que regulamenta o serviço militar obrigatório, nada dispõe acerca da prestação do serviço militar por indígenas

nas. Entretanto, o seu art. 13 prescreve que a seleção da classe a ser convocada e dos voluntários deverá ser realizada com observância dos aspectos físico, cultural, psicológico e moral. Como se observa, o aspecto cultural é um dos fatores que devem ser ponderados para o preenchimento dos quadros das Forças Armadas.

Considerando a lacuna legislativa no tocante à prestação do serviço militar obrigatório pelos indígenas, o Ministério da Defesa editou a Portaria MD/SPEAI/DPE nº 983/03, que no seu Anexo PS-04/T, estabelece a diretriz para o relacionamento das Forças Armadas com as comunidades indígenas, prevendo como atribuição principal da Secretaria de Logística e Mobilização:

1) Quando da elaboração do Plano Geral de Convocação e das diretrizes e normas gerais relativas ao serviço militar, considerar para a seleção para o serviço militar inicial, dependendo da localidade onde se der o recrutamento, a priorização da incorporação de jovens oriundos das comunidades indígenas, desde que voluntários e aprovados no processo de seleção.

No mesmo sentido a Portaria MD/EME nº 20/03, também do Ministério da Defesa, que aprova a Diretriz para o relacionamento do Exército Brasileiro com as comunidades indígenas, estabelece como atribuição principal dos Comandos Militares de Área que:

3) Quando da seleção para o serviço militar inicial, priorizar a incorporação de jovens oriundos das comunidades indígenas, desde que voluntários e aprovados no processo de seleção.

Assim, imperioso destacar o aspecto da voluntariedade para a prestação de serviços militares de jovens indígenas, o que está em

consonância com o estatuto constitucional de proteção às tradições culturais, aos costumes e à organização social dos povos indígenas.

5 A prestação de serviço militar como requisito para o alistamento eleitoral do indígena

É pacífico o entendimento dos Tribunais Eleitorais de que aos indígenas é assegurado o direito, independentemente serem ou não integrados, de se alistarem como eleitores e de votarem, desde que atendidos os preceitos legais regulamentadores da matéria.

Nesse panorama, correto seria afirmar que o disposto no artigo 44, do Código Eleitoral, que exige para a realização do alistamento eleitoral, a apresentação do certificado de quitação do serviço militar para os homens maiores de 18 anos, ao menos em tese, aplica-se aos indígenas.

E caminhou nesse sentido o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, ao editar a Resolução TSE nº 20806/01, em resposta à consulta eleitoral formulada no Processo Administrativo nº 18391/AP. A referida resolução está assim ementada:

Alistamento eleitoral. Exigências. São aplicáveis aos indígenas integrados, reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, nos termos da legislação especial (Estatuto do Índio), as exigências impostas para o alistamento eleitoral, inclusive de comprovação de quitação do serviço militar ou de cumprimento de prestação alternativa. (sem grifo no original)

A Corregedoria Regional Eleitoral de São Paulo adota este mesmo entendimento no Item nº 34.1 do seu Código de Normas de Serviço para os Cartórios Eleitorais, *in fine*:

34.1 São aplicáveis aos indígenas as exigências impostas para o alistamento eleitoral, inclusive de comprovação de quitação do serviço militar ou de cumprimento de prestação alternativa. (sem grifo no original)

No mesmo sentido é o Item 5 da Orientação nº 02/2018, da Corregedoria Regional Eleitoral de Mato Grosso, a saber:

5. Quando aplicável, aos indígenas do sexo masculino, maiores de 18 anos de idade, até o dia 31 de dezembro do ano em que completarem 45 anos, será exigido comprovante de quitação com o serviço militar ou de cumprimento de prestação alternativa, nos termos do art. 44, II, do Código Eleitoral (Redação dada pela Orientação nº 04/2018). (sem grifo no original)

Nesse contexto, a Procuradoria Regional Eleitoral de São Paulo ingressou com o Processo Administrativo nº 1919-30.2014.6.00.0000 perante o Tribunal Superior Eleitoral, requerendo a declaração de nulidade do dispositivo do Código de Normas de Serviço para os Cartórios Eleitorais da Corregedoria Regional Eleitoral de São Paulo que exige a apresentação da prova de quitação com o serviço militar aos indígenas.

Ao enfrentar a questão o Tribunal Superior Eleitoral optou pelo meio termo como forma de compatibilizar o princípio constitucional da isonomia e o princípio constitucional que impõe ao Estado o respeito às crenças e tradições dos povos indígenas, ficando assim ementado o acórdão:

Processo administrativo. Solicitação. Alteração. Normas de serviço. Exigência. Apresentação. Comprovante. Quitação militar. Indígenas 'integrados'. Garantia. Alistamento eleitoral. Desinfluência. Categorização. Atendimento. Preceitos legais. Apresentação. Documentação comprobatória. 1. Os indígenas têm assegurado o direito de se alistar como eleitores e de votar, independentemente de categorização prevista em legislação especial infraconstitucional, a partir dos dezesseis anos, desde que atendidos os preceitos legais regulamentadores da matéria, conforme orientação firmada por esta corte superior. 2. Todo cidadão do sexo masculino, maior de dezoito anos, que comparece a unidade eleitoral - cartório, posto ou central de atendimento - com a finalidade de se alistar eleitor, deve apresentar, entre outros documentos, comprovante de quitação das obrigações militares, nos exatos termos do art. 44, II, do Código Eleitoral. **3. Tendo em conta a desinfluência da classificação conferida ao indígena para esta justiça especializada e a garantia constitucional relativamente a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições (Constituição, art. 231), será solicitado, na hipótese de requerer alistamento eleitoral, documento hábil obtido na unidade do serviço militar do qual se infira sua regularidade com as obrigações correspondentes, seja pela prestação, dispensa, isenção ou quaisquer outros motivos admitidos pela legislação de regência da matéria, em conjunto ou não com o do órgão competente**

de assistência que comprove a condição de indígena, ambos estranhos à órbita de atuação da justiça eleitoral. (sem grifo no original)

(Ac. de 10.2.2015 no PA nº 191930, rel. Min. João Otávio de Noronha.)

Noutro sentido, o Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia, por maioria de votos, acatando pedido formulado pela Procuradoria Regional Eleitoral de Rondônia na Representação nº 30-29.2014.6.22.0000, declarou a nulidade do Item 24.29 do Provimento nº 02/2007 da Corregedoria Regional Eleitoral de Rondônia, que exigia a quitação eleitoral como condição indispensável para o alistamento eleitoral do indígena. Segue a ementa do acórdão que julgou a representação:

Representante: Ministério Público Eleitoral Representação. Provimento corregedoria regional eleitoral. Alistamento eleitoral. Índios integrados. Exigência de comprovante quitação do serviço militar. Restrição ao exercício da cidadania. Direito a organização social e preservação de seus costumes. Crenças e tradição. Revogação. **I – Vincular o direito ao alistamento eleitoral à apresentação de certificado de quitação do serviço militar, impondo obrigação estranha às tradições e cultura atinentes aos indivíduos pertencentes às comunidades indígenas, implicaria em grave restrição ao exercício da cidadania pelos índios.** II – Superada a questão de classificação dos índios quanto ao seu grau de integração à sociedade, como justificativa para deixar de se reconhecer os direitos e a capacidade dos povos indígenas em participar do proces-

so eleitoral, deve-se resguardar o direito à organização social e à preservação de seus costumes, crenças e tradição, a teor do disposto no art. 231 da Constituição Federal, com o afastamento da exigência de certificado de quitação do serviço militar para o requerimento de alistamento eleitoral dos indígenas. III – Representação julgada procedente para revogar o item 24.29 do Provedimento da Corregedoria n. 02/2007 do Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia. ACORDAM os Membros do Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia, nos termos do voto do relator, à unanimidade, em receber a Representação como Petição e, no mérito, por maioria, vencido o relator, nos termos do voto divergente do Juiz Juacy dos Santos Loura Junior, **julgar procedente e reconhecer a nulidade do item 24.29 do Provedimento n. 02/2007 da Corregedoria Regional Eleitoral, quanto à obrigatoriedade de apresentação de certificado de quitação do serviço militar quando do alistamento de indígenas integrados à sociedade.** (sem grifo no original) (Ac. 359, de 16.12.2014 na RP nº 30-29.2014.6.22.0000, Rel. designado para o acórdão Desembargador Roosevelt Queiroz Costa)

Fica claro, portanto, que a legislação é silente e a jurisprudência ainda é oscilante, pairando dúvidas acerca da exigibilidade do certificado de quitação militar para o alistamento eleitoral dos indígenas.

6 Inexigibilidade da quitação do serviço militar para o alistamento eleitoral de indígenas

Está caracterizado que a Constituição Federal confere tratamento especial aos povos indígenas, notadamente quanto ao direito à sua organização social e à preservação de seus costumes, crenças e tradições, devendo estes serem amplamente respeitados pelos organismos estatais.

Observa-se que o constituinte criou um denso arcabouço principiológico para concretizar a proteção às comunidades indígenas, que deve ser rigorosamente seguido pelo Estado. Conforme discorre Alexy (2008, p. 90-1), “os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandados de otimização”.

Complementa Nathalia Masson afirmando que é dever do legislador e do juiz, realizar a leitura das normas infraconstitucionais com os “óculos da Constituição”, com o fim de maximizar os direitos fundamentais estabelecidos na Carta da República (MASSON, 2017, p. 215).

Na mesma linha caminha os ensinamentos de Pedro Lenza, afirmando que :

Considerando que eventualmente possa haver colisão e incompatibilidades entre diferentes direitos, caberá ao intérprete decidir qual deverá prevalecer, sempre tendo em conta a regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugando-a com a sua mínima restrição (LENZA, 2009, p. 672).

Em que pese a exigência da apresentação do certificado de quitação militar ao indígena possa parecer nítida decorrência do

princípio constitucional da isonomia, há que se reconhecer que sua aplicação pura e simples entra em rota de colisão com o princípio constitucional que impõe ao Estado o respeito às crenças e tradições dos povos indígenas.

De acordo com Robério Nunes Anjos Filho, aplica-se às comunidades indígenas o princípio da máxima proteção aos índios, do qual deriva o *in dubio pro indígena*, no tocante à resolução de conflitos normativos envolvendo os direitos indigenistas (ANJOS FILHO, 2009, p. 2402).

O direito à integração do membro de comunidade indígena deve ser compatibilizado com o respeito às suas crenças e tradições, sob pena de caracterizar verdadeira integração forçada.

Nesse panorama, exigir comprovação da quitação do serviço militar ao indígena, respaldado no manto da isonomia, é extremamente desarrazoado e perigoso, visto que a imposição de uma obrigação estranha às suas crenças e tradições estaria até mesmo descaracterizando-o como membro da comunidade indígena.

Ademais, a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas da Organização das Nações Unidas (2007) veda a integração forçada do membro de comunidade indígena à comunidade nacional, nos seguintes termos:

Artigo 8º - 1. Os povos e pessoas indígenas têm direito a não sofrer assimilação forçada ou a destruição de sua cultura.

2. Os Estados estabelecerão mecanismos eficazes para a prevenção e a reparação de:

d) Toda forma de assimilação ou integração forçadas [...].

Logo, é indiscutível que os povos indígenas possuem pleno direito de participação na vida política nacional, sem que para isso precisem submeter-se a situações alheias às suas tradições e cultura,

como é o caso das obrigações militares.

Considerando que a legislação que regulamenta a prestação do serviço militar obrigatório afirma que deve preponderar o aspecto da voluntariedade para a prestação de serviços militares de jovens indígenas, a legislação eleitoral que trata dos requisitos legais do alistamento eleitoral deve ser interpretada em consonância com o estatuto constitucional de proteção às tradições culturais, aos costumes e à organização social dos povos indígenas.

Nesse contexto, não pode a Justiça Eleitoral exigir comprovante de quitação da obrigação militar aos indígenas como requisito para o alistamento eleitoral, visto que sequer a legislação especial que trata da prestação do serviço militar traz essa obrigatoriedade.

7 Considerações finais

O cenário ora descrito apresenta um aparente conflito normativo entre princípios constitucionais. De acordo com as lições do Ministro Gilmar Mendes, “o exercício dos direitos individuais, não raro, acarreta conflitos com outros direitos constitucionalmente resguardados, dada a circunstância de nenhum direito ser absoluto ou prevalecer perante os demais em abstrato” (MENDES et al., 2009, p. 328).

De um lado o princípio constitucional da isonomia, que em tese exigiria a observância pelos indígenas, dos mesmos requisitos para o alistamento eleitoral, notadamente a apresentação do certificado de quitação com o serviço militar.

Noutro vértice, o princípio constitucional que garante às comunidades indígenas o direito à participação da vida política do Estado, sem que isso possa configurar abandono forçado às suas crenças e tradições, o que eximiria o indígena do preenchimento do requisito da prestação do serviço militar como condicionante para o alistamento eleitoral.

Na busca de compatibilizar os princípios em colisão, é possí-

vel afirmar que as exigências para o alistamento eleitoral dos membros das comunidades indígenas devem respeitar as peculiaridades estabelecidas pela própria ordem constitucional, que ampara não só seu direito ao exercício da cidadania, mas também resguarda suas tradições.

Nesse ínterim, as normas dos Tribunais Eleitorais que exijam a apresentação de certificado de quitação do serviço militar para os indígenas devem suplantar qualquer entendimento que crie obrigação ao indígena em que possa configurar integração forçada, por meio de exigências que conflitem com suas crenças e tradições.

Em conclusão, não obstante o Código Eleitoral traga a quitação com as obrigações militares como requisito intrínseco para o alistamento eleitoral, o indígena deve ser excepcionalizado da regra geral, uma vez que a Constituição Federal estabelece proteção à cultura indígena, de forma a impedir a imposição de regras e comportamentos estranhos a sua organização social e cultural.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Roberto Moreira de. Alistabilidade e elegibilidade do silvícola no ordenamento jurídico brasileiro. Brasília: **Rev. Inf. Leg.**, v. 49, n. 196, p. 111-32, out./dez. 2012.

ANJOS FILHO, Robério Nunes. Arts. 231 e 232. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, WALBER DE Moura (orgs.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 2399-2428.

CÂNDIDO, Joel José. **Direito eleitoral brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Edipro, 2004.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAGIA E ESTATÍSTICA. **Censo Demográfico de 1991-2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: <<https://indigenas.ibge.gov.br/graficos-e-tabelas-2.html>>. Acesso em: 21 abr. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro: ONU, 2007. Disponível em: <https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção Sobre Populações Indígenas e Tribais**. Genebra: OIT, 1989. Disponível em <https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236247/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 21 abr. 2020.

RAMAYANA, Marcos. **Direito eleitoral**. 10. ed. Niterói: Impetus, 2010.

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

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEMOCRACIA

Marcos Henrique Machado¹

RESUMO

O presente artigo visa abordar o papel constitucional do Ministério Público no Estado Democrático. Parte-se da teoria do Estado destacando o direito, o poder e a representação política, com ênfase na democracia pensada por Rousseau, interpretada por Kelsen e lapidada por Bobbio. Com base na evolução constitucional do Estado brasileiro, são identificadas as funções sociais do Ministério Público e sua relação com o poder, o Estado e o povo. À guisa de conclusões, busca-se fixar parâmetros de atuação democrática do Ministério Público, que consolidam sua responsabilidade constitucional no Estado brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Estado 2. Ministério Público 3. Democracia

1 Introdução

Na concepção de Locke (1966 apud MELLO, 2009, p. 79-110), a constituição da sociedade política significa a renúncia à liberdade do estado de natureza e a aceitação de regras fundamentais

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso - TJMT. Doutorando em Política Social pela Universidade de Brasília - UnB e Universidade Federal de Mato Grosso - UFMT - (DINTER). Mestre em Política Social pela Universidade Federal de Mato Grosso - UFMT. Especialista em Direito Civil, Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Difusos e Coletivos, Processual Civil e Processual Penal. M.B.L em Direito do Estado pela Universidade Castelo Branco - RJ. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Araçatuba - SP.

para a manutenção e bom funcionamento do pacto fundador do Estado moderno. Nesse modelo, cabe destacar a importância das leis, que devem ser estabelecidas e promulgadas com caráter universal, ou seja, para todos e de acordo com o interesse geral.

Esses atributos de legitimidade identificam a união e a direção de todos os membros da sociedade.

Segundo Maritain (1943, p. 57 apud KELSEN, 1993, p. 248), a consciência profana compreendeu que a autoridade do governo “só pode ser exercida com o consentimento dos governos” e que o governo só atua como “delegado ou representante” do povo.

A explicação vem do ensinamento do evangelho no sentido de que todos os homens são filhos de Deus e criados à Sua imagem.

O que importa considerar, a despeito da inspiração evangélica ou não, é que o princípio democrático advém do consentimento.

Tanto a representação, como o exercício do poder, dependem da vontade do povo. Com essa premissa, pretende-se desvendar o conceito e o sentido da democracia, visitando a teoria de Estado, as concepções clássicas do pensamento liberal e social, identificar a influência da democracia no Estado Moderno, as consequências daí advindas e a relação com o Direito, para então cotejar o Ministério Público no Estado brasileiro.

O Ministério Público brasileiro, como instituição, só nasceu na República, pois no Brasil-Império e no Brasil-Colônia os procuradores do rei eram meros representantes dos interesses da Coroa.

Com a proclamação da República, coube a Campos Salles, na qualidade de Ministro da Justiça do Governo Provisório, fazer com que o Ministério Público brasileiro recebesse porte e estatura institucional na estrutura constitucional do Estado.

Ao reparar a edição do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que dispôs sobre a Lei Orgânica da Justiça Federal, fez consignar na exposição de motivos:

O Ministério Público é instituição necessária em toda organização democrática e imposta pelas boas normas da justiça, à qual compete: velar pela execução das leis, decretos e regulamentos que devam ser aplicados pela Justiça Federal e promover a ação pública onde ela convier.

Registre-se que a *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* foi promulgada em 24 de fevereiro de 1891.

Essa inserção do Ministério Público, no ordenamento jurídico brasileiro, ocorreu sob a regência da *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824, porém após a Proclamação da República Brasileira, em 15 de novembro de 1889, que instaurou a forma republicana federativa presidencialista de governo no Brasil, derrubando a monarquia constitucional parlamentarista do Império do Brasil e, por conseguinte, pondo fim à soberania do imperador Dom Pedro II. Sob a liderança do marechal Deodoro da Fonseca, como presidente da república e chefe do Governo Provisório, do marechal Floriano Peixoto, como vice-presidente, e, como ministros, Benjamin Constant Botelho de Magalhães, Quintino Bocaiuva, Rui Barbosa, Campos Sales, Aristides Lobo, Demétrio Ribeiro e o almirante Eduardo Wandenkolk, todos membros regulares da maçonaria brasileira.

Depois de vários avanços e retrocessos republicanos, entre período de ditadura e renascimento democrático, a Constituição de 1988 incumbiu o Ministério Público de exercer a defesa do regime democrático (art. 127, *caput*).

2 O Estado de Direito

O Estado é uma abstração, um ente de natureza política que deve administrar as relações públicas inerentes à política e aos negócios públicos, além de gerir assuntos de interesse da sociedade civil.

Ao Estado inercial de Hobbes (1988 apud RIBEIRO, 2009, p. 51-78) sobrepuseram-se o liberalismo e o constitucionalismo presentes nos séculos XVII e XVIII.

No século XIX, institui-se o Estado de Direito.

É regido por normas constitucionais e legais, que devem atender aos interesses coletivos, sob pena de padecer de falta de legitimidade. Além disso, o Estado deve satisfazer as necessidades da população, mediar e solucionar dos conflitos.

No sentido jurídico, é o agrupamento de indivíduos, estabelecidos ou fixados em um território determinado e submetidos à autoridade de um poder público soberana, que lhes dá autoridade orgânica.

É a expressão jurídica mais perfeita da sociedade, mostrando-se também a organização política de uma nação, ou de um povo (SILVA, 1990, p. 206).

Desde sua primeira fase, a absolutista, o Estado figura como centro de poder e de controle. Todavia, somente após a Revolução Francesa é que o Direito passa a influir da condução dos interesses e negócios públicos.

Não por um acaso, a Revolução Francesa representou o conjunto de acontecimentos que, entre 5 de maio de 1789 e 9 de novembro de 1799, alteraram o quadro político e social da França. Ela começa com a convocação dos Estados Gerais e a Queda da Bastilha e se encerra com o golpe de Estado do 18 de brumário de Napoleão Bonaparte.

No contexto, estavam o antigo regime (*ancien régime*) e os privilégios do clero e da nobreza. A Revolução Francesa pelos ideais do Iluminismo e da Independência Americana (1776), uma das maiores revoluções da história da humanidade.

Por isso, ela é considerada como o acontecimento que deu início à Idade Contemporânea. Aboliu a servidão, os direitos feudais e proclamou os princípios universais de “*Liberdade, Igualdade e Fraternidade*” (*Liberté, Egalité, Fraternité*), frase de autoria de Je-

an-Jacques Rousseau (1999).

Nascem as primeiras normas constitucionais com a formação da Assembleia Nacional Constituinte, que aboliu o regime feudal e aprovou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*), inspirada na Declaração de Independência dos Estados Unidos, síntese do pensamento iluminista liberal e burguês.

Nesse documento, defendia-se o direito de todos à liberdade, à propriedade, à igualdade – igualdade jurídica, e não social nem econômica – e de resistência à opressão. A desigualdade social e de riqueza continuavam existindo. O nascimento, a tradição e o sangue já não podiam continuar a serem os únicos critérios utilizados para distinguir socialmente os homens. Na prática, tais critérios foram substituídos pelo dinheiro e pela propriedade, que, a partir daí, passam a garantir a seus detentores prestígio social.

Não foi só isso. Em agosto de 1790, foi votada a Constituição Civil do Clero, separando Igreja e Estado. Todavia, para frear o movimento popular, a Assembleia Nacional Constituinte, por meio da *Lei de Le Chapelier*, proibiu associações e coalizões profissionais (sindicatos), sob pena de morte.

A partir dos conflitos entre o público e o privado, entre indivíduos e organizações sociais internas, o Estado aparece como a mais sólida organização unitária.

De acordo com Del Vecchio (2005, p. 19), “nós damos o nome de Estado a um desses dois entes que atingiu o grau mais elevado de positividade, isto é, a mais alta e sólida organização unitária”.

Daí a relação íntima entre o Estado e o Direito, também formulada por Del Vecchio (2005):

Podemos, portanto, definir o Estado como o sujeito da vontade que estabelece (impõe) uma organização jurídica. Ou, também, em termos metafóricos, como o centro de irradiação das

normas que constituem um sistema jurídico positivo.

Sob a organização do Estado, quer seja “Liberal”, quer seja “de Direito”, a teoria jurídica do contrato particular decorre da teoria do contrato social, assegurada pelo brocardo latino *pacta sunt servanda*.

Significa: “os pactos devem ser respeitados” ou mesmo “os acordos devem ser cumpridos”. O único limite ao *pacta sunt servanda* é o *jus cogens*, do latim para “direito cogente”, que são as normas peremptórias gerais inderrogáveis pela vontade das partes. Dessas normas cogentes se vale o Estado.

Há aqui uma relação hierárquica (de subordinação) entre o Estado e o Direito. Essa constatação fica mais clara nos idos dos séculos XVIII e XIX, a partir da proclamação positivista: “o Direito legítimo é o Direito que emana do Estado”.

No século XX e com continuidade no início do século XXI, percebe-se uma variação nesse modelo da lógica unitária do Estado, em que o Direito é próprio Estado de Direito.

3 O Poder político

Os vocábulos “Estado” e “política” têm em comum a referência ao fenômeno do “poder”.

Se bem fixado o conceito de Estado ao da política, e desta ao de poder, torna-se possível identificar o poder político.

A tipologia clássica, que se encontra na “Política” de Aristóteles (1999), na qual são distinguidos três tipos de poder - do pai sobre os filhos, do senhor sobre os escravos, do governante sobre os governados - revela o governo paternalista ou patriarcal, no qual o soberano se comporta com os súditos como um pai e os súditos são tratados eternamente como menores de idade. Acrescenta que os três tipos de poder também podem ser diferenciados com base no

específico sujeito que se beneficia com o exercício do poder: o poder paterno é exercido no interesse dos filhos, o senhorial ou despótico no interesse do senhor, o político no interesse de quem governa e de quem é governado (donde as formas corruptas de regimento político, em que o governante, tornado tirano, governa apenas em seu próprio benefício).

Note-se que o poder em paterno é um dos *tópos* da teoria política clássica e moderna.

A teoria sobre a do Poder Político, portanto, constitui-se por meio do conceito de soberania ou *summa potestas*.

Hobbes (1647 *apud* BOBBIO, 1995, p. 83-84), antes de tratar do poder civil, introduz o familiar, mas considera que o poder por excelência é o político, o qual, legitimado por uma específica delegação de indivíduos isolados e aterrorizados, impelidos pela necessidade a sair do estado de natureza, controla tanto o poder espiritual quanto o econômico. Mesmo sob este aspecto, pode ser considerado como o primeiro e talvez o maior teórico do Estado moderno, vale dizer, do Estado cuja formação é acompanhada pela persistente ideia do primado da política.

A propósito, merece destaque a reflexão de Bobbio (1995, p. 80):

O poder político vai-se assim identificando com o exercício da força e passa a ser definido como aquele poder que, para obter os efeitos desejados (retomando a definição hobbesiana), tem o direito de se servir da força, embora em última instância, como extrema *ratio*. Aqui, o critério de distinção entre poder político e poder religioso é novamente o meio empregado: o poder espiritual serve-se principalmente de meios psicológicos mesmo quando se serve da ameaça de penas ou

da promessa de prêmios ultraterrenos; o poder político serve-se também da constrição física, como a que é exercida mediante as armas.

A força é o meio mais resolutivo para exercer o domínio do homem sobre o homem, quem detém o uso deste meio com a exclusão de todos. Os demais dentro de certas fronteiras é quem tem, dentro destas fronteiras, a soberania entendida como *summa potestas*, como poder supremo: *summa* no sentido de *superiorem non recognoscens*, suprema no sentido de que não tem nenhum outro poder acima de si.

Todavia, o uso da força física, todavia não é condição absoluta ou suficiente para o exercício do poder. Aliás, o que diferencia o Estado da Igreja é o exercício da força.

A definição do Poder Político como o poder está, na verdade, na possibilidade de recorrer, em última instância, à força, porque dela detém o monopólio do poder. A força, portanto, é o meio de que se serve o detentor do poder para obter os efeitos desejados.

Além do mais, definir o poder político como o poder cujo meio específico é a força serve para fazer entender porque é que ele sempre foi considerado como o sumo poder.

Em suma, o poder da política que diferencia o pensamento político moderno, de Maquiavel (1999, p. 73-74) a Hegel (1999, p. 124-124), e Marx (1999, p. 27) opõe-se tanto ao primado do poder espiritual, que particulariza a idade medieval das grandes controvérsias entre Estado e Igreja, quanto ao primado do poder econômico, cuja descoberta coincide com o nascimento do mundo burguês e o início da reflexão sobre o modo de produção capitalista.

4 A representação política

A representação política pode ser concebida como um meio legítimo de exercer funções públicas autorizadas ou delegadas por cidadãos, de forma regular e caráter estável, por governantes, de acordo com interesses coletivos e sujeição de uma responsabilidade

institucional.

É mais antiga do que os próprios sistemas representativos. Sua origem remonta ao Estado Medieval descentralizado, não unificado, com diversos centros de poder dispersos, predecessores dos Estados Modernos, unificados e centralizados. Seu princípio histórico evidencia que, na representação política, o representante “representa” é um interesse, age em nome e em defesa de cada um que o patrocina.

As antigas “côrtes”, “conselhos” ou “estados gerais” existentes na Idade Média, que se reuniam esporadicamente e que eram convocadas pelos monarcas como “*consilia regis*” (conselhos privados do rei), não tinham poder nem caráter deliberativos. Nelas estavam representados os que tinham interesses a defender: nobres, proprietários, o alto clero e as corporações de ofícios e de mercadores.

Todavia, embora servissem apenas para sancionar decisões reais, seus membros costumavam fazer petições que, acolhidas pelo monarca sob a forma de cartas reais, transformavam-se na principal fonte do direito da época.

Essa tradição teve origem na Inglaterra com a mais famosa delas, a chamada “Magna Carta”, de 1215.

Pela primeira vez, inscreveu-se o famoso princípio de “*no taxation without representation*”, ou seja, o monarca não poderia estabelecer novos impostos ou aumentar os existentes, sem o consentimento dos representantes dos que deviam pagá-los, o que constituiu uma primeira limitação aos poderes da realeza. Essa forma de representação, apesar de limitada, pode ser considerada a origem dos modernos parlamentos.

A “Revolução Gloriosa”, ocorrida na Inglaterra no ano de 1688, que precede em cerca de um século a Revolução Francesa de 1789 e a Americana de 1776-1787, marcos da vida parlamentar e dos sistemas representativos no mundo ocidental, é considerada como o ponto de partida de um sistema político incipientemente representativo.

A liberdade de opinião, a liberdade religiosa e os fundamentos

da liberdade política foram as principais conquistas dessa revolução, devido à sua importância para a história política e para a evolução do Direito, pois delineou, na prática, o exercício do poder representativo.

5 A democracia

Para Kelsen (1993, p. 99, 103), é o valor da liberdade e não o de igualdade que determina, em primeiro lugar, a ideia de democracia. A democracia é apenas uma forma, apenas um método de criação da ordem social.

Rousseau é um dos mais eficientes ideólogos da democracia, segundo Kelsen (1993, p. 172-173).

Desde o início do *Contrato social*, Rousseau (1999, p. 61), deixa claro que são as convenções que legitimam qualquer autoridade entre os homens, ao afirmar que:

Visto que homem algum tem autoridade natural sobre seus semelhantes e que a força não produz nenhum direito, SÓ restam as convenções como base de toda autoridade legítima existente entre os homens.

Note-se que a liberdade no estado natural é limitada pela força, ao passo que, com o contrato social, a liberdade civil encontra o seu limite na vontade geral.

Refletindo sobre o processo de direção soberana da sociedade, emerge do pacto social a vontade geral, na qual se concentra o direito soberano de zelar pelos destinos políticos emanados do pacto que estabeleceu a organização do Estado, cujo elemento principal é a garantia do bem comum.

Esse bem comum determina as bases sobre as quais esta sociedade deve ser governada.

Para Rousseau (1999, p. 86), a soberania não é “senão o exercício da vontade geral”. Algo indivisível e inalienável, uma vez que deve abranger o corpo do povo. Isto é visto como um princípio fundamental da constituição do pacto social que estabeleceu este ser coletivo. Um mesmo ser considerado sob dois aspectos. O soberano é o povo no estado ativo; o povo é o soberano no estado passivo.

Assim, quando o governo é confiado a todo o povo ou à maior parte dele, verifica-se o governo democrático; quando o governo é confiado a uma pequena parte do povo, verifica-se o governo aristocrático; e, quando é confiado apenas a um magistrado, o governo é monárquico.

Rousseau (1999) vê a existência de governos como uma espécie de mal em relação ao qual se deve estar sempre atento, em que pese ao papel que assume como uma espécie de mediador entre a vontade soberana e os súditos.

Acredita que as assembleias têm uma importância fundamental para avaliação e questionamento das posturas assumidas pelo príncipe. Por isso, devem ser realizadas como mecanismo de salvaguarda do corpo político, funcionando como freio do governo e reafirmação da soberania popular.

Radicaliza sua compreensão sobre o sentido da representação, ou seja, o que ela acarreta à soberania alcançada com o pacto político, chegando mesmo a afirmar que, “no momento em que um povo se dá representantes, não é mais livre, não mais existe” (ROUSSEAU, 1999, p. 188-189).

Defende de um modelo de democracia que sempre se preocupa com a garantia da vontade geral, que não significa a soma da vontade de todos, bem como a participação constante do conjunto das pessoas em assembleias, buscando sempre o consenso, a vontade geral e não os longos debates, as dissensões e o tumulto, que são característicos dos interesses particulares.

Além disso, outra salvaguarda do interesse geral é que não haja representantes que tomem as decisões pelas pessoas, uma vez

que a soberania não pode se representar sem se destruir.

Diante da preocupação com a possibilidade de usurpação do poder, por uma minoria de representantes, que têm o papel de fazer cumprir as leis, é que Rousseau (1999), considerada a democracia como modelo ideal de sistema político, vê este sistema como a melhor forma de a vontade geral dominar as vontades particulares.

Da idade clássica até os dias atuais, o termo “democracia” foi sempre empregado para designar uma das formas de governo, ou melhor, um dos diversos modos com que pode ser exercido o poder político.

Especificamente, o vocábulo “democracia” designa a forma de governo na qual o poder político é exercido pelo povo.

Na história do pensamento político, o posto em que se coloca a discussão a respeito da opinião, das características, das virtudes e dos defeitos da democracia é a teoria e a tipologia das formas de governo.

Portanto, qualquer discurso sobre a democracia não pode prescindir de determinar as relações entre a democracia e as outras formas de governo, pois somente assim é possível individualizar o seu caráter específico.

Em outras palavras, a democracia pertence a um sistema de conceitos, que constitui a teoria das formas de governo, por isso não pode ser compreendido em sua natureza específica senão em relação aos demais conceitos do sistema.

Explica Bobbio (1986, p. 135-136):

Considerar o conceito de democracia como parte de um sistema mais amplo de conceitos permite dividir o tratamento seguindo os diversos usos a que a teoria das formas de governo foi destinada, ao longo do tempo e segundo os diversos autores.

Portanto, a democracia é uma das três possíveis formas de governo na tipologia em que as várias formas de governo são classificadas com base no diverso número dos governantes. Em particular, é a forma de governo na qual o poder é exercido por todo o povo, ou pelo maior número, ou por muitos.

Distingue-se da monarquia e da aristocracia, nas quais o poder é exercido, respectivamente, por um ou por poucos.

Pode ser considerada com sinal positivo ou negativo, isto é, como uma boa forma ou como uma má forma.

Em relação ao modo de fazer política, Bobbio (1986) insere a democracia para distinguir um sistema democrático dos sistemas não democráticos.

Por sistema democrático entende-se hoje um conjunto de regras procedimentais, das quais a regra da maioria é a principal mas não a única.

Muito embora “democracia” seja um termo de vários significados, existe um preponderante, que consiste na mais ampla e segura participação da maior parte dos cidadãos, em forma direta ou indireta, nas decisões que interessam a toda a coletividade.

As regras são as seguintes:

- a) todos os cidadãos que tenham atingido a maioria, sem distinção de raça, religião, condições econômicas, sexo etc., devem gozar dos direitos políticos, isto é, do direito de exprimir com o voto a própria opinião e/ou eleger quem a exprima por ele;
- b) o voto de todos os cidadãos deve ter peso idêntico, isto é, deve valer por um;
- c) todos os cidadãos que gozam dos direitos políticos devem ser livres de votar segundo a própria opinião, formando o mais livremente possível, isto é, em uma livre concorrência entre grupos

- políticos organizados, que competem entre si para reunir reivindicações e transformá-las em deliberações coletivas;
- d) devem ser livres ainda no sentido em que devem ser colocados em condição de terem reais alternativas, isto é, de escolher entre soluções diversas;
 - e) para as deliberações coletivas como para as eleições dos representantes deve valer o princípio da maioria numérica, ainda que se possa estabelecer diversas formas de maioria (relativa, absoluta, qualificada), em determinadas circunstâncias previamente estabelecidas; e
 - f) nenhuma decisão tomada pela maioria deve limitar os direitos da minoria, em modo particular, o direito de tornar-se, em condições de igualdade, maioria.

6 O Estado Democrático

Por Estado Democrático se compreende o Estado que positivou a democracia como princípio fundamental ou a transformou em lei, a partir da obrigação de observá-la, respeitá-la e promovê-la.

O Estado de Direito, sem incidência de democracia, caracteriza-se pela positivação de direitos fundamentais, entre os quais a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança, e a propriedade.

No Estado de Direito, os direitos humanos são positivados. No Estado Democrático de Direito, o instrumental político e jurídico estatal serve à democracia.

Teoricamente, o Estado Democrático tem berço no socialismo, pois no regime socialista busca a igualdade real, de condições e oportunidades, muito além, portanto, da famosa igualdade de direitos, da igualdade formal. Porém, no plano histórico, concreto, do

socialismo realmente existente poucas experiências políticas foram dignas da expressão democracia ou *democracia popular*.

A democracia foi adotada como sistema ou princípio no Estado Moderno no século XX em diante.

O Estado brasileiro é um exemplo de Estado de Democrático de Direito ao se constituir em base democrática e jurídica (CF, art.1º).

A principal evidência do Estado Democrático decorre da *positivação das chamadas normas programáticas*, ou seja, as definições e conceituações acerca das *finalidades institucionais e precípuas* do Estado passaram paulatinamente por um processo de absorção pela Constituição Federal.

Com isso, as políticas públicas migraram para dentro do direito. Essa transformação caracteriza a passagem do governo dos homens ao governo das leis, segundo Bobbio (1986), bem como expressa a fixação das bases jurídicas, políticas e institucionais do Estado de Direito.

Como define Bobbio (1986, p. 170-171):

O governo das leis celebra hoje o próprio triunfo na democracia. E o que é a democracia se não um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue? e em que consiste o bom governo democrático se não, acima de tudo, no rigoroso respeito a estas regras? [...] No momento mesmo em que um regime democrático perde de vista este seu princípio inspirador, degenera rapidamente em seu contrário, numa das tantas formas de governo autocrático de que estão repletas as narrações dos historiadores e as reflexões dos escritores políticos.

Esse modelo de Estado se propôs positivar os meandros, os meios da mudança e da transformação do Estado de Direito Liberal.

O Estado Democrático se identifica pela rotatividade do poder, pelo sufrágio universal, pelo respeito às decisões da maioria, pela defesa dos direitos da minoria.

Entretanto, para não apenas formal ou eficaz, o Estado Democrático tem de ser político e social. E a efetividade da democracia, cabem às instituições constitucionais assegurar os preceitos e princípios geradores do Estado Democrático.

Em outras palavras, o Estado Democrático não é de fato democrático em virtude da doutrina anunciada pelos governantes ou pela dogmática prevista no seu ordenamento jurídico, mas pela realização das “regras do jogo”.

7 O papel do Ministério Público no Estado Democrático

A vigente Constituição Federal da República Federativa do Brasil (1988) define o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Vale lembrar que a Constituição Federal estabelece, em seu art. 129, que é função institucional do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição.

O Ministério Público brasileiro é composto por duas estruturas institucionais: o Ministério Público da União, compreendido pelos Ministérios Públicos Federal, do Trabalho, Militar e do Distrito Federal e Territórios e os Ministérios Públicos dos Estados-membros.

Não é Governo, nem Estado. Trata-se de um ente público, mas que age em nome e a serviço da sociedade. É um pedaço vivo da Constituição, que defende o interesse público (BONAVIDES, 2003, p. 383-384).

O desenho constitucional da estrutura do Ministério Público reúne os princípios do Ministério Público como instituição e as garantias conferidas aos seus membros (arts. 127, §§ 1º, 2º e 3º, 128, § 5º, I e II, 129, IX, §§ 2º, 3º e 4º), formando o seu estatuto básico, por garantias e vedações que são os alicerces da independência do Ministério Público e da sua viabilidade como órgão de controle da Administração Pública, de proteção da ordem jurídica e de defesa dos direitos e interesses da população.

Por independência (art. 127, § 1º) se entende o desempenho da atuação funcional dos membros do Ministério Público com absoluta liberdade funcional e submissão à sua consciência. Seus deveres institucionais estão previstos na Constituição Federal e na legislação orgânica da instituição. Exerce suas funções com liberdade de interpretação dos fatos e apreciação dos fatos.

A autonomia (funcional, administrativa e financeira) do Ministério Público e de seus agentes é conferida pela Constituição e pelas leis que lhe permitem a autogestão administrativa e funcional, com iniciativa legislativa, podendo prover seus próprios cargos, elaborar proposta orçamentária e a executar dotações próprias (art. 127, § 2º). Suas decisões administrativas, portando, são autoexecutáveis.

A representação política do Ministério Público se dá por meio do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais – CNPG, membros de cada instituição escolhidos pela classe em lista tríplice e nomeados pelo Presidente da República, no âmbito federal, e pelos Governadores no âmbito estadual e do Distrito Federal.

As incumbências constitucionais dadas ao Ministério Público o colocam em especial relevância no rol das instituições responsáveis pelo velamento do Estado Democrático de Direito, que tem como base de sustentação os seus fundamentos, entre os quais sejam: a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (CF, art. 1º, II, III e IV).

Compete ao Ministério Público a defesa do patrimônio público, da probidade administrativa, dos direitos individuais, civis e po-

líticos, e dos direitos sociais consagrados na Constituição Federal Brasileira de 1988 e na legislação vigente.

No plano infraconstitucional, a instituição se encontra regulada pela Lei Orgânica nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), Lei Complementar n. 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) e, no âmbito estadual, por suas leis orgânicas, em virtude da repartição de competências legislativas definida pela Constituição Federal (arts.24, § 3º, e 128. § 5º).

Não bastasse, a instituição possui instrumentos legais para implementação administrativa e/ou judicial de políticas públicas, seja por meio de ações coletivas, seja por meio de ações na defesa de direitos individuais indisponíveis, nas mais diversas áreas sociais, como da saúde, educação, segurança, trabalho, meio ambiente natural e artificial, e direitos humanos. Isso porque é portador de autonomia e independência funcional, por se vincula estritamente ao interesse público.

Nesse contexto, o Ministério Público funciona, então, como órgão mediador e indutor das mudanças sociais (FRISCHEISEN, 2000, p. 133-134).

Para esse fim, o Ministério Público possui instrumentos jurídicos para assegurar a tutela dos direitos sociais, entre os quais, primordialmente, o inquérito civil e a ação civil pública.

Dentro do inquérito civil, ou seja, ainda na esfera extrajudicial, um dos instrumentos que pode ser utilizado pelo Ministério Público é o “compromisso de ajustamento de conduta”. Previsto no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85, o compromisso de ajustamento de conduta tem como objetivo obter dos órgãos públicos ou privados a adequação de atuação em conformidade com as normas constitucionais e legais. Outro instrumento que pode ser utilizado pelo Ministério Público na esfera extrajudicial é a “recomendação”, cuja previsão encontra-se no art. 6º, XX, da Lei Complementar nº 75/93 (dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União), c.c. o art. 80 da Lei nº 8.625/93 (institui a Lei Orgânica Nacional do

Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências).

A recomendação, na área dos direitos sociais, permite ao administrador público incorporar em seu planejamento linhas de atuação capazes de auxiliar na efetiva implementação dos direitos assegurados na Constituição, conciliando interesses que foram levados pela sociedade civil ao Ministério Público ou que surgiram da própria ação de fiscal da lei.

Se os acordos (reuniões vinculativas e compromissos de ajuste) têm como vetores informativos demandas já postas, o descumprimento da Constituição e da legislação integradora, seja pela má implementação de determinada política pública, seja pela omissão da Administração, as recomendações têm um caráter inovador, qual seja, o de levar à Administração novas demandas, estratégias e ideias.

Não cabe ao Ministério Público, portanto, ficar omisso diante do interesse social, disponível ou não, que convenha à coletividade como um todo. Assim sendo, não se mostra correto se falar em *direito de agir*, mas em *dever de agir*.

Não se pode pensar num Ministério Público que não tenha uma atuação política relevante, especialmente quando em cheque estão os direitos sociais (SADEK, 2009, p. 33).

Com efeito, dado a seu singular status institucional, exerce parcela de controle dos Poderes Constitucionais do Estado, como voz de afirmação do Estado de Direito (GIACÓIA, 2007, p. 282).

Por isso, não é exagero afirmar que o Ministério Público é corresponsável pela defesa social no Estado brasileiro, pois suas funções são voltadas à preservação e ao bom funcionamento do Estado Democrático. Entre elas, está a tutela da democracia.

A atuação do Ministério Público como tutor do Estado Democrático, além de um dever, é uma vocação constitucional, pois a instituição, no contexto estatal, possui parcela de soberania, já que suas funções, descritas nos arts. 127 e 129 da CF, valorizam-no como executor de políticas públicas vinculadas à satisfação do regime de-

mocrático, dos direitos e interesses sociais e individuais indisponíveis.

A localização geográfica do Ministério Público na Constituição Federal o coloca como verdadeira baliza do equilíbrio entre os Poderes, dotado de poderes e posições ativas como meios indispensáveis à consecução dos objetivos constitucionais do Estado.

Não é desmedido, portanto, considerá-lo um guardião da democracia.

Todavia, para desenvolver ações públicas, que repercutam sobre a democracia, seus membros precisam estabelecer adequadamente uma relação interação organizada com sociedade.

Embora válida a iniciativa de uma coletividade de membros que fundaram o Ministério Público Democrático, para que o Ministério Público brasileiro possa promover a defesa do regime democrático com a maior objetividade possível, deve considerar, inicialmente, que a democracia não é apenas o governo da maioria e sim da maioria do povo. Em outras palavras, a democracia não é o governo da maioria das elites, nem da maioria das corporações, nem da maioria dos grupos econômicos e nem mesmo da maioria de alguns grupos políticos, que muitas vezes são aqueles que efetivamente fazem a lei, mas nem sempre defendem os interesses da população, como revela a história política mundial.

É preciso, também, considerar que uma democracia legítima não pode permitir a escravização social da minoria, nem admitir que, valendo-me de uma metáfora, que a democracia representativa seja retratada por ovelhas que elegem lobos, os quais, sempre famintos, irão escolher quais e quantas dessas ovelhas serão sacrificadas para saciar seus apetites.

Essa consciência crítica, nem sempre é admitida ou defendida por muitos que representam o Ministério Público brasileiro, seja por falta de amadurecimento político-institucional, seja por formal comprometimento com a sociedade. Cumpre-se o expediente e remunera-se, sem qualquer resultado social efetivo.

De acordo com o diagnóstico produzido pelo Ministério da Justiça (BRASIL, 2006), falta à maioria de seus membros a captação da realidade social.

A percepção desse problema, acredita-se, exige processos de aproximação com a população e canalização das demandas sociais.

Entre os pontos fracos relacionados na pesquisas estão a) o isolamento informativo; b) a excessiva distorção da independência funcional; c) a inexistência de dados captados de órgãos oficiais ou da própria atuação do Ministério Público; d) a falta de sistematização e profissionalização; e) a falta de atuação homogênea e uniforme; f) o desconhecimento de parte da sociedade, especialmente a que mais depende das políticas públicas, do que o Ministério Público pode fazer; g) o individualismo.

A transparência da atividade do Ministério Público e sua aproximação com a população é fundamento do uso do poder compatível ao Estado Democrático.

Mostra-se absolutamente necessária a abertura de canais permanentes de contato com a sociedade organizada como meio de captação das demandas não atendidas pelos poderes públicos e serviços de relevância pública.

Atendimento ao público, pessoalmente pelo membro do Ministério Público, e a realização de audiências públicas são dois importantes meios para colheita de dados sociais visando, por exemplo, ao aprimoramento de serviços públicos e à efetividade dos direitos sociais.

Com bem lançado no projeto denominado Estruturação de Promotorias de Justiça que efetuam Atendimento ao Público do Ministério Público do Ceará (MPCE, 2009), de todas as atuações do Ministério Público, “é o atendimento ao público que lhe permite o contato direto com a realidade social, juntamente com suas dificuldades e anseios, representando um dos canais mais adequados à manutenção do zelo pela prestação dos serviços de relevância pública assegurados na Carta Magna”.

Indubitavelmente, o atendimento ao público é, pois, uma das atribuições ministeriais mais importantes na medida em que se constitui, muitas vezes, no primeiro contato do cidadão com o Ministério Público.

Por sua vez, a audiência pública serve como meio de colheita de depoimentos para sua instrução ou para captação das tendências e pretensões de todos os segmentos sociais envolvidos e interessados visando formar a sua convicção.

Para tais fins, é imprescindível a mais ampla publicidade, a participação direta ou indiretamente interessados, sejam direitos ou interesses individuais, coletivos ou difusos.

Promover audiência pública é o maior ato de zelo pelos direitos constitucionais do cidadão, visto que, por meio dela, é possível ouvir representantes da sociedade civil e, especialmente, as minorias, como as vítimas de preconceitos, as pessoas portadoras de deficiências, os idosos, os índios, as crianças e os adolescentes, bem como os presos, que hoje se amontoam em cadeias e presídios sob condições subumanas, para as quais fecham os olhos a sociedade e o próprio Estado.

Acessos sociais aos serviços públicos em geral, especialmente à saúde, ao ensino, à Justiça, devem ser parametrizadas pelo Ministério Público.

Noutra quadra, o aprofundamento da democracia pressupõe o controle dos atos da Administração Pública. Esse controle que não pode ser confundido com intervenção branca ou ingerência, como pretendem alguns membros do Ministério Público que acreditam estar acima do bem e do mal, que podem substituir e gerir, com os instrumentos jurídicos que possuem, o agente político portador de mandato eletivo, legitimamente escolhido nas urnas.

Os princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade permitem, com maior amplitude de interpretação e aplicação dos direitos sociais, impugnação de atos considerados válidos por mera legalidade formal. A conveniência administrativa atribuída ao

gestor público não pode ser acortinar desvios de finalidade e direcionar interesses partidários. É imperioso reduzir a confusão desenvolvida oficialmente por detentores de mandato eletivo ou cargos executivos entre o público e o privado no exercício do poder.

A democratização das políticas econômica e social, em conformidade com a Constituição Federal, recomenda a fiscalização, com propósito de inibir e evitar a prática de atos administrativos contrários aos direitos sociais, bem como indução justamente para a produção de atos administrativos que repercutem diretamente sobre a sociedade, para efetivação de prioridades públicas como a segurança pública, o combate ao comércio e ao consumo de drogas ilícitas, à conservação do meio ambiente.

Por fim, à disposição do Ministério Público existem mecanismos pelos quais a maioria do povo toma decisões concretas sobre relevantes e escolhem seus representantes, com base em promessas ou compromissos públicos.

Trata-se dos canais de manifestação popular, validamente apurados em eleições, plebiscitos, referendos.

Qualquer desvio de cumprimentos das decisões ali tomadas, ou dos compromissos assumidos, deve ser prioritariamente defendido mediante o ajuizamento de ações constitucionais, entre as quais o Mandado de Segurança com efeito coletivo, o Mandado de Injunção, a Ação de Inconstitucionalidade e a Representação Interventiva, conforme o fato e enquadramento legal, para assegurar a prevalência dos princípios democráticos.

A direção dos assuntos de sua própria competência, ou simplesmente para administrar com ângulo externo e eficácia, com vistas a fazer cumprir a lei a impedir desmandos, as funções do Ministério Público, no contexto democrático, dependem da adoção dessas medidas administrativas e judiciais.

Com efeito, a inércia do Ministério Público tem uma consequência institucional imediata, pois na relação de poder não há vácuo, qual seja o fortalecimento Poder Executivo, a concentração de atos e

ações discricionárias pela Administração Pública, e a submissão de um poder a outro, que coloca em perigo real e concreto a independência dos poderes constituídos, fundamento elementar do Estado Democrático.

8 Considerações finais

O Estado e a política têm em comum a referência ao fenômeno do poder que é, também, a razão de sua intercambialidade.

Ao lado do poder, está o direito e a democracia.

Não se pode confundir a história ou as bases históricas, filosóficas, jurídicas, políticas da *democracia*, como forma de governo, com o Estado Democrático, pois este só foi edificado após a formação do clássico Estado Moderno.

Portanto, pode se afirmar que democracia e sua prática somente adquiriram universalidade e positividade no Estado Moderno.

A regra fundamental para o funcionamento das instituições políticas no Estado Democrático é o princípio da maioria que, obviamente, não deve ser confundido com a vontade de todos.

A Constituição Federal brasileira de 1988 se assentou num modelo estritamente democrático.

Por regime democrático se entende o conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados.

A Constituição Federal de 1988, ao conceber o Ministério Público, incumbiu-o de velar pela democracia em sua atuação.

Nessa linha, seus membros deveriam ter, como principal foco, os direitos sociais, notadamente dos indivíduos que se encontram à margem dos benefícios do bem-estar social, os excluídos, empobrecidos, explorados, e oprimidos, como outrora Olímpio de Sá Sotomaior Neto, em palestra proferida no XI Congresso Nacional do Ministério Público, em Goiânia-GO, no ano de 1996, bravamente

professou.

O Ministério Público só terá um perfil verdadeiramente democrático com o incremento, em maior grau, de atividades extrajudiciais de solução de conflitos entre a inexistência e a insuficiência das políticas e as demandas sociais, por meio do atendimento ao público, da promoção de audiências públicas e da vinculação aos canais de manifestação popular, sem prejuízo de ajuizar ações constitucionais, notadamente o Mandado de Segurança e Mandado de Injunção (CF, art.5º, LXIX e LXXI), se esgotada a conversação institucional.

Enquanto isso, na prática, o Ministério Público brasileiro, instituição pública de raiz constitucional, responsável em defender e consolidar parâmetros democráticos do Estado de Direito, assiste, por omissão ou inércia, organizações não governamentais, movimentos sociais e órgãos da Defensoria Pública ocuparem seu lugar e exercerem seu papel, substituindo a instituição ministerial nas ruas e nos foros.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Edunb, 1993. vol. I e II.

_____. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria da Reforma do Judiciário. **Novas direções na governança**. Brasília, 2006. 919 p. Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/outras_publicacoes/pagina-1/14governanca-na-seguranca-material-do-mj.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2017.

DEL VECCHIO, Giorgio. **O Estado e suas fontes do Direito**. Belo Horizonte: Líder, 2005.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GIACÓIA, Gilberto. Ministério Público vocacional. **Rev. Justitia**, v. 64, n. 197, p. 279-86, jul./dez. 2007.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Estética: a ideia e o ideal**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

HOBBS, Thomas. **Elementorum philosophiae**, sectio tertia: De Cive. Amsterdam: Elzevier, 1647.

_____. **Leviatã**. São Paulo: Nova Cultural, 1988. (Coleção Os Pensadores, v. 1)

KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

LOCKE, John. **Two treatises of civil government**. London: Everyman's Library, 1966.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

MARITAN, Jacques. **Christianisme et démocratie**. Paris: P. Hartmann, 1943.

MARX, Karl. **Para a crítica da economia política**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). **Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”**. 14. ed. São Paulo: Ática, 2009. (vol. 1) p. 79-110.

NASCIMENTO, Milton Meira do. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). **Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”**. 14. ed. São Paulo: Ática, 2009. (vol. 1) p. 187-242.

RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). **Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”**. 14. ed. São Paulo: Ática, 2009. (v. 1) p. 51-78.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SADEK, Maria Tereza. Ministério Público: um olhar externo. **Rev. Jur. Min. Público Estado Mato Grosso**, ano 4, n. 6, p. 27-39, 2009.
SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1990. vol. I e II.

O QUE OS DADOS ESTATÍSTICOS REVELAM SOBRE A REMOÇÃO DE CONTEÚDO NAS ELEIÇÕES DE 2014 E 2018

Patrícia Helena Marta Martins¹

Marcella dos Reis Manes²

Lucas Reginato³

Stela Chaves Rocha Sales⁴

Diogo Rais⁵

-
- ¹ Sócia de TozziniFreire Advogados nas áreas de Tecnologia & Inovação, Cybersecurity & Data Privacy e Direito do Consumidor. Possui pós-graduação em Direito das Relações de Consumo e graduação em Direito pela PUC-SP, além de especialização em Gestão Empresarial pela Business School São Paulo. É membro do Comitê de Relações de Consumo do IBRAC (Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional), bem como do Comitê de Concorrência e Relações de Consumo e do Comitê de Direito Digital do CESA (Centro de Estudos das Sociedades de Advogados). É também recomendada por relevantes guias jurídicos, como Chambers Latin America e Análise Advocacia 500. Autora de livros e artigos sobre Direito do Consumidor e Direito Digital. Endereço profissional: Rua Borges Lagoa, 1.328, São Paulo-SP. CEP 0403904. E-mail: pmarta@tozzinifreire.com.br.
 - ² Pós-Graduada em Direito Penal Econômico pela FGV. Advogada do escritório TozziniFreire Advogados, atuante na seara do Direito Eleitoral, do Consumidor e Digital. Endereço profissional: Rua Borges Lagoa, 1.328, São Paulo-SP. CEP 0403904. E-mail: mmanes@tozzinifreire.com.br.
 - ³ Graduando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, integrante e cofundador do grupo MackEleições. Jornalista formado em Comunicação Social pela Faculdade Cásper Líbero. Endereço: Rua Pamplona, 265 - Bela Vista - São Paulo-SP. CEP 01405-100. E-mail: lucasreginato0@gmail.com.
 - ⁴ Mestranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Pesquisadora Bolsista do Laboratório de Direito Digital e Democracia coordenado pelo Professor Diogo Rais, advogada na área de Direito Digital. Endereço profissional – Diogo Rais Consultoria Jurídica: Alameda Franca 1050, Jardim Paulista, São Paulo-SP. CEP 01422-001. E-mail: stela.sales@diogorais.com.br.
 - ⁵ Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP. Coordenador dos livros: Fake News, a conexão entre a desinformação e o direito; Direito Eleitoral Digital (ambos da Revista dos Tribunais - Thomson Reuters, 2018). Colunista do Valor Econômico para as eleições de 2016 e para a Folha de S. Paulo para as eleições de 2018. Coordenador do grupo MackEleições e Professor de Direito Eleitoral da Universidade Presbiteriana

RESUMO

O presente artigo aborda como a remoção de conteúdo esteve presente nas duas campanhas presidenciais de 2014 e 2018. Para isso, considera o cenário de massificação do acesso à internet e o protagonismo das mídias sociais no debate público. Analisa a atual legislação brasileira e como ela recepcionou elementos típicos desse novo ambiente. Levanta bases de dados disponíveis sobre os pedidos feitos em Representações de partidos e candidatos à Justiça Eleitoral e como foram julgados e compara os números de 2014 e 2018. Faz ponderação acerca da relevância do direito à liberdade de manifestação e indica como o tema pode ser tratado nas eleições futuras.

PALAVRAS-CHAVE :

1. Direito Eleitoral
2. Remoção de conteúdo
3. Internet
4. Propaganda eleitoral

1 Introdução

A internet encontrou um solo fértil no campo da política, de forma que já não é mais possível imaginar uma campanha eleitoral fora do ambiente *on-line*. Na *web*, o debate político encontra fluidez à medida que permite ampla participação social, envolvendo diversas classes sociais e as mais diversas localidades espalhadas pelo território brasileiro. Se as campanhas eleitorais *offline* permitiam que poucos falassem para muitos, por meio de rádio e televisão, com a internet, temos muitos falando para muitos, cujos resultados, positivos ou negativos, impactam multidões.

Nesse contexto, diversos debates estão sendo travados quanto

Mackenzie. Endereço profissional – Diogo Rais Consultoria Jurídica: Alameda Franca 1050, Jardim Paulista, São Paulo-SP. CEP 01422-001. E-mail: diogo.rais@diogorais.com.br.

ao uso da internet e de recursos de tecnologia para fins eleitorais, especialmente porque os reflexos do uso da Internet nas últimas eleições foi sentido de forma direta na Justiça Eleitoral, que recebeu uma avalanche de pedidos de remoção de conteúdo, envolvendo propaganda negativa, propaganda antecipada, propaganda com estrutura governamental, propaganda em sítio de pessoa jurídica, propaganda anônima, propaganda paga na internet (eleições de 2014) e desinformação *on-line* (“fake news”).

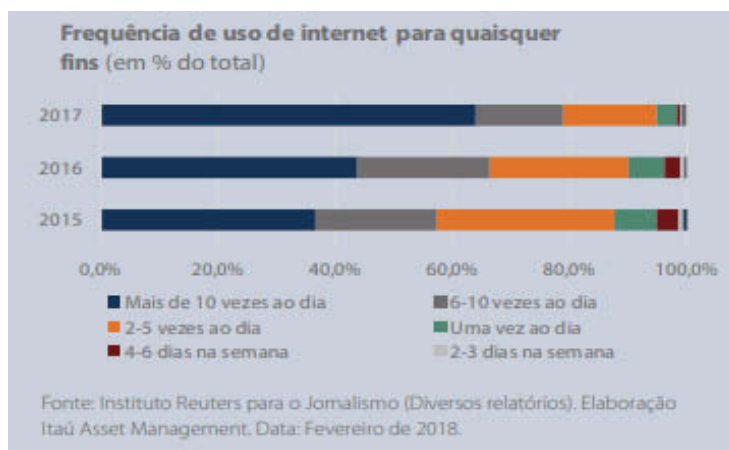
Com o objetivo de, de um lado, resguardar a livre manifestação do pensamento e a liberdade de informação, mas também de manter um ambiente equilibrado de debate político, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução nº 23.551/2017, que trouxe seção específica para disciplinar a remoção de conteúdo na Internet. Com o mesmo objetivo, a Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (ABRAJI) vem coletando dados qualitativos e quantitativos sobre os processos judiciais de remoção de conteúdos jornalísticos na internet.

O objetivo desse artigo é analisar os dados existentes sobre remoção de conteúdo *on-line* nas eleições de 2014-2018, por meio do banco de dados da Justiça Eleitoral, da ABRAJI e de algumas pesquisas científicas disponíveis, a fim de compreender o impacto das campanhas eleitorais *on-line* no cenário político brasileiro e seus reflexos na democracia. O presente trabalho buscará comparar o banco de dados dessas entidades e entender o que os dados coletados mostraram, no que se refere à remoção de conteúdo *on-line*. Que tipo de conteúdo tem sido removido? Onde se encontram esses conteúdos? Quais as alegações para o pedido de remoção e quem tem solicitado a remoção dos conteúdos? Essas são algumas das perguntas que nortearam o presente estudo.

2 O impacto da internet no âmbito eleitoral

Os dados do Relatório “Brazil Digital Report” publicado pela McKinsey & Company, Inc. / Brasil Consultoria Ltda. (“McKinsey”) em abril deste ano demonstram que o brasileiro fica mais de 9 horas conectado diariamente na internet, um dos índices mais altos do mundo. (CALICCHIO, et al., 2019.) O gráfico abaixo produzido pelo Instituto Reuters e publicado pelo Itaú Asset Management corrobora essa informação, demonstrando que a quantidade de pessoas que usam a internet mais de 10 vezes ao dia cresce de forma exponencial. (ITAÚ ASSET MANAGEMENT, 2018). Essa informação apenas comprova o que é fato notório: as pessoas estão mais conectadas e este parece ser um caminho sem volta, à medida que mais e mais serviços são oferecidos por meio da tecnologia disponibilizada em nossos smartphones.

Gráfico 1 - Frequência de uso de Internet para quaisquer fins



Fonte: (ITAÚ ASSET MANAGEMENT, 2018).

A popularização da internet e das redes sociais, como também de outros aplicativos e ferramentas digitais de comunicação e

de acesso à informação passou a ganhar espaço no âmbito eleitoral na última década, tornando-se importante parte do debate político na última eleição de 2018. Programas de rádio e TV perderam força, materiais gráficos como “santinhos”, bandeiras, placas e adesivos de candidatos, e ainda as carreatas e carros de som não tiveram o mesmo protagonismo, e os palcos de comícios já não atraíram mais a mesma quantidade de eleitores, como nas eleições da década passada.

Outras formas de se fazer campanha eleitoral se destacam a cada ano eleitoral e engajam maior número de eleitores, como mensagens instantâneas, *posts e lives* em redes sociais, *sites*, blogs, *links patrocinados*, e muitos compartilhamentos em redes sociais e aplicativos de troca de mensagens. A internet mudou a forma com que os políticos passaram a se comunicar com seus eleitores, estreitando a ligação entre eles.

Para além da questão comportamental que fez com que o cenário político se mantivesse em grande parte em ambiente *on-line*, não se pode negar que após a decisão do Supremo Tribunal Federal (ADI nº 4650) – ratificada pela Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015 – que proibiu as doações de pessoas jurídicas a candidatos, as campanhas *on-line* ganharam destaque e passaram a ser cada dia mais decisivas, abrindo espaço para o “*crowdfunding*” ou *vaquinha*, que permite que pessoas físicas façam doações por meio da internet.

Se por um lado a internet permite o compartilhamento de ideias e ideais em tempo real, por outro lado, é preciso cuidar para que o debate *on-line* seja sadio.

O Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) em conjunto com especialistas de diversos setores que envolvem o governo, a iniciativa privada, o terceiro setor e a comunidade científica e tecnológica criaram diretrizes essenciais para o uso da internet no âmbito eleitoral, organizadas em um “Guia de Internet, Democracia e Eleições”, com o objetivo de colaborar com o desenvolvimento da democracia e permitir que o processo eleitoral, especialmente o rea-

lizado no ambiente *on-line*, seja o mais transparente e ético possível (COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL, 2018).

Diante do paradoxo existente sobre o uso da internet no âmbito eleitoral e na busca por acompanhar as inovações aplicadas ao ambiente eleitoral, como financiamento coletivo por meio de plataformas *on-line* (“*crowdfunding*”), impulsionamento de campanha e combate ao compartilhamento de *fake news*, a Justiça Eleitoral tem buscado formas de regular o ambiente eleitoral digital, a fim de permitir que candidatos e eleitores possam debater suas ideias e metas de maneira equilibrada, respeitando os limites jurídicos constitucionais, promovendo o debate de maneira ética e democrática.

Nesse sentido, foram criadas a Resolução-TSE nº 23.457, de 15 de dezembro de 2015, e a Lei nº 13.488/2017, as quais regularam a propaganda eleitoral na internet, permitindo que a propaganda eleitoral fosse realizada: (i) em plataformas *on-line*, por meio de *site* do candidato, do partido ou da coligação, sendo o endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado em provedor de internet localizado no Brasil; (ii) por meio de mensagem eletrônica para endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, partido ou coligação, desde que disponibilizada a opção de cancelar o cadastramento do destinatário (no prazo máximo de 48 horas); (iii) em blogs, redes sociais e *sites* de mensagens instantâneas com conteúdo produzido ou editado pelo candidato, pelo partido ou pela coligação.

A mesma resolução proibiu: (i) a propaganda eleitoral, ainda que gratuita, em *sites* de pessoas jurídicas; (ii) a propaganda eleitoral em *sites* oficiais ou hospedados por órgãos da administração pública, como os da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios; (iii) a venda de cadastro de endereços eletrônicos; (iv) a propaganda por meio de telemarketing, em qualquer horário; e (v) a atribuição indevida de autoria de propaganda a outros candidatos, partidos ou coligações.

Com esse mesmo objetivo, em dezembro de 2017, o TSE aprovou dez resoluções sobre as regras para as Eleições Gerais de 2018,

demonstrando grande preocupação com o debate político *on-line*, conforme afirmação do ministro Luiz Fux:

Abordamos a necessidade de a Justiça Eleitoral coibir comportamentos deletérios, ilegítimos, de *players* que se valem da ambiência da Internet e de suas principais plataformas de acesso e de conteúdo para violentar a legitimidade das eleições e a higidez do prélio eleitoral, mediante a utilização de *fake news*, *junkie news*, etc (BRASIL, 2017).

É inegável o protagonismo da internet nas últimas campanhas eleitorais. A cada eleição ampliam-se as possibilidades de uso das plataformas *on-line* para divulgação de candidatos, partidos e campanhas, suas ideias, projetos e plataformas. Por isso, importante olhar para o comportamento da Justiça Eleitoral no que toca ao controle da legalidade dos conteúdos eleitorais postados *on-line*.

3 O que os dados mostram sobre as remoções de conteúdo da Internet: comparação das Eleições 2014 – 2018

A liberdade de expressão e a liberdade de informação são princípios constitucionais diretamente relacionados à democracia, são os pilares do debate democrático e da integridade do processo eleitoral.

Nesse sentido, Hans Kelsen ensina:

A vontade da comunidade numa democracia é sempre criada através da discussão continua, entre maioria e minoria, através da livre consideração de argumentos a favor e contra certa regulamentação de uma matéria. Essa discussão tem lugar não apenas no parlamento, mas também, e

em primeiro lugar, em encontros políticos, jornais, livros e outros veículos de opinião. Uma democracia sem opinião pública é uma contradição em termos (KELSEN, 1998).

A internet e, em especial, as redes sociais transformaram-se nestes veículos de opinião, sendo importantes ferramentas para a troca de ideias entre as pessoas, para o acesso à informação, para o debate político. São hoje verdadeiros espaços democráticos, dinamizando a interação entre cidadãos, sociedade e instituições políticas.

Os tribunais eleitorais já vêm entendendo assim:

[...] A internet revela-se, sem dúvidas, como o maior espaço já concebido para o debate democrático. Como constantemente reafirmado, ela permite que qualquer pessoa utilize sua voz com eco infinitamente superior ao que seria normalmente obtido. Os sítios da internet [...] são importantes veículos que incentivam o debate de ideias e a troca de informações, o que, a meu sentir, constituem elementos essenciais da democracia. [...]” (TSE, AgR-AC nº 1384-43.2010.6.00.0000/DF, Ministro Henrique Neves)

[...] A beleza de democracia, na minha opinião, está justamente na liberdade de as pessoas poderem se expressar [...]” (TSE, Respe nº 74-64.2012.6.20.0003/RN, Ministro Admar Gonzaga).

Restringir essa comunicação [na internet], a menos que se caracterize o abuso, implica em ofensa ao princípio da liberdade de expressão e livre manifestação do pensamento, não havendo im-

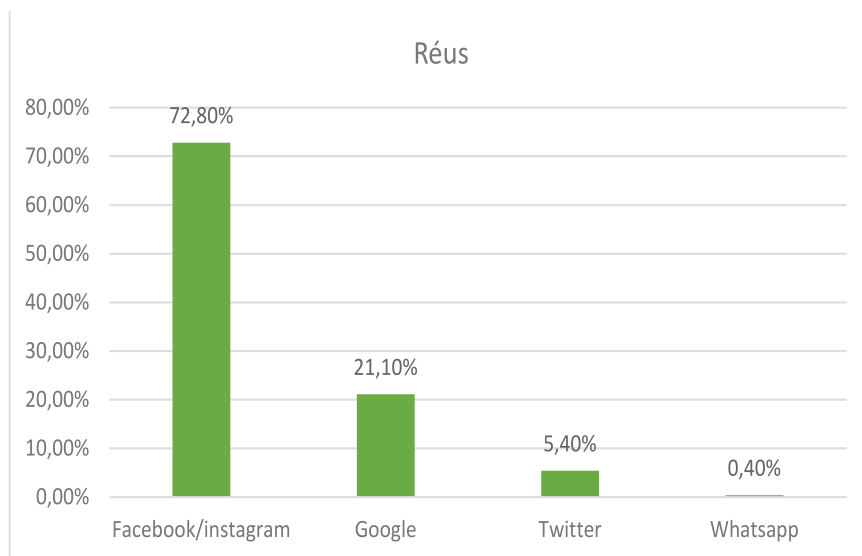
pedimento a que os chamados internautas manifestem entre si sua opinião sobre o tema político. Não se pode impedir que alguém converse com outra pessoa.” (TRE-DF, Representação Eleitoral nº 1338-20.2014.6.07.0000).

Este protagonismo das redes sociais no âmbito eleitoral digital também gerou um aumento significativo do número de representações eleitorais ajuizadas perante a Justiça Eleitoral solicitando a remoção de conteúdos eleitorais no âmbito da internet (RAIS, 2018).

Conforme pesquisa realizada pelo Grupo de Ensino, Pesquisa e Inovação da Faculdade Getúlio Vargas, as redes sociais foram o maior alvo das ações na Justiça Eleitoral visando à remoção de conteúdo, nas eleições de 2014 (ROSINA et al, 2014?).

Entre outras informações, os dados revelaram que, nas Eleições de 2014, dos 484 processos identificados com pedido de remoção de conteúdo, aplicação de multa e/ou direito de resposta, 14,5% dos réus eram provedores de aplicação. Dos provedores de aplicação apontados como réus nessas ações, o Facebook liderou o *ranking* nesse ano, com 72,1% das ações, seguido pelo Google (21,1%), Twitter (5,4%), Instagram (0,7%). Nesse período eleitoral, apenas 0,4% das ações versavam sobre pedido de retirada de conteúdo postado no Aplicativo de mensagens WhatsApp, demonstrando que, nesse período, a utilização dessa ferramenta para fins eleitorais era inexpressiva.

Gráfico 2 - Réus

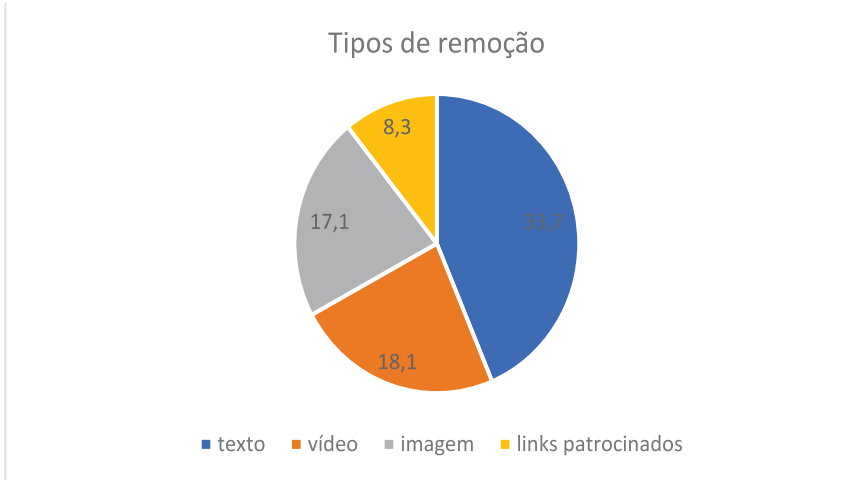


Fonte: Rosina (2014) ⁶

Outro dado da pesquisa que merece destaque é o tipo de publicação que preponderou nas ações de remoção de conteúdo na Justiça Eleitoral nesse período, sendo liderado o pedido de remoção de texto (33,7%), seguido por vídeo (18,1%), texto e imagem (17,1%) e por último conteúdo sobre links patrocinados (8,3%).

6 Gráfico elaborado com base na pesquisa “Justiça Eleitoral e Conteúdo Digital nas Eleições de 2014”, realizada pelo Grupo de Ensino e Pesquisa em Inovação da FGV DIREITO SP, Coordenado por Mônica Steffen Guise Rosina e outros e atualmente disponível para acesso em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17838/Justi%c3%a7a_Eleitoral_e_Conte%c3%bado_Digital_nas_Elei%c3%a7%c3%b5es_de_2014.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (ROSINA, 2014).

Gráfico 3 - Tipos de remoção



Fonte: Rosina (2014)⁷

Diante do cenário das eleições de 2014, com o objetivo de preservar a livre manifestação do pensamento e a liberdade de informação, bem como inibir a censura, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução 23.551/2017, que trouxe seção específica para disciplinar a remoção de conteúdo na internet.

O artigo 22, §1º, previu “a livre manifestação do pensamento do eleitor identificado ou identificável na internet somente é passível de limitação quando ocorrer ofensa à honra de terceiros ou divulgação de fatos sabidamente inverídicos”. O §2º ainda complementa que as manifestações podem conter mensagem de apoio ou crítica a partido político ou a candidato, e que opiniões favoráveis e contrárias são próprias do debate político e democrático.

⁷ Gráfico elaborado com base nos dados da FGV DIREITO SP. Grupo de Ensino e Pesquisa em Inovação. “Justiça Eleitoral e Conteúdo Digital nas Eleições de 2014”. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17838/Justi%20c3%a7a_Eleitoral_e_Conte%20bado_Digital_nas_Elei%20a7%20b5es_de_2014.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 jul. /2019.

O artigo 33 tratou especificamente sobre a remoção de conteúdo, estabelecendo regras claras e específicas, a fim de conferir maior segurança jurídica aos envolvidos:

Art. 33. A atuação da Justiça Eleitoral em relação a conteúdos divulgados na internet deve ser realizada com a menor interferência possível no debate democrático:

§ 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.

§ 2º *A ausência de identificação imediata do usuário responsável pela divulgação do conteúdo não constitui circunstância suficiente para o deferimento do pedido de remoção de conteúdo da internet e somente será considerada anônima caso não seja possível a identificação dos usuários após a adoção das providências previstas nos arts. 10 e 22 da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet).*

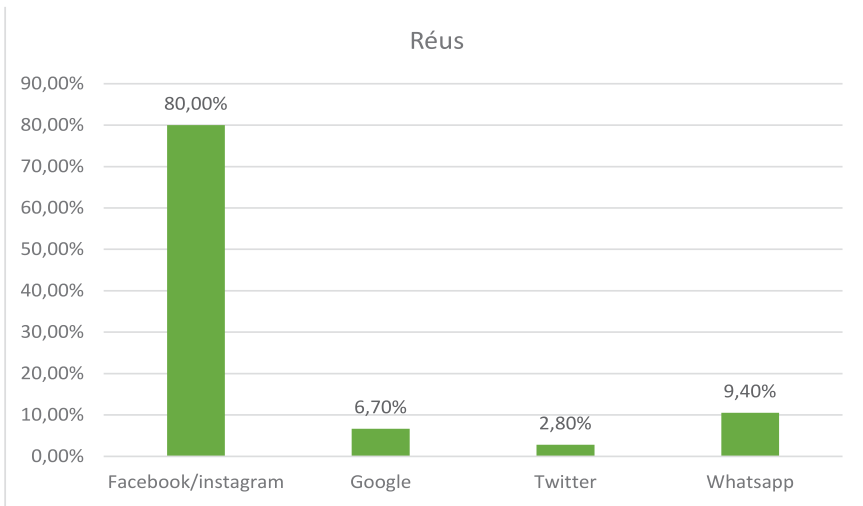
§ 3º *A ordem judicial que determinar a remoção de conteúdo divulgado na internet fixará prazo razoável para o cumprimento, não inferior a 24 (vinte e quatro) horas, e deverá conter, sob pena de nulidade, a URL do conteúdo específico.*

De acordo com a pesquisa realizada pela Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (ABRAJI), disponibilizada no *site* <http://www.ctrlx.org.br/>, nas eleições de 2018 foram ajuizadas 827

ações na Justiça Eleitoral visando à remoção de conteúdo na internet, ou seja, quase o dobro do número de ações propostas nas eleições de 2014 (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO, 2018).

Dos 827 processos, 68% dos réus eram provedores de aplicação. Dos provedores de aplicações apontados como réus nessas ações, o Facebook liderou novamente o *ranking* nesse ano com 80% das ações, seguido pelo Google (6,7%) e Twitter (2,8%). O aplicativo de mensagens WhatsApp teve um crescimento significativo, em comparação às eleições de 2014, tendo sido apontado como réu em 9,4% das ações.

Gráfico 4 - Réus



Fonte: Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (2018)⁸

Neste aspecto, cabe ressaltar que o conteúdo veiculado no apli-

⁸ Gráfico elaborado com base nos dados apresentados pela ABRAJI – Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo. Disponível em: <<http://www.ctrlx.org.br/#/infografico>>. Acesso em: 1 jul. 2019.

cativo WhatsApp deveria ser considerado um diálogo privado entre pessoas, de caráter restrito, com intuito de expressar opinião política sem cunho de propaganda eleitoral. É o que dispõe o artigo 28 da Resolução 23.551/17 do Tribunal Superior Eleitoral, que expressamente considera que as mensagens eletrônicas enviadas por pessoas naturais como mera manifestação espontânea e troca de mensagens particulares, não se submetem às normas sobre propaganda eleitoral:

Art. 28. As mensagens eletrônicas enviadas por candidato, partido político ou coligação, por qualquer meio, deverão dispor de mecanismo que permita seu descadastramento pelo destinatário, obrigado o remetente a providenciá-lo no prazo de 48 (quarenta e oito) horas (Lei nº 9.504/1997, art. 57-G, caput).

§ 2º *As mensagens eletrônicas enviadas consensualmente por pessoa natural, de forma privada ou em grupos restritos de participantes, não se submetem ao caput deste artigo e às normas sobre propaganda eleitoral previstas nesta resolução.*

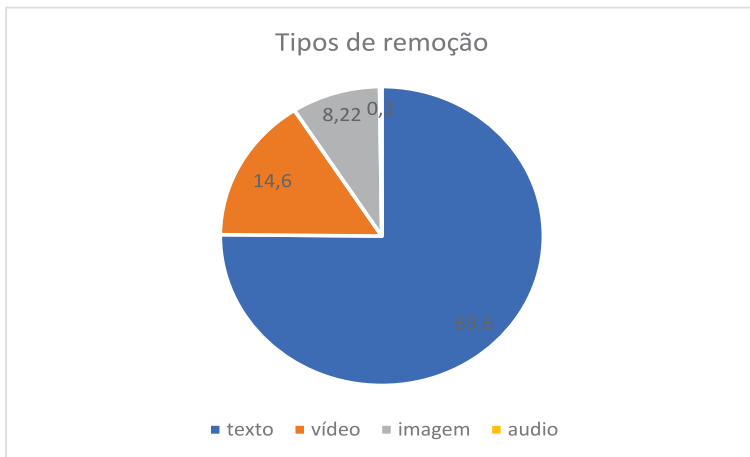
E nesse sentido vinha decidindo a Justiça Eleitoral—que as mensagens privadas, enviadas por pessoas físicas que compartilham opiniões político-partidárias não estariam sujeitas à legislação eleitoral⁹.

Em relação ao tipo de publicação que preponderou nas ações de remoção de conteúdo na Justiça Eleitoral nas eleições de 2018,

9 ELEIÇÕES 2018. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA DE CUNHO NEGATIVO NO WHATSAPP. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO FACEBOOK. MÉRITO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE PROPAGANDA ELEITORAL. IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO.[...] 3. No mérito, segundo disposto no §2º do art. 28, da Resolução TSE nº 23.551/2017, mensagens eletrônicas privadas não se

constatamos que houve um aumento do pedido de remoção de áudios, o que está diretamente relacionado ao crescimento do WhatsApp como réu nas ações. O pedido de remoção de texto ainda foi o primeiro (69,6%), seguido por vídeo (14,6%), texto e imagem (8,22%). Em razão da liberação dos *links* patrocinados nas eleições de 2018, por meio do impulsionamento, este dado não foi verificado separadamente na pesquisa da ABRAJI.

Gráfico 5 - Tipos de remoção



Fonte: Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (2018)¹⁰

submetem às normas sobre propaganda eleitoral;

4. Improcedência da representação.” (TRE-MA, Representação 0600047-10.2018.6.10.0000, Rel. Itaércio Paulino da Silva, Data de Julgamento: 23/08/2018). “REPRESENTAÇÃO ELEITORAL. ELEIÇÕES 2018. LIVRE MANIFESTAÇÃO DE PESSOA NATURAL EM APLICATIVOS INSTAGRAM E WHATSAPP. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE PROPAGANDA ELEITORAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 57-B, INCISOS I A IV DA LEI Nº 9.504/97. IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO” (TRE-PE, Representação 0602741-54.2018.6.17.0000, Rel. Itamar Pereira da Silva Júnior, D.J. 02/10/2018) (g.n.)

10 Gráfico elaborado com base nos dados da ABRAJI – Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo. Disponível em: <<http://www.ctrlx.org.br/#/infografico>>. Acesso em: 1 ago.2019.

Comparando os dados levantados pelas pesquisas acima, entre as eleições de 2014 e de 2018, fica evidente que houve um aumento significativo no número de pedidos de remoções de conteúdo na internet. Este aumento está diretamente relacionado ao aumento do uso da internet pelos candidatos, nas eleições de 2018, em razão da regulamentação da propaganda eleitoral paga na internet, via impulsionamento.

4 A influência midiática

Desde 2014, a Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (ABRAJI), da qual foram retirados os dados para a comparação entre as eleições de 2014 e 2018, mantém no ar e atualiza uma base de dados¹¹ com processos judiciais de remoção de conteúdos jornalísticos na internet. Nasceu para dar transparência às ações desse tipo e, assim, proteger o direito à liberdade de expressão contra abuso de autoridade. Dois pré-requisitos sobre cada processo eram avaliados para que fossem inclusos ao banco: 1 - Os autores da ação teriam de ser partidos, políticos, pessoas politicamente expostas ou empresas; e 2 - Os processos não poderiam ser de campanhas políticas contestando a propaganda partidária de outra campanha política.

Em 15 de outubro de 2018, o portal anunciou mudanças na metodologia e aumentou os critérios a serem observados em cada processo. Não por acaso a alteração foi feita alguns dias após a eleição presidencial.

Os critérios acima, no entanto, se mostraram insuficientes a partir destas eleições. Ao possibilitarem a contabilização de ações judiciais para retirar do ar campanhas criadas com informações

11 Projeto CTRL-X: <http://www.ctrlx.org.br>

falsas para enganar o eleitor, geraram uma distorção no objetivo do projeto (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO, 2018).¹².

Apesar da grande repercussão em torno das eleições norte-americanas dois anos antes, população e instituições brasileiras ainda assim foram pegas desprevenidas frente a campanhas de desinformação direcionadas aos mais diferentes espectros políticos. “Fake News” tornou-se termo recorrente na mídia e nas rodas de conversa, para designar este fenômeno, mas também o conceito foi distorcido, por vezes, para descrever não o conteúdo dolosamente falsificado, mas para censurar matérias jornalísticas desagradáveis a este ou aquele agente político (estratégia, aliás, também adotada por Donald Trump). Assim, ao mesmo tempo em que as notícias falsas são críveis, as verdadeiras são descredibilizadas. A equação leva ao termo “*post-truth*”¹³ como eleito pela Oxford Dictionaries a palavra do ano em 2016: a pós-verdade é “*um neologismo que descreve a situação na qual, na hora de criar e modelar a opinião pública, os fatos objetivos têm menos influência que os apelos às emoções e às crenças pessoais*”.

Neste contexto, a ABRAJI justificou a revisão na metodologia, pois “*o objetivo do projeto sempre foi contabilizar tentativas judiciais de conter a divulgação de informações, e não de conter a divulgação de desinformação*”, e, mais do que isso, ofereceu uma solução orgânica:

Para não adotar um juízo subjetivo sobre o que é informação ou desinformação, passamos a usar

12 Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (2018).

13 Oxford Languages (2016).

a avaliação feita por projetos de verificação de conteúdo¹⁴. Portanto, quando a ação judicial pedir para retirar do ar um conteúdo reputado como falso por essas iniciativas, o processo não mais entrará no banco de dados do Ctrl+. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO, 2018).

Nesses parâmetros, para o ano de 2018, o banco contabiliza um total de 827 ações na Justiça Eleitoral para remoção de conteúdo, das quais os partidos com mais pedidos são PSDB (14,27%), MDB (14,03%), PP (7,26%), PDT (6,65%), PSL (6,05%), PSD (6,05%), PT (5,08%) e PSB (5,20%). O que se constata na análise detalhada desses números é que mais do que um movimento político-partidário, os pedidos à tutela jurisdicional obedecem às diferentes estratégias de cada região e candidato. Entre as 118 ações de autoria do PSDB, por exemplo, 28 foram no estado de Rondônia, percentual de 23,73% dos pedidos feitos pelo partido, enquanto, no total das ações de 2018, apenas 5,68% foram em Rondônia. Isso porque o candidato a governador Expedito Junior ajuizou 24 ações, mais da metade do total de pedidos no estado.

O candidato fica em segundo na lista dos candidatos com maior número de pedidos em 2018, atrás apenas do atual presidente e candidato à época Jair Bolsonaro (que moveu 33 ações, 20 delas contra o Facebook). Das ações de Expedito, 18 tiveram como parte contrária o Facebook, 5 o WhatsApp e 1 o Twitter. Embora tenham as empresas no polo passivo, as representações se destinam todas a remover conteúdo produzido por usuário em sua página pessoal, seja por ser considerada difamatória pelo candidato, seja por trazer en-

14 “Os seguintes serviços são checados como fontes de informação: Agência Lupa, Aos Fatos, Comprova, Boatos.org, e-farsas, Estadão Verifica, Fato ou Fake, Truco e UOL Verifica”

quete que não se enquadra nas exigências legais e que, pela primeira vez, chegou à jurisprudência, já que essa ferramenta de consulta não estava disponível no Facebook em pleitos anteriores a 2018.

Consideração importante a ser feita, neste ponto, é sobre o princípio da inércia da jurisdição, ou o princípio dispositivo, que “*consiste na regra de que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em se fundamenta a decisão*” (CINTRA, 2006). Com as particularidades necessárias a cada especialidade da Justiça, a inércia aplica-se a todas elas, fundamental que é para garantir a imparcialidade do órgão julgador. Nesse sentido, a súmula 18 do TSE confirma que: “*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 9.504/1997*”.

Resulta, daí, que as irregularidades possíveis de serem contabilizadas são apenas aquelas detectadas pelo candidato ou partido e que, ainda, tenham sido levadas a juízo. Isto porque nada impede que o candidato prefira, por exemplo, expor o conteúdo que considera difamatório em sua página pessoal, para indicar a deslealdade do adversário.

Em 2018, veículos consolidados da mídia brasileira foram desafiados a testar a credibilidade no cenário em que o fato jornalístico ganhou inédita volatilidade, na medida em que, por mais isento que o profissional buscasse ser no trabalho de reportagem, seria acusado de parcialidade por aquele a quem a notícia desagradava. Em contrapartida, o trabalho jornalístico ganha relevância na medida em que põe luz sobre conteúdos na internet, irregulares ou não, que de outra forma não chegariam ao conhecimento de um candidato. À distância das paixões típicas do debate eleitoral, é preciso reconhecer a importância de uma imprensa livre, instituição fundamental em qualquer Estado Democrático de Direito. E ponderar se, assim como o CTRL-X encontrou nas agências de checagem uma solução para sua me-

todologia de coleta de dados, elas não podem ser também uma aliada da população contra as campanhas de desinformação.

5 Conclusão

É evidente que a internet será cada vez mais utilizada no âmbito eleitoral, uma vez que, além de ser um ambiente ideal para o debate democrático entre os eleitores, é uma das formas de propaganda eleitoral mais baratas para os candidatos e tem o potencial de atingir milhares de cidadãos.

Portanto, como ocorreu nas eleições de 2018, a tendência é que continue aumentando o número de representações eleitorais solicitando a remoção de conteúdos da internet, no entanto eventual remoção de conteúdo, para se evitar a censura, deve ser feita sempre com parcimônia pela Justiça Eleitoral, visando ponderar os princípios que estão em conflito.

O papel da Justiça Eleitoral deve ser sempre buscar preservar ao máximo a liberdade de expressão e de informação durante o processo eleitoral, apenas removendo os conteúdos que efetivamente violem outra garantia constitucional.

Cooperando com a Justiça Eleitoral, a mídia tem a função importante de informar cada vez mais a população e buscar combater as “fake news”, contribuindo para um debate cada vez mais democrático e transparente.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO. **Ranking**. São Paulo: ABRAJI, 2018, Disponível em: <<http://www.ctrlx.org.br/#!/infografico>>. Acesso em: 1 ago. 2019.

_____. **Campanhas de desinformação fazem projeto Ctrl+X**

atualizar metodologia. 15.10,18, Disponível em: <<http://www.ctrlx.org.br/noticia/campanhas-de-desinformacao-fazem-projeto-ctrlx-atualizar-metodologia>>. Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **TSE aprova 10 resoluções sobre regras das Eleições Gerais de 2018.** 2017. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Dezembro/tse-aprova-10-resolucoes-sobre-regras-das-eleicoes-gerais-de-2018>>. Acesso em: 6 ago. 2019.

CALICCHIO, Nicola *et al.* **Brasil Digital Report**, 2019. New York : McKinsey & Company, 2019. 191 p. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/br/~/media/McKinsey/Locations/South%20America/Brazil/Our%20Insights/Brazil%20Digital%20Report/Brazil-Digital-Report-1st-Edition_Portuguese-vAjustado.ashx>. Acesso em: 17 ago. 2019.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL **Internet, democracia e eleições: guia prático para gestores públicos e usuários.** São Paulo: CGI.br, 2018. 60 p. Disponível em: <[A https://cgi.br/media/docs/publicacoes/13/Guia%20Internet,%20Democracia%20e%20Elei%C3%A7%C3%B5es](https://cgi.br/media/docs/publicacoes/13/Guia%20Internet,%20Democracia%20e%20Elei%C3%A7%C3%B5es)>. Acesso em: 20 jul. 2019.

ITAÚ ASSET MANGEMENT. **Redes sociais e eleições.** São Paulo, 2018. 26 p. Disponível em: <<https://www.itauassetmanagement.com.br/content/dam/itau-asset-management/content/pdf/white-papers/Redes%20Sociais%20e%20Eleicoes%20-%20White%20Paper.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

OXFORD LANGUAGES. [**Post-truth** : word of the Year]. 2016. Disponível em: <<https://languages.oup.com/word-of-the-year/word-of-the-year-2016>>. Acesso em: 1 ago. 2019.

RAIS, Diogo. Fake news e eleições. *In*: _____. (coord.). **Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 105-29

ROSINA, Mônica Steffen Guise *et al.* **Justiça eleitoral e conteúdo digital nas Eleições de 2014**. São Paulo: FGV Direito SP, Grupo de Ensino e Pesquisa em Inovação, [2014?]. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17838/Justi%c3%a7a_Eleitoral_e_Conte%c3%bado_Digital_nas_Elei%c3%a7%b5es_de_2014.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 jul. 2019.

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: O STF E A ESTABILIDADE JURÍDICA NO PAÍS

Wanderlei José dos Reis¹

RESUMO

No julgamento das ADCs nº 43/DF, 44/DF e 54/DF, encerrado em 07.11.2019, o STF firmou entendimento no sentido de que a execução antecipada de acórdão condenatório proferido em grau de apelação ofende o princípio da presunção de inocência, plasmado no art. 5º, inciso LVII, do Estatuto Maior, declarando, por consequência, a constitucionalidade do art. 283, CPP, que condiciona o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado do título condenatório, reformulando assim a sua jurisprudência deflagrada no julgamento do HC nº 126.292/SP, ocorrido em 17.02.2016, pacificando, no âmbito jurídico, a discussão quanto à possibilidade de prisão em segunda instância e restabelecendo a estabilidade e segurança jurídica no país.

1 Pós-doutor e doutor em Direito. Mestre em Direito Constitucional. Cursa 2º Doutorado em Ciências Jurídico-políticas pela Universidade de Lisboa. Graduado em Direito e em Ciências e Matemática (ênfase em informática). MBA em Poder Judiciário pela FGV Rio. Especialista em Filosofia e Direitos Humanos, Educação, Direito Constitucional (dois cursos), Direito Ambiental, Direito Internacional, Direito Eleitoral, Direito Penal e Processual Penal, Direito Administrativo e Contratos, Direito Público Avançado, Direito Processual Civil Avançado, Direito de Família e Direito Tributário e Processual Tributário. Escritor. Professor. Palestrante. Conferencista. Doutrinador. Autor de inúmeras obras e artigos jurídicos publicados em revistas especializadas no Brasil e Europa. Membro Titular-vitalício da Academia Mato-grossense de Letras (AML) e da Academia Mato-grossense de Magistrados (AMA). Juiz de direito e juiz eleitoral em Mato Grosso e ex-delegado de polícia.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Constituição Federal
2. Presunção de inocência
3. Supremo Tribunal Federal
4. Jurisprudência
5. Segurança jurídica

1 Considerações iniciais

A Carta Republicana de 1988, apelidada de “Constituição Cidadã”, em seu art. 5º, inciso LVII, vaticina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, consagrando, com isso, o princípio da presunção de inocência, também chamado de princípio da presunção de não culpa ou princípio da não culpabilidade, um dos principais pilares do processo penal num Estado Democrático de Direito no qual se constitui a República Federativa do Brasil.

Da mesma forma, o art. 11, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, estabelece que “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”

Inspirada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF) e assentada na cláusula do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, CF), a presunção da inocência é um direito fundamental e uma garantia processual de toda e qualquer pessoa sujeita a atos de investigação ou persecução criminal, com vistas a evitar qualquer atuação ou juízo condenatório açodado por parte do Estado ou da sociedade. Em outras palavras, “o postulado constitucional do estado de inocência consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de comportar-se, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados” (BRASIL, 1992).

No aspecto terminológico, ao tratar de tais nomenclaturas, Gomes e Bianchini, de forma oportuna, advertem que a denominação “politicamente correta” seria “presunção de inocência”, utilizada pela Convenção Americana de Direitos Humanos, já que a expressão “princípio da não-culpabilidade”, reiteradamente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, encontra raízes no fascismo italiano, que não se conformava com a ideia de que o acusado fosse, em princípio, inocente (GOMES e BIANCHINI, 2009, p. 251).

É possível dizer, de uma maneira ampla, que nos sistemas penais inquisitórios se parte da premissa de que o acusado ou investigado é culpado, de modo que a máquina estatal se move no sentido de colher elementos probatórios que justifiquem sua condenação. A adoção do princípio da presunção de inocência, por sua vez, inverte o sentido da persecução penal adotada nos sistemas inquisitórios, fazendo com que o processo penal tome como premissa a hipótese de que o acusado ou investigado é inocente, devendo ser provada, durante o curso do processo, a sua culpa, sendo que, por esta razão, não pode haver qualquer atuação estatal configuradora de antecipação da pena.

Nesse sentido, já aduzia Beccaria que “um homem não pode ser tido como culpado antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode retirar-lhe a proteção pública, a não ser quando se tenha decidido que violou os pactos com os quais aquela lhe foi outorgada” (BECCARIA e BONESANA, 2003, p. 35).

Não obstante, a interpretação acerca do sentido e alcance do postulado do estado de inocência foi e tem sido alvo de inúmeros debates no campo acadêmico e jurisprudencial, máxime quanto à possibilidade da execução provisória da pena de prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, cabendo frisar que, após a promulgação da atual *Lex Fundamentalis*, em 05.10.1988, a jurisprudência do STF oscilou em várias oportunidades entre admitir e não admitir a prisão antes da preclusão maior do título condenatório, contudo, no julgamento das ADCs nº 43/DF, 44/DF e 54/DF,

encerrado em 07.11.2019, a controvérsia foi dirimida pela Corte de forma definitiva, já que proferida em sede de controle concentrado, restabelecendo assim a segurança jurídica e a estabilidade no campo jurisprudencial.

2 Análise do tema

Sabido que a prisão por meio do encarceramento representa a supressão da liberdade individual. A liberdade provisória representa uma situação substitutiva da prisão processual, limitada, portanto, no tempo – até a sentença final – e que se contrapõe à liberdade definitiva, que advém de sentença penal absolutória transitada em julgado.

As prisões decretadas antes do julgamento definitivo (sentença transitada em julgado), ou seja, no curso do processo, denominadas de prisões provisórias, processuais ou cautelares, exatamente por se contraporem à prisão-pena – que decorre de sentença penal condenatória transitada em julgado –, não ofendem o princípio da presunção de inocência e se constituem em medida excepcional, destinada aos casos de absoluta imprescindibilidade, exigindo-se do juiz competente a demonstração dos pressupostos e requisitos legais de cautelaridade (vide art. 312, CPP e art. 1º, incisos I, II e III, da Lei nº 7.960/89), já que o ordenamento comporta igualmente medidas cautelares diversas à prisão previstas no art. 319, CPP .

Com efeito, são três as espécies de prisões provisórias: prisão em flagrante, temporária e preventiva.

O termo flagrante – do latim *flagrans, flagrantis*, do verbo *flagrare* (queimar) – significa ardente, que está em chamas, ardendo ou crepitando. O Código de Processo Penal admite várias formas de flagrante – art. 302, I a IV – não só daquele que está cometendo o crime, mas elastece tal conceito a abarcar outras situações.

A prisão em flagrante, que deve observar as diretivas previstas no art. 302 do Código de Processo Penal, tem, na atual sistemáti-

ca processual penal, duração efêmera, constituindo-se mero rito de passagem já que não se protraí no tempo como ocorria outrora, *ex vi* do art. 310, CPP, com a alteração feita pela Lei nº 12.403/2011, que estabelece que, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312, CPP, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. O seu parágrafo único preconiza ainda que, se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato amparado por alguma excludente de ilicitude ou antijuridicidade (exculpante, eximente ou justificativa), como legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Já a prisão temporária, admissível apenas na fase de inquérito policial, de caráter instrumental e com prazo de duração fixado em lei (cinco dias, em regra, ou trinta dias, se for crime hediondo, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade), é cabível quando se demonstrar imprescindível às investigações, quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade, ou ainda, quando houver fundadas razões da autoria ou da participação do indiciado nos crimes elencados nas hipóteses do inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960/89. Outrossim, há discussão doutrinária se esses requisitos dos três incisos do art. 1º são de caráter alternativo ou cumulativo.

Das três espécies de prisão cautelar, a mais usual é a preventiva, que pode ser decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou

do assistente, ou por representação da autoridade policial (art. 311, CPP). O art. 312, *caput*, CPP, estabelece os seus fundamentos, podendo ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, e seu parágrafo único estabelece que a preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º, CPP). A prisão preventiva pode ser decretada, ainda, na ocasião da prolação da sentença penal condenatória, conforme tem admitido o STF².

A par disso, cediço que o princípio da presunção de inocência se projeta sob dois aspectos no processo penal ou, dito de outra forma, são dois os principais efeitos que o princípio produz na órbita processual penal: no *onus probandi* e nas prisões cautelares.

O primeiro efeito diz respeito ao *standard* anglo-saxão de prova e de que a dúvida sempre milita em favor do acusado – traduzido no princípio *in dubio pro reo* –, constituindo este o núcleo duro do princípio, por isso, de caráter absoluto. Dessa forma, o *onus probandi* é atribuído ao acusador, a quem incumbe o dever de comprovar em juízo no curso do processo penal, diante do Estado-juiz, aquilo que está retratado na peça acusatória, mister cujo descumprimento ou cumprimento insatisfatório acarreta a absolvição do acusado pela aplicação de outro postulado que guarda relação estreita e direta com a presunção de inocência, que é o princípio *in dubio pro reo*.

No que tange às prisões cautelares – também denominadas de prisões processuais ou provisórias, em qualquer uma de suas espécies: prisão em flagrante, preventiva ou temporária –, o princípio da presunção de inocência impede que se configurem uma espécie de punição antecipada ao réu. Assim, por força deste postulado, a res-

2 Nesse sentido, o STF vem admitindo que a decretação de prisão preventiva se dê na sentença penal condenatória: cf. BRASIL (2016a).

trição de direitos do réu antes do julgamento é ilidida, mas não de uma forma absoluta, como pode ser depreendido da admissibilidade da prisão cautelar ou provisória, que não pode, em nenhuma hipótese, apresentar-se como um castigo antecipado, devendo, então, revelar-se sempre como medida assecuratória vinculada a real necessidade de sua imposição, como no caso das hipóteses legais do art. 312 do Código de Processo Penal, que estabelece os fundamentos em que a prisão preventiva poderá ser decretada – garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal –, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (pressupostos da prisão preventiva) e uma vez atendidos os demais requisitos legais ou condições de admissibilidade da medida.

Logo, *prima facie*, mostrar-se-ia incompatível o princípio constitucional da presunção de inocência com o cumprimento provisório de prisão-pena, já que o cerceamento da liberdade de forma preventiva, *a priori*, não pode constituir uma punição antecipada àquele que sequer possui condenação definitiva contra si, revelando-se eventual execução antecipada de pena um ato atentatório ao princípio constitucional da dignidade de pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF), epicentro do constitucionalismo contemporâneo.

Sucedo que o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal (art. 102, *caput*, CF), desde a promulgação da atual Carta Política, em 05.10.1988, até o dia 07.11.2019, em várias oportunidades se debruçou sobre a possibilidade ou não de execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ao se fazer uma análise histórica da jurisprudência acerca do tema, depreende-se que o entendimento da Corte se mostrou deveras oscilante, ora pela possibilidade de execução imediata da pena de prisão a partir da confirmação da condenação em segunda instância, ora pela impossibilidade de se decretar a prisão antes do trânsito em julgado do título condenatório. Tal fato, a toda evidência, gerou grave instabilidade e elevada insegurança

jurídica no país, ficando claro que tal polêmica teve o seu ápice no julgamento do HC nº 126.292/SP, ocorrido em 17.02.2016, conforme doravante será explicitado.

Deveras, a primeira vez que o STF enfrentou o tema da execução provisória da pena ocorreu em 28.06.1991, no julgamento do HC 68.726/DF (BRASIL, 1992b), de relatoria do ministro Néri da Silveira, oportunidade em que o Tribunal firmou entendimento no sentido de que não conflitaria com a norma do art. 5º, inciso LVII, da Carta Constitucional, a ordem para que se expeça mandado de prisão do réu, cuja condenação à pena privativa de liberdade se confirme, unanimemente, no julgamento de sua apelação contra a sentença desfavorável, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário nas instâncias superiores.

Ainda, no julgamento do HC nº 74.983/DF (BRASIL, 1997), de relatoria do ministro Carlos Velloso, ocorrido em 30.06.1997, o STF decidiu que, por não terem efeito suspensivo, os recursos especial e extraordinário não impedem o cumprimento de mandado de prisão.

Na mesma trilha, no âmbito das turmas do STF, até o ano de 2009, prevalecia o entendimento de que era possível a execução provisória da condenação, após confirmada a sentença condenatória pelo órgão judiciário de segundo grau, visto que os recursos eventualmente aviados, especial e extraordinário, não são dotados de efeito suspensivo, nos termos do art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90.³

Aliás, com base nesse entendimento, até então predominante,

3 Cf. BRASIL. STF. HC nº 70.662/RN. Rel. Min. Celso de Mello. Primeira Turma, julgado em 21.06.94, publicado em 04.11.94; HC nº 71.723/SP. Rel. Min. Ilmar Galvão. Primeira Turma, julgado em 14.03.95, publicado em 16.06.95; HC nº 79.814/SP. Rel. Min. Nelson Jobim. Segunda Turma, julgado em 23.05.00, publicado em 13.10.00; HC nº 80.174/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa. Segunda Turma, julgado em 06.06.00, publicado em 12.04.02; RHC nº 84.846/RS. Rel. Min. Carlos Velloso. Segunda Turma, julgado em 19.10.04, publicado em 05.11.04; RHC nº 85.024/RJ, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie. Segunda Turma, julgado em 23.11.05, publicado em 10.12.04; HC nº 91.675/PR. Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia. Primeira Turma, julgado em 04.09.07, publicado em 07.12.07.

foi editada a Súmula nº 716 do STF, a qual admite a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Contudo, no julgamento do HC nº 84.078/MG (BRASIL, 2010), ocorrido em 05.02.2009, de relatoria do ministro Eros Grau, a Corte Excelsa reformulou o seu entendimento e, por maioria (sete votos a quatro) e nos termos do voto do relator, assentou que a execução provisória da pena, sem que se opere o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, implica afronta ao princípio da presunção de inocência, plasmado no art. 5º, inciso LVII, da Carta da República.

Mais adiante, modificando novamente o entendimento da Corte; no julgamento do HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016b), ocorrido em 17.02.2016, de relatoria do ministro Teori Zavascki, o STF deu nova guinada em sua jurisprudência e, também por maioria (sete votos a quatro) e nos termos do voto do relator, firmou entendimento no sentido de que a execução penal provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

Ao proferir seu voto, o ministro Teori Zavascki, na condição de relator do processo, assentou que, de fato, antes de proferida a sentença condenatória, há de se manter reserva de dúvidas quanto à conduta delituosa, o que leva a conferir ao acusado, para todos os efeitos – mas, especialmente no que se refere ao ônus probatório da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação significaria, neste caso, um juízo de culpabilidade, que deve aflorar os elementos de prova produzidos sob o crivo do contraditório no curso da ação penal. A partir daí, para o sentenciante de primeiro grau, ficaria superada a presunção de não culpabilidade por um juízo de culpa – pressuposto inarredável para a condenação –, embora não definitivo, já que passível de revisão por tribunal de hierarquia

imediatamente superior. Assim, conforme o relator, “é nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame dos fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado” (BRASIL, 2016b).

Do mesmo modo, o relator assinalou que os recursos de natureza extraordinária não configurariam desdobramento do duplo grau de jurisdição, haja vista que não se prestam à reapreciação da matéria fática probatória. Dessa forma, tendo havido, em segundo grau, um juízo de culpabilidade do acusado, lastreado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pelos tribunais superiores, “parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado” (BRASIL, 2016b).

Partindo dessa premissa, o ministro Teori Zavascki declinou que a execução provisória da sentença condenatória, ainda que na pendência de julgamento de recursos de natureza extraordinária, não comprometeria o núcleo essencial do princípio da presunção de inocência, tendo em vista que o acusado foi tratado como inocente durante o transcurso do processo criminal ordinário, tendo sido respeitados os direitos e garantias a ele inerentes, assim como observadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Ante esse quadro, não violaria o postulado da não culpabilidade autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento recursos extraordinários, a produção dos efeitos da própria responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias (BRASIL, 2016b).

Porém, o relator advertiu que, de fato, poderiam ocorrer equívocos nos juízos condenatórios emitidos pelas instâncias ordinárias, assim como nas instâncias extraordinárias. Nesses casos, o ministro assinalou que sempre haverá outros mecanismos jurídicos vocacionados a suspender, caso necessário, a execução da pena, como as medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ou a ação constitucional do *habeas corpus*. De uma forma ou de outra, “mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o

acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos” (BRASIL, 2016b).

Assim, com base nesses argumentos, o ministro Teori Zavascki, ao votar pela denegação da ordem de *habeas corpus*, reavivou o antigo entendimento da Corte Excelsa, concluindo que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência, entendimento este acompanhado pelos ministros Roberto Barroso, Edson Fachin, Dias Toffoli, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, com os quais se formou maioria.

Considerando que a decisão proferida no HC nº 126.292/SP gerou efeito somente entre as partes do processo, por se tratar de um caso concreto, não produziu eficácia contra todos e efeito vinculante e, por conta disso, não afetava todos os casos semelhantes, o que fez com que alguns ministros – que gozam de plena autonomia em suas decisões monocráticas – decidissem em sentido contrário ao que foi deliberado pela maioria no plenário da Corte e, em sede de *habeas corpus*, determinavam a suspensão da execução provisória da pena. Por outro lado, os tribunais do país, de modo geral, após a confirmação da condenação em sede de apelação, passaram a determinar o imediato cumprimento da pena privativa de liberdade, com base no que foi decidido no HC nº 126.292/SP, o que resultou em um quadro de extrema instabilidade e insegurança jurídica, que passou a grassar no país, além de suscitar críticas veementes da doutrina.

Nesse sentido, Streck asseverou que o STF, no julgamento do HC nº 126.292/SP, teria reescrito a Constituição Federal e, com isso, aniquilado a garantia fundamental da presunção de inocência, já que este julgamento teria se revelado um equívoco, pois o Alto Pretório havia julgado inconstitucional o próprio texto constitucional (STRECK, 2016).

Ainda, segundo Streck, essa decisão do STF é resultado de controle de constitucionalidade incidental, porquanto a matéria foi

levada ao plenário da Corte. Entretanto, relata que não houve declaração incidental, visto que teria sido uma interpretação da Carta da República e, ao que parece, a Corte Suprema não declarou a inconstitucionalidade de nenhum dispositivo do Código de Processo Penal. E é aí que residiria o problema, pois não seria possível ignorar a clareza do texto do art. 283 do Código de Processo Penal, cuja redação é do ano de 2011, o qual estabelece que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (STRECK, 2016).

A par disso, Streck pontuou que, da análise do voto do ministro Teori Zavascki, relator do feito, não se vislumbraria qualquer menção ao art. 283, CPP, o que levaria a concluir que tal dispositivo legal ainda está em pleno vigor. Em continuação, Streck afirma que o voto do ministro Teori Zavascki, no julgamento do HC nº 126.292/SP, vai de encontro ao raciocínio construído pelo próprio ministro no julgamento da Reclamação nº 2.645/SP, quando ainda era ministro do Superior Tribunal de Justiça, oportunidade em que, ao proferir o seu voto, entendeu que seria inadmissível negar aplicação, pura e simplesmente, a preceito normativo, sem antes declarar formalmente a sua inconstitucionalidade. Ocasão em que proclamou que: “tenho absoluta tranquilidade para dizer que o art. 283 continua válido. Logo, aplicável” (STRECK, 2016).

Diante desse quadro, forçoso era concluir que, para que o impasse instaurado fosse dirimido, o caminho inexorável seria a propositura de ação declaratória de constitucionalidade (ADC), por meio da qual o STF teria que dizer, afinal, se o art. 283 do CPP é constitucional ou não, já que, naquele momento, a dicotomia era manifesta: um dispositivo do Código de Processo Penal válido e uma decisão do STF sinalizando em sentido contrário.

Dentro desse contexto, o STF, no dia 17.10.2019, deu início ao

juízo conjunto das ADCs nº 43/DF, 44/DF e 54/DF, ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Ecológico Nacional (PEN), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) e Partido Comunista do Brasil (P C do B), oportunidade em que a Corte se debruçou a respeito da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, que prevê, entre as condições para a prisão, o trânsito em julgado do título condenatório, à luz do princípio constitucional da presunção de inocência, plasmado no art. 5º, inciso LVII, do Texto Fundamental de 1988. Na oportunidade, o ministro Marco Aurélio, relator, fez a leitura do relatório, com o resumo das alegações apresentadas em cada uma das ações e um breve histórico de sua tramitação. Em seguida, foram ouvidos os advogados dos autores das ADCs e os representantes das entidades admitidas pelo relator.

Retomado o julgamento, em 23.10.2019, o ministro Marco Aurélio votou pela procedência dos pedidos formulados nas ADCs nº 43/DF, 44/DF e 54/DF, assentando a constitucionalidade do art. 283 do CPP. Ao justificar o seu posicionamento contrário à execução provisória da pena, o ministro afirmou que “a execução antecipada pressupõe garantia do Juízo ou a viabilidade de retorno, alterado o título executivo, ao estado de coisas anterior, o que não ocorre em relação à custódia. É impossível devolver a liberdade perdida ao cidadão”⁴. A respeito do teor do art. 5º, inciso LVII, do Estatuto Maior, consignou que “o dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Constituição de 1988 consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória”⁵. Em arremate, registrou que “urge restabelecer a segurança

4 Cf. BRASIL. STF. ADC nº 43/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019; ADC nº 44/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019; ADC nº 54/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019.

5 Idem.

jurídica, proclamar comezinha regra, segundo a qual, em Direito, o meio justifica o fim, mas não o inverso”⁶.

Na mesma assentada, o ministro Alexandre de Moraes, ao inaugurar a divergência, afirmou que é possível a execução provisória da prisão, sob o argumento de que o cumprimento da pena após a condenação em segunda instância não afronta o princípio da presunção da inocência, que, a seu ver, trata-se de “uma presunção *juris tantum* e exige, para ser afastada, a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal e que está prevista no art. 9º da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão”⁷. Prosseguindo, vaticinou que a presunção de inocência pressupõe que toda condenação deve ser precedida de uma atividade probatória produzida pela acusação, sendo vedada, taxativamente, a condenação desacompanhada das necessárias provas, “devendo o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio”⁸. A par disso, destacou que “a decisão condenatória de 2º grau esgota a possibilidade legal de análise probatória e, formando o ‘juízo de consistência’, afasta a não culpabilidade do réu, impondo-lhe pena privativa de liberdade”⁹. Assim, ao se exigir o trânsito em julgado ou o julgamento de recurso especial pelo STJ ou de recurso extraordinário pelo STF para, somente a partir de então, iniciar a execução da pena aplicada, mesmo após a análise de mérito da dupla instância judicial constitucionalmente escolhida como juízo natural criminal, “seria atribuir eficácia zero ao princípio da

6 Cf. BRASIL. STF. ADC nº 43/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019; ADC nº 44/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019; ADC nº 54/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019.

7 Idem.

8 Idem.

9 Idem.

efetiva tutela jurisdicional, em virtude de uma aplicação desproporcional e absoluta do princípio da presunção de inocência, que não estaria levando em conta na interpretação constitucional o método da justiça ou conformidade funcional”¹⁰. Com base nessas premissas, votou pela parcial procedência dos pedidos gizados nas ADCs nº 43/DF, 44/DF e 54/DF, no sentido de conceder interpretação conforme à Constituição Federal ao art. 283 do CPP, de maneira a se admitir o início da execução da pena, seja privativa de liberdade, seja restritiva de direitos, após decisão condenatória proferida por tribunal de segundo grau de jurisdição.

Ainda em 23.10.2019, o ministro Roberto Barroso, ao acompanhar a divergência, salientou que, do exame minucioso dos incisos LVII e LXI do Texto Maior, é possível verificar que “o pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”¹¹. Daí dizer que a regra para a decretação da prisão é a reserva de jurisdição, e não o trânsito em julgado. Ademais, pontificou que a presunção da inocência, por se tratar de um princípio, e não de uma regra absoluta, está sujeita à ponderação com outros princípios e mandamentos constitucionais, logo, “na medida em que o processo avança e se chega à condenação em 2º grau, o interesse social na efetividade mínima do sistema penal adquire maior peso que a presunção de inocência”¹². Outrossim, averbou que, no momento em que se dá a condenação do réu em segunda instância, são estabelecidas algumas certezas jurídicas, tais como a materialidade

10 Cf. BRASIL. STF. ADC nº 43/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019; ADC nº 44/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019; ADC nº 54/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019.

11 Idem.

12 Idem.

do delito, sua autoria e a impossibilidade de rediscussão de fatos e provas, de modo que postergar de modo infundado a prisão do condenado “estaria em inerente contraste com a preservação da ordem pública, aqui entendida como a eficácia do direito penal exigida para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal”¹³.

Por sua vez, o ministro Edson Fachin, também no dia 23.10.2019, ao votar pela improcedência dos pleitos formulados nas ADCs nº 43/DF, 44/DF e 54/DF, assentou que, diante da ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários e especiais, “não faria sentido se exigir que a atividade persecutória do Estado a eles se estenda, mesmo após o julgamento condenatório proferido em grau de apelação”¹⁴. Sendo assim, entendeu que “a interpretação que dá eficácia à sentença condenatória tão logo confirmada em segundo grau de jurisdição, e não mais sujeita a recurso com efeito suspensivo, está consentânea com a razão constitucional da própria existência dos recursos às instâncias extraordinárias”¹⁵.

No terceiro dia do julgamento das ADCs nº 43/DF, 44/DF e 54/DF, em 24.10.2019, a ministra Rosa Weber, ao manifestar entendimento contrário à execução provisória do acórdão condenatório e, por consequência, acompanhar o voto do relator, ponderou que “o art. 5º, LVII, da CF; enfeixa um princípio, sim – o da presunção de inocência, como tantas vezes tem sido repetido, mas também enfeixa uma regra propriamente, uma regra específica, o que não se pode ignorar”¹⁶. Logo, em face da regra expressamente veiculada

13 Cf. BRASIL. STF. ADC nº 43/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019; ADC nº 44/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019; ADC nº 54/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019.

14 Idem.

15 Idem.

16 Idem.

pelo constituinte, que estabelece o trânsito em julgado como termo final da presunção de inocência, momento em que é possível infligir os efeitos da atribuição da culpa ao acusado, “não me é dado, como intérprete, ler o preceito constitucional pela metade, como se contivesse apenas o princípio genérico, ignorando a regra que nele se contém”¹⁷. Ainda segundo a ministra, afora as hipóteses de prisão cautelar, delineadas no art. 312 do CPP, a prisão-pena tem como pressuposto a formação da culpa e, segundo o que dispõe a norma do art. 5º, inciso LVII, da Carta da República de 1988, só poderá irradiar seus efeitos normativos a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, de modo que, “gostemos ou não, esta é a escolha político-civilizatória manifestada pelo poder constituinte, e não reconhecê-la importa reescrever a Constituição para que ela espelhe o que gostaríamos que dissesse, em vez de a observarmos”¹⁸.

Também em 24.10.2019, o ministro Ricardo Lewandowski, ao seguir o voto do relator, ressaltou que, se aos deputados e senadores, ainda que no exercício do poder constituinte derivado do qual são democraticamente investidos, é vedado suprimir ou minimizar a presunção de inocência, cristalizada na Constituição Federal de 1988, “com maior razão não é dado aos juízes fazê-lo por meio da estreita via da interpretação, uma vez que esbarrariam nos intransponíveis obstáculos das cláusulas pétreas, verdadeiros pilares de nossas instituições democráticas”¹⁹. Ademais, sublinhou que, após a guinada jurisprudencial realizada pela Corte no julgamento do HC nº 126.292/SP, em 17.02.2016, muitos decretos de prisão foram emitidos, após decisões de segunda instância, de forma automática, sem qualquer

17 Cf. BRASIL. STF. ADC nº 43/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019; ADC nº 44/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019; ADC nº 54/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019.

18 Idem.

19 Idem.

fundamentação idônea, violando a regra do art. 5º, inciso LXI, da Lei Maior, ressaltando também que “esse retrocesso jurisprudencial mereceu o repúdio praticamente unânime dos especialistas em direito penal e processual penal, particularmente daqueles que militam na área acadêmica”²⁰.

O ministro Luiz Fux, em contrapartida, ao defender a possibilidade de execução provisória da pena após confirmação da sentença em segunda instância, asseverou que o princípio da presunção da inocência não possui qualquer vinculação com a prisão. Segundo ele, o art. 5º, inciso LXI, do Estatuto Fundamental, garante ao acusado provar a sua inocência até o trânsito em julgado, porém, “à medida que o processo vai tramitando, essa presunção de inocência vai sendo mitigada. Há uma gradação”²¹. No mesmo contexto, o ministro entendeu salutar a manutenção do entendimento deflagrado pelo STF no julgamento do HC nº 126.292/SP, em homenagem ao princípio da segurança. “Nós estamos aqui desde 2016 dizendo: essa regra é salutar, ela evita a impunidade, e agora nós vamos mudar por quê? Qual a razão de se modificar a jurisprudência?”²²”.

Já em 07.11.2019, último dia de julgamento, a ministra Cármen Lúcia, primeira a votar, acompanhou a divergência e, assim, votou a favor da prisão após condenação em segunda instância, alegando que “a eficácia do direito penal afirma-se, na minha compreensão, pela definição dos delitos e pela certeza do cumprimento das penas. Se não se tem a certeza de que a pena será imposta, de que será cumprida, o que impera não é a incerteza da pena, mas a certeza

20 Cf. BRASIL. STF. ADC nº 43/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019; ADC nº 44/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019; ADC nº 54/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019.

21 Idem.

22 Idem.

ou pelo menos a crença na impunidade”²³. Essa certeza da impunidade, na esteira da ministra, não é nutrida pelos mais pobres, e sim por aqueles mais abastados, que dispõem de meios “para usar, ou até para abusar, de todo um rebuscado e intrincado sistema recursal, de todos os meios para não precisar de responder pelo delito e prostrar o processo no tempo, até se chegar à prescrição da pretensão punitiva e à frustração dos direitos daqueles que sofreram como consequência do delito”²⁴.

O ministro Celso de Mello, por seu turno, na condição de decano da Corte, na mesma linha de suas manifestações pretéritas, aderiu ao voto do relator e, com isso, votou pela impossibilidade de execução antecipada da pena de prisão. Em suas razões, assentou que as sanções impostas a qualquer condenado dependem, para a sua efetivação, do trânsito em julgado do título condenatório que as aplicou, haja vista que a garantia constitucional da presunção da inocência “impede o Poder Público de agir e de comportar-se em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário”²⁵. Outrossim, pontificou que a presunção de inocência “repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade até que sobrevenha – como o exige a Constituição do Brasil – o trânsito em julgado da condenação penal. Só então deixará de subsistir, em relação à pessoa condenada, a presunção de que é inocente”. Em complemento, o ministro consignou que a repulsa à presunção de inocência “não pode legitimar, inclusive mediante procedimento hermenêutico, a imposição de restrição desautorizada pela Consti-

23 Cf. BRASIL. STF. ADC nº 43/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019; ADC nº 44/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019; ADC nº 54/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019.

24 Idem.

25 Idem.

tuição da República e que se mostra, por isso mesmo, absolutamente indevida e arbitrária”²⁶.

Por sua vez, o ministro Gilmar Mendes – que, no ano de 2009, no julgamento do HC nº 84.078/MG, havia manifestado entendimento favorável à prisão em segunda instância, o que foi repetido por ele em 2016 no julgamento do HC nº 126.292/SP –, votou contra a execução provisória de acórdão condenatório de segundo grau, em consonância com o voto do relator, aduzindo que a mudança de entendimento hoje resulta do “desvirtuamento que as instâncias ordinárias passaram a perpetrar em relação à decisão do STF em 2016”²⁷, porquanto os tribunais não compreenderam que a Corte, no julgamento do HC nº 126.292/SP, entendeu pela possibilidade da execução provisória da pena, e não obrigatoriedade. “Ou seja, decidiu-se que a execução da pena após condenação em segunda instância seria possível, mas não imperativa”²⁸.

Já o ministro Dias Toffoli, na condição de presidente do STF, responsável pelo desempate no julgamento que se encontrava cinco votos a cinco, decidiu pela impossibilidade de cumprimento da prisão em segunda instância. Conforme ponderou, a prisão lastreada unicamente em condenação penal só pode ser decretada após o trânsito em julgado, sendo essa a vontade do legislador quando da edição da Lei nº 12.403/2011, que alterou a redação do art. 283, CPP. Logo, a norma não carece de interpretação conforme a Constituição, mas sim como prevista na Constituição. Ainda de acordo com o ministro, o Congresso Nacional possui autonomia para alterar esse dispositivo e definir o momento da prisão. A única exceção, enfatizou, é a sen-

26 Cf. BRASIL. STF. ADC nº 43/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019; ADC nº 44/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019; ADC nº 54/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019.

27 Idem.

28 Idem.

tença proferida pelo Tribunal do Júri, que, segundo preconiza a Lei Maior, é soberano em seus veredictos.²⁹

Dessarte, o STF, por apertada maioria (seis votos a cinco) e nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedentes os pedidos aduzidos nas ações para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, afastando assim a possibilidade do cumprimento antecipado da pena de prisão sem que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, reformulando então o entendimento firmado em 2016 no julgamento do HC nº 126.292/SP e reavivando o precedente gizado no HC nº 84.078/MG, de 2009, só que agora com toda a carga de efeitos do controle concentrado (art. 102, § 2º, CF) – efeito vinculante e eficácia contra todos.

3 Considerações finais

Após três décadas de posições oscilantes, em função de mudanças em sua composição, sob o aspecto jurídico, tem-se que o Supremo Tribunal Federal, no emblemático julgamento das ADCs nº 43/DF, 44/DF e 54/DF, no final do ano de 2019, ao decidir, em sede de controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, § 2º, CF), pelo descabimento da execução provisória da pena privativa de liberdade, pôs fim a um impasse que reinava na ordem jurídica do país, o qual gerava instabilidade e insegurança jurídica deflagradas pela própria Corte, já que suas manifestações anteriores haviam se dado no controle difuso, notadamente no julgamento de *habeas corpus*, desprovidas de eficácia contra todos e efeito vinculante.

Por outro lado, considerando que as decisões proferidas pelo STF no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade vinculam

29 Cf. BRASIL. STF. ADC nº 43/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019; ADC nº 44/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019; ADC nº 54/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019.

somente o próprio Judiciário e o Executivo, tem-se que o Poder Legislativo, cujos membros foram investidos pelo voto popular, poderá promulgar, se quiser, uma proposta de emenda constitucional (PEC) tendente a permitir a prisão em segunda instância, ou limitar os recursos às Cortes Superiores com reforma na legislação infraconstitucional, desde que as proposições legislativas em tela não afetem as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, CF) e nem tampouco o núcleo duro dos direitos e garantias fundamentais. Assim, em princípio, a discussão, doravante, continuará na arena político-democrática, que é o *locus* apropriado para a deliberação quanto à viabilidade ou não da execução provisória da pena de prisão a partir da segunda instância.

No mais, também não se pode olvidar – e o legislador certamente atentarà a isso – que os processos criminais que tramitam nas cortes judiciárias do país, sobretudo nas instâncias superiores, padecem de excessiva lentidão, dada a gama de recursos endereçados aos tribunais superiores, justamente para procrastinar o andamento da ação penal e, dessa forma, adiar o início da execução da pena e obter eventual prescrição da pretensão punitiva (ou até executória), além de decorrerem das falhas na organização administrativa do Poder Judiciário (falta de juízes, de servidores e de gestão eficiente), afrontando assim o princípio constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, CF) e, ao mesmo tempo, despertando uma intolerável sensação de impunidade no seio da coletividade. Por conta disso, a interpretação da Constituição e das normas penais e processuais penais tem sido pressionada por exigências de efetividade.

Por outro lado, é de se observar que o Ocidente vive uma preocupante onda de produção legislativa restritiva de direitos, sob o pretexto de se promover a persecução penal com efetividade e combater a impunidade. Dentro dessa perspectiva, nem tanto ao mar nem tanto à terra, há que se ter a máxima cautela, porquanto, “em dose excessiva, há risco de se morrer da cura” (BARROSO, 2011, p. 275-290), assim, ao legislador, diante da gravidade da complexidade do

tema, compete agir com parcimônia, a fim de evitar autoritarismos e abusos que, a toda evidência, impliquem inequívoco retrocesso na história e afronta às liberdades públicas e garantias individuais dos cidadãos, conquistadas a duras penas ao longo da história da humanidade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *In*: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (org.). **Constituição e ativismo judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BECCARIA, Cesare; BONESANA, Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Rideel, 2003.

BITENCOURT, César Roberto; BITENCOURT, Vânia Barbosa Adorno. Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC. **Consultor Jurídico**, 18 fev. 2016; Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 67.707/RS**. Rel. Min. Celso de Mello. Primeira Turma, julgado em 07.11.1989, publicado em 14.08.1992a.

_____. _____. **HC nº 68.726/DF**. Rel. Min. Néri da Silveira. Tribunal Pleno, julgado em 28.06.1991, publicado em 20.11.1992b.

_____. _____. **HC nº 74.983/RS**. Rel. Min. Carlos Velloso. Tribunal Pleno, julgado em 30.06.1997, publicado em 29.08.1997.

_____. _____. **HC nº 84.078/MG**. Rel. Min. Eros Grau. Tri-

bunal Pleno, julgado em 05.02.2009, publicado em 26.02.2010.

_____. _____. **RHC nº 121.075/DF**. Rel. Min. Luiz Fux. 1ª Turma do STF, julgado em 23.06.2015, publicado em 15.06.2016a.

_____. _____. **HC nº 126.292/SP**. Rel. Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno, julgado em 17.02.2016, publicado em 17.05.2016b.

_____. _____. **HC nº 135.100/MG**. Rel. Min. Celso de Mello. Liminar deferida em 01.07.2016c.

EL HERICHE, Gamil Föppel; SANTOS, Pedro Ravel Freitas. Decisão do Supremo é mais um capítulo do direito penal de emergência. **Consultor Jurídico**, 17 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/decisao-stf-capitulo-direito-penal-emergencia>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Limites constitucionais da investigação: especial enfoque ao princípio da presunção de inocência. In: SANCHES CUNHA, Rogério; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. **Consultor Jurídico**, 19 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E O VOTO DOS DEFICIENTES FÍSICOS

Felipe Ferreira Nunes¹
Volgane Oliveira Carvalho²

RESUMO

Com o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito com o advento da Constituição Federal de 1988, a participação no processo eleitoral passou a assumir uma posição de protagonismo na construção do país. Essa nova percepção favoreceu o fortalecimento dos direitos políticos, principalmente a expressão máxima do sufrágio, que é o instrumento de manifestação da participação do cidadão, exigindo uma acessibilidade para sua efetiva participação. O presente trabalho objetiva analisar os efeitos jurídicos que resultam do desrespeito aos direitos políticos na acessibilidade ao sufrágio. Para isso, abordaram-se as seguintes etapas metodológicas: análise do panorama conceitual dos direitos políticos, suas definições, titularidade, aquisição e perda. Além disso, as normas protetoras da acessibilidade ao sufrágio e sua consequente responsabilização pelo dano, bem como o posicionamento da jurisprudência brasileira diante do dano ao direito político. Há, portanto, responsabilização objetiva do Estado pela omissão ao desrespeito a acessibilidade ao direito de sufrágio. Ademais, não garantir o eleitor o direito a indenização representa uma afronta ao princípio da igualdade e principalmente uma desconsideração a um direito fundamental.

1 Bacharel em Direito pelo Instituto Camillo Filho.

2 Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (2015). Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão. Coordenador do Conselho Fiscal da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP). Autor dos livros: “Manual das Inelegibilidades” e “Direitos Políticos no Brasil: o eleitor no Século XXI”.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Direitos políticos 2. Acessibilidade
3. Responsabilidade civil

1 Introdução

O presente trabalho propõe de forma geral analisar os efeitos jurídicos que resultam do desrespeito aos direitos políticos na acessibilidade ao sufrágio, bem como elucidar a responsabilidade civil do Estado diante do dano causado ao eleitor, na perspectiva definidora da responsabilização do Estado, observando os princípios constitucionais basilares dos direitos políticos e o amparo legal existente.

A colher no ordenamento jurídico as leis, as resoluções do TSE e as jurisprudências relacionadas à efetividade da acessibilidade ao sufrágio, bem como estabelecer o posicionamento majoritário dos tribunais na responsabilização do Estado no caso de dano ao eleitor privado do exercício do direito de sufrágio, diante da omissão em garantir a efetividade dos princípios e normas de acessibilidade ao sufrágio.

Verifica-se a importância do estudo do tema em razão da crescente participação da sociedade nos debates políticos e no processo de participação de escolha dos seus representantes. Desse modo, busca-se um ideal de igualdade democrática em um viés de cidadania que conseqüentemente necessita da acessibilidade como garantia da efetividade dos direitos políticos. No Brasil, as normas protetoras da acessibilidade são esparsas, mas a sua concretização na situação prática ainda acarreta ônus.

A realização deste estudo se mostra necessário diante da omissão do Estado em não garantir locais de votação adequados. É fator da sua respectiva responsabilização e o conseqüente dano, tendo em vista que afeta o íntimo do eleitor em duas perspectivas - a primeira delas na obstrução de participar ativamente do processo eleitoral e a segunda, ainda mais grave, pela criação de uma situação constrangedora e vexatória, que expõe desnecessariamente a limitação física do

cidadão. Assim, o antagonismo perfaz em concluir se a responsabilidade pela omissão pode ser determinada de forma objetiva.

2 A proteção jurídica aos direitos políticos das pessoas com deficiência

Os ideais de democracia e cidadania contemplados e defendidos com o regime democrático de direito proposto com a Constituição de 1988 não consolidaram por si só uma sociedade pautada em um regime igualitário, tampouco efetivam o princípio norteador nesse período, a dignidade da pessoa humana, ou seja, as próprias garantias fundamentais são objetos de desrespeito. Nessa seara, convém questionar se atualmente os cidadãos vive um governo do povo, pelo povo e para o povo ou se os direitos políticos são restringidos a uma parte da sociedade.

As pessoas com deficiência constituem uma parcela da sociedade que têm seus direitos políticos ofendidos, pois são grupos vulneráveis que mesmo integrantes da sociedade possuem suas liberdades individuais mitigadas. Assim, para contribuir com a concretização dos direitos políticos, foi necessária a criação de mecanismos democráticos, tanto em leis como em Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral.

2.1 O exercício do sufrágio

O exercício do sufrágio apresenta algumas características que são necessárias e imprescindíveis, porém quando abordadas nos aspectos e nos interesses das pessoas com deficiência necessitam de uma maior atenção, ao passo que esse tratamento diferenciado visa proporcionar uma conjuntura de igualdade, denominada de ações afirmativas. Na aceção de Bulos (2014, p. 554), “busca-se, por meio das ações afirmativas, compensar os menos favorecidos, assim como ocorre com os que nunca sofreram restrições”. Essas discriminações

positivas representam tratar os desiguais na medida de suas desigualdades, conforme a teoria clássica de Aristóteles, no exercício e na fruição dos direitos, com o objetivo de assegurar a existência de direitos mínimos próprios de qualquer pessoa, assegurados na Constituição Federal de 1988, que são os direitos fundamentais.

Em uma sociedade que preconiza um ideal de manifestação dos direitos políticos por todos os cidadãos, faz-se necessário proporcionar a efetividade dos direitos à cidadania, garantidores da participação ativa do indivíduo nas funções do Estado, por isso, são considerados como a razão da democracia, tendo em vista que não existe democracia sem a participação popular. Desse modo, qualquer forma de impossibilidade para o exercício do sufrágio pelos deficientes representa uma afronta ao princípio da igualdade. Nesse sentido, preleciona Djalma Pinto (2008, p. 133):

A igualdade formal é assegurada no texto da Constituição e das leis. É imprescindível na democracia, mas não implica sua simples descrição abstrata, no texto legal, em uma efetiva vivência de seu conteúdo pelo grupo social em que tem vigência o enunciado normativo que a consagra. No caso específico do Brasil é preciso, com urgência, buscar uma maior conscientização dos habitantes de todas as cidades, que integram seu território, sobre o verdadeiro alcance do princípio da igualdade.

Apesar da liberdade de participação de atuação ser um ponto do regime democrático, a expressão da vontade popular só se concretiza quando todos puderem exercer o direito de sufrágio em igualdade de oportunidades. Importante salientar que o princípio da igualdade possui objetivos que, segundo Moraes (2016, p. 100), são: “limitação ao legislador, ao intérprete/autoridade pública e ao parti-

cular”, de modo que se busca controlar as respectivas atuações para não ocorrer situações de desrespeito e abuso ao cidadão frente à dignidade da pessoa humana.

A igualdade pode ser desmembrada em sua vertente formal que é o próprio texto constitucional e em material que é a prática, a realidade no caso concreto. Por conseqüente, não se pode falar em exercício do sufrágio das pessoas com deficiência se não houver abertura para o exercício dos direitos políticos, buscando um ambiente social com pluralidade consagrando uma justiça social, transformando o mero detentor de direitos em um verdadeiro cidadão ativo com participação política. Dessa forma, a manifestação dos direitos políticos em paridade de igualdade pelos indivíduos sustenta o estado democrático ao passo que só é possível à medida que lhe concede legitimidade.

Aliado ao princípio da igualdade do exercício ao sufrágio, que resulta na concepção de que cada homem vale um voto, o que infere o voto igual para todos, porém a Constituição Federal determina, ainda, que o voto é periódico, direto e secreto. Ressalta-se que tais características encontram-se elencadas como cláusulas pétreas no artigo 60, §4º, II, da CF de 1988 limitando o poder constituinte reformador.

O voto é periódico, em razão do exercício do direito ao sufrágio ser realizado de tempos em tempos, segundo Alexandre de Moraes (2016, p. 403) “fundamenta-se na temporariedade dos mandatos eletivos, uma vez que a democracia representativa prevê e exige existência de mandatos com prazo determinado”. Assim, a cada biênio, no mínimo, os cidadãos comparecem às urnas para exercer o direito do sufrágio com a liberalidade de modificar a representação política.

O exercício do direito de sufrágio deve ocorrer de forma direta, mediante o voto do eleitor sem qualquer forma de intermediário. Porém, esta regra admite exceção prevista no próprio texto da Constituição em seu artigo 81, §1º, quando atribui ao Congresso Nacional

a competência para eleger em 30 dias o Presidente e o Vice-Presidente da República, nos casos de vacância dos cargos nos últimos dois anos do mandato presidencial. Não se observa nenhum prejuízo à regra do voto direto, tendo em vista que ocorre em razão de uma peculiaridade constitucional, visando a não distorcer a participação política da população.

Em decorrência de o voto ser direto emerge uma característica implícita que é a pessoalidade, representando o fato de somente o eleitor ser permitido de exercer o direito de sufrágio, ou seja, figura o critério personalíssimo e intransferível, de modo que Ramayana (2007, p. 40) afirma que “Não se admite voto por procuração ou por e-mail”. Em razão disso, exige-se a apresentação de um documento para aferir se é a própria pessoa que está comparecendo na cabine de votação.

O sigilo do voto tem estrita relação com a proteção da autonomia de voto do eleito, dessa forma por ser um direito subjetivo tão somente o autor, querendo, poderá revelar seu voto, porém não pode ser exposto por terceiros de maneira ilegítima. O Código Eleitoral em seu artigo 103 garante o voto secreto:

Art. 103. O sigilo do voto é assegurado mediante as seguintes providências:

I - uso de cédulas oficiais em todas as eleições, de acordo com modelo aprovado pelo Tribunal Superior;

II - isolamento do eleitor em cabine indevassável para o só efeito de assinalar na cédula o candidato de sua escolha e, em seguida, fechá-la;

III - verificação da autenticidade da cédula oficial à vista das rubricas;

IV - emprego de urna que assegure a inviolabilidade do sufrágio e seja suficientemente ampla

para que não se acumulem as cédulas na ordem que forem introduzidas.

O objetivo principal da segurança ao voto secreto é evitar e combater a intimidação do eleitor, casos de suborno, corrupção eleitoral, compra de voto. Ressalta-se que a evolução tecnológica propiciou a criação da urna eletrônica, mecanismo de votação mais seguro que as urnas de lona e que assegura a inviolabilidade do sigilo do voto, inclusive, com o uso de mecanismos que impedem a que se busque a correspondência entre o eleitor e o voto que ele digitou.

Outro atributo do exercício ao direito de sufrágio já destacado anteriormente é que apesar de ser um direito ele é obrigatório, preenchidos os requisitos da alistabilidade do cidadão é exigida a sua presença ao local de votação para a concretização da cidadania, aspecto ratificado por Gomes (2016, p. 78) “a pessoa maior de 18 anos e menor de 70 anos é obrigado – obrigação cívica – a comparecer ao local de votação, assinar a lista de comparecimento e votar”.

Diante da impossibilidade ao comparecimento para exercer o direito de sufrágio por se encontrar fora do domicílio eleitoral, deve ser justificado no próprio dia da eleição em formulário disponibilizado no local de votação ou em um prazo de até 60 dias após o pleito, sob pena de multa, conforme previsão do artigo 7º, *caput*, do Código Eleitoral. Além disso, se o eleitor não realizar justificativa ou pagamento de multa, o mesmo estará sujeito a sanções de acordo com §1º do artigo 7º:

§ 1º Sem a prova de que votou na última eleição, pagou a respectiva multa ou de que se justificou devidamente, não poderá o eleitor:

I - inscrever-se em concurso ou prova para cargo ou função pública, investir-se ou empossar-se neles;

II - receber vencimentos, remuneração, salário ou proventos de função ou emprego público, autárquico ou para estatal, bem como fundações governamentais, empresas, institutos e sociedades de qualquer natureza, mantidas ou subvencionadas pelo governo ou que exerçam serviço público delegado, correspondentes ao segundo mês subsequente ao da eleição;

II - participar de concorrência pública ou administrativa da União, dos Estados, dos Territórios, do Distrito Federal ou dos Municípios, ou das respectivas autarquias;

IV - obter empréstimos nas autarquias, sociedades de economia mista, caixas econômicas federais ou estaduais, nos institutos e caixas de previdência social, bem como em qualquer estabelecimento de crédito mantido pelo governo, ou de cuja administração este participe, e com essas entidades celebrar contratos;

V - obter passaporte ou carteira de identidade;

VI - renovar matrícula em estabelecimento de ensino oficial ou fiscalizado pelo governo;

VII - praticar qualquer ato para o qual se exija quitação do serviço militar ou imposto de renda.

Dessa forma, observa-se que diante da impossibilidade ao exercício do direito de sufrágio pelos deficientes, mesmo a lei criando ‘oportunidades’ para diminuir o ônus, tal situação ainda gera um grande desgaste a essa parcela da população - primeiro que pelo não exercício do direito e por fim ainda a aplicação de multa e o seu não pagamento responsabiliza severamente o cidadão.

2.2 Normas garantidoras ao exercício do direito de sufrágio das pessoas com deficiência

As pessoas com deficiências constituem uma categoria da população com interesses intrínsecos e diversificados, tendo em vista que o rol de deficiências é amplo, e assim, o que acolhe os interesses de uma determinada incapacidade pode não alcançar as de outra. As peculiaridades desse grupo vão de encontro às inclinações da maioria da população, o que acarreta uma vulnerabilidade aos deficientes, identificados como uma minoria, mesmo representando 23,9 % da população nacional, conforme apresentado pelo censo realizado em 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Convém de imediato identificar quem se enquadra nesse grupo vulnerável, assim a Lei nº 13.146/15, instituiu a lei brasileira de inclusão a pessoa com deficiência, mais conhecida como o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que traz em seu artigo 2º traz a definição de deficiência:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

A referida norma busca sobretudo garantir e possibilitar em circunstâncias igualitárias o exercício da liberalidade e as garantias fundamentais das pessoas com deficiência, objetivando a inclusão social frente a uma sociedade com diferenças, bem como a prática da cidadania. A proteção jurídica dessa parcela de cidadãos encontra diversas normas, desde infraconstitucionais como a citada norma acima, bem como as convenções internacionais, dedicadas à aquisi-

ção dos variados direitos que declaram.

No cenário internacional, no ano de 2008, o Brasil ratificou a Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo, sendo o primeiro tratado internacional sobre direitos humanos aprovado com o status de emenda constitucional, conforme os termos previstos no Artigo 5º, §3º, da Constituição vigente. Na acepção de Dias (2017), tal fato representou “um marco na luta nacional pela positivação do respeito à dignidade humana”.

O Decreto nº 6.949/09 promulgou a Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo e no próprio texto elencou quais os propósitos, as definições, os princípios gerais e as obrigações. Nos termos do artigo 21 do referido ato, impõe a obrigatoriedade dos Estados partes adotarem todas as medidas adequadas para propiciarem que as pessoas com deficiência sejam capazes de concretizar a liberdade de expressão e de opinião, uma igualdade de oportunidades com os demais cidadãos.

No artigo 29 é reservado um tópico que trata da participação dos deficientes na vida política e pública determinando a igualdade de oportunidades, incluindo o direito de votarem e serem votados, que os materiais e procedimentos de instalações das seções eleitorais sejam apropriados, e que todos os locais de votação sejam acessíveis. Além disso, o decreto reforça a obrigatoriedade da proteção aos direitos das pessoas com deficiência ao voto e a defesa da livre expressão de vontade das pessoas com deficiência no exercício do direito de sufrágio, na participação de eleitores ativos.

No contexto da legislação infraconstitucional, a proteção jurídica das pessoas com deficiência tem apresentado esforço para possibilitar a acessibilidade dos eleitores com deficiência aos locais de votação, porém a realidade e aplicação da norma ao caso concreto ainda esbarram em situações com inúmeros obstáculos impossibilitando o exercício do direito de sufrágio. Nesse sentido, somente no ano de 2002, o TSE publicou a Resolução nº 21.008, que disciplina o

exercício do voto pelos portadores de necessidades especiais:

Art. 1º Os juízes eleitorais, sob a coordenação dos tribunais regionais eleitorais, deverão criar seções eleitorais especiais destinadas a eleitores portadores de deficiência.

§ 1º Nos municípios em que não for possível a criação de seção unicamente para esse fim, o juiz eleitoral poderá designar uma das seções existentes para também funcionar como seção especial para eleitores portadores de deficiência.

§ 2º As seções especiais de que cuida este artigo deverão ser instaladas em local de fácil acesso, com estacionamento próximo e instalações, inclusive sanitárias, que atendam às normas da ABNT NBR 9050.

Observa-se que a resolução utiliza o termo ‘seções eleitorais especiais’, ou seja, são seções que se adequam a realidade das pessoas portadoras de deficiência, não podendo ser criados locais de votação exclusivos para esse grupo vulnerável, com a condição de estar violando o princípio da igualdade. Além disso, a Resolução ainda ressalta que as urnas eletrônicas devem atender aos eleitores com deficiência visual, de modo que exista recurso para conferir o voto assinalado, sem abuso ao sigilo. Tal medida se realiza com o uso de fones de ouvido que narram, progressivamente, todos os comandos digitados na urna eletrônica pelo eleitor.

A preocupação com o deficiente visual encontra amparo legal no próprio Código Eleitoral em seu artigo 150, incisos I a III, no qual determina:

Art. 150. O eleitor cego poderá:

I - assinar a folha individual de votação em letras

- do alfabeto comum ou do sistema Braille;
- II - assinalar a cédula oficial, utilizando também qualquer sistema;
- III - usar qualquer elemento mecânico que trazer consigo, ou lhe for fornecido pela mesa, e que lhe possibilite exercer o direito de voto.

No tocante ao inciso III ao autorizar o uso de qualquer elemento mecânico, autoriza o uso de normógrafos pelo eleitor e o fornecimento dos fones de ouvido pela mesa receptora de votos. Tal medida vem em reforço ao uso do alfabeto Braille nas teclas das urnas eletrônicas e nas cédulas eleitorais, que, eventualmente, sejam empregadas.

Com o desenvolvimento da justiça social e diante dos problemas aos deficientes, em 2004, o TSE editou a Resolução nº 21.920, abrindo uma possibilidade do não exercício do sufrágio sem qualquer forma de sanção, porém a condição exigida é que a prática dessa obrigação seja impossível ou excessivamente onerosa. Na referida Resolução não foi apresentado o que seria excessivamente oneroso, mas apenas informado que será feita uma avaliação, deixando um conceito vago, na acepção de Mendes e Branco (2015, p. 717): “cuidar-se-ia uma ‘lacuna’ suscetível de ser superada com base nos próprios princípios estruturantes do sistema constitucional, suficientes a legitimar uma cláusula implícita com exceções ao alistamento obrigatório”. Além disso, cabe salientar que o ato normativo não centrou seu objetivo em garantir meios eficazes para o direito ao exercício do sufrágio, mas sim a dispensa de uma garantia constitucional.

O TSE no uso de suas atribuições no ano de 2012 editou a Resolução nº 23.381 que instituiu o Programa de Acessibilidade da Justiça Eleitoral, trazendo uma gama de direitos e imposição de obrigações com o objetivo de igualdade de oportunidades no exercício do direito ao sufrágio aos eleitores com deficiência ou mobilidade reduzida. O referido ato normativo apresentou exigências inovado-

ras na garantia da acessibilidade, determinado o artigo 4º da habilitação das urnas eletrônicas com sistema de áudio, bem como a disponibilização de fones de ouvido para conectar nas urnas, beneficiando diretamente o eleitor cego ou com deficiência visual.

Além disso, o Programa de Acessibilidade permitiu no artigo 3º a celebração de pactos e convênios de cooperação técnica com instituições representativas das pessoas com deficiência, visando à cooperação e assistência necessárias à acessibilidade. Cabe ressaltar, que os mesários serão instruídos com orientações para assessorar e simplificar o exercício do voto pelos eleitores com deficiência ou mobilidade reduzida (artigo 5º), bem como será feita a atualização do cenário dessa minoria, mediante um formulário de requerimento individual específico, em cada pleito eleitoral, conforme prevê o art. 8º, §1º.

A Lei Brasileira de Inclusão, também conhecida como Estatuto da pessoa com deficiência, representa a normativa mais recente no tocante à inclusão social e participação ativa do eleitor com deficiência, assim com o objetivo de minimizar os obstáculos relacionados ao exercício do direito de sufrágio, o artigo 76, §1º, da LBI apresenta um conjunto de obrigações ao poder público para garantir a participação no estado democrático:

Art. 76. O poder público deve garantir à pessoa com deficiência todos os direitos políticos e a oportunidade de exercê-los em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º À pessoa com deficiência será assegurado o direito de votar e de ser votada, inclusive por meio das seguintes ações:

I - garantia de que os procedimentos, as instalações, os materiais e os equipamentos para votação sejam apropriados, acessíveis a todas as pessoas e de fácil compreensão e uso, sendo vedada

a instalação de seções eleitorais exclusivas para a pessoa com deficiência;

II - incentivo à pessoa com deficiência a candidatar-se e a desempenhar quaisquer funções públicas em todos os níveis de governo, inclusive por meio do uso de novas tecnologias assistivas, quando apropriado;

III - garantia de que os pronunciamentos oficiais, a propaganda eleitoral obrigatória e os debates transmitidos pelas emissoras de televisão possuam, pelo menos, os recursos elencados no art. 67 desta Lei;

IV - garantia do livre exercício do direito ao voto e, para tanto, sempre que necessário e a seu pedido, permissão para que a pessoa com deficiência seja auxiliada na votação por pessoa de sua escolha.

O referido artigo em seu §1º apresenta a vedação de seções eleitorais exclusivas, preponderando a inclusão, mas os locais de votação devem atender às necessidades especiais dessas pessoas. Ressalta-se que a Justiça eleitoral vem estimulando ampla divulgação no sentido de permitir ao eleitor com deficiência se direcionar ao cartório eleitoral mais próximo de sua residência, seguindo o mesmo prazo eleitoral para cadastro, ou seja, um período de 151 dias antes da realização do pleito, para solicitar a mudança para uma seção eleitoral que seja mais equipada com meios e recursos que garantam o efetivo cumprimento do exercício do voto, de forma simplificada e sem obstáculos, conforme prevê o art. 91 da Lei nº 9.504/1997.

Ademais, cabe salientar que o inciso IV do artigo 76 do Estatuto da pessoa com deficiência cria a possibilidade de o cidadão com deficiência ser auxiliado por uma pessoa de sua escolha, quando necessário e solicitado por ele. Observa-se que tal permissão vai de

encontro à característica do voto ser secreto, logo existe a colisão de dois princípios constitucionais, mas o exercício do direito ao sufrágio deve prevalecer, conforme afirma Gomes (2016, p. 159):

O direito ao voto e o direito ao sigilo são princípios estabelecidos na Constituição da República, o segundo não pode existir sem o primeiro. Por isso, ao compatibilizar esses princípios, creio que há de prevalecer – na comprovada impossibilidade da observância de ambos – o primeiro, expressão de maior da cidadania.

Dessa forma, verifica-se um avanço pela gama de atos normativos, decreto e leis com o objetivo de garantir o direito de voto, porém a aplicação no caso concreto esbarra em um cenário de impossibilidades e obstáculos, em meio a um total descaso e desrespeito aos deficientes e ao processo de inclusão e justiça social.

2.3 Máxima acessibilidade ao sufrágio

A universalização do sufrágio para fiel efetividade está condicionada a sua universalidade, cujo objetivo é identificar as peculiaridades dos deficientes, tornando o exercício do sufrágio mais fácil. Além disso, tal regra não se aplica apenas aos deficientes, bem como a todos os eleitores ativos que possuem dificuldades para exercer um direito fundamental assegurado pela Constituição, que é o sufrágio.

Convém definir o conceito de acessibilidade e o próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência em seu artigo 3º define:

Art. 3º Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se:

I - acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e auto-

nomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Cabe salientar que as barreiras abrangem tanto aquelas estruturas físicas para acesso às seções eleitorais no dia da votação, quanto as dificuldades enfrentadas na comunicação de propagandas e debates eleitorais, instrumentos fundamentais em um processo eleitoral democrático que permite ao eleitor um maior conhecimento das propostas dos referidos candidatos, conseqüentemente, o exercício da cidadania de forma consciente. Além disso, o artigo 3º reforça que a aplicabilidade da acessibilidade não se limita a zona urbana, mas engloba todos os ambientes necessários para a efetivação do sufrágio.

Aliado a um campo de obstáculos, o individualismo exacerbado encontra respaldo e se fixa, de modo que a acessibilidade emerge como uma forma de satisfação dos interesses dos excluídos na concretização de uma justiça social que assegura o sufrágio como um direito fundamental, mediante normas garantidoras e princípios, conforme assegura Carvalho (2016, p. 99):

Nesse sentido, a busca pela satisfação das necessidades pessoais faz com que o nível de sacrifício exigido pelo Estado para que o cidadão tenha seus direitos materializados decaia sensivelmente. Emerge daí um novo princípio de direito eleitoral em decorrência direta de um regime de sufrágio universal consolidado: trata-se do princípio da máxima acessibilidade ao sufrágio.

O princípio da máxima acessibilidade ao sufrágio possui como objetivo principal a garantia à universalidade do direito de sufrágio sem qualquer ônus para os cidadãos e deve ser observado desde as etapas iniciais que consiste na alistabilidade, inexistindo qualquer forma de privação para sua participação e obrigatoriedade de ser eleitor votante. Assim, convém ser necessário e determinante para a garantia de tal princípio uma maior atuação da Justiça Eleitoral nas localidades em que não possuem locais de votação, evitando um cenário dificultoso de deslocamento (ALVIM, 2012).

Além disso, o princípio da máxima acessibilidade encontra fundamento na própria lei de inclusão da pessoa com deficiência, bem no Programa de Acessibilidade da Justiça Eleitoral (Resolução nº 23.381/2012) ao garantir os meios necessários para o exercício do sufrágio. Outra barreira que deve ser superada consiste no tocante aos transportes, ou seja, o eleitor deve conseguir se deslocar até os locais de votação com condições acessíveis, e em cada eleição os Tribunais Regionais Eleitorais devem avaliar melhorias na escolha dos locais de votação, tal situação é assegurada pelo Código Eleitoral em seu artigo 135, § 6º-A:

Art. 135. Funcionarão as mesas receptoras nos lugares designados pelos juizes eleitorais 60 (sessenta) dias antes da eleição, publicando-se a designação.

§ 6º-A. Os Tribunais Regionais Eleitorais deverão, a cada eleição, expedir instruções aos Juizes Eleitorais para orientá-los na escolha dos locais de votação, de maneira a garantir acessibilidade para o eleitor com deficiência ou com mobilidade reduzida, inclusive em seu entorno e nos sistemas de transporte que lhe dão acesso.

Nesse artigo, verifica-se uma preocupação do legislador em definir que a máxima acessibilidade não se resume apenas aos deficientes físicos, mas inclui toda massa de cidadãos que buscam ter seu direito de participar ativamente do sistema político. Além disso, o Programa de Acessibilidade da Justiça Eleitoral consagra o princípio da máxima acessibilidade ao sufrágio em seu art. 3º, de modo, que qualquer desrespeito gera danos ao eleitor:

Art. 3º Objetivando a plena acessibilidade nos locais de votação, os Tribunais Regionais Eleitorais, em conjunto com as respectivas Zonas Eleitorais, elaborarão plano de ação destinado a:

I – expedir, a cada eleição, instruções aos Juízes Eleitorais, para orientá-los na escolha dos locais de votação de mais fácil acesso ao eleitor com deficiência física (art. 135, § 6º, do Código Eleitoral c/c art. 1º da Resolução-TSE nº 21.008/2002).

II – monitorar periodicamente as condições dos locais de votação em relação às condições de acessibilidade;

III – providenciar, na medida do possível, a mudança dos locais de votação que não ofereçam condições de acessibilidade para outros que as possuam;

IV – alocar as seções eleitorais que tenham eleitores com deficiência ou mobilidade reduzida em pavimento térreo;

V – determinar a liberação do acesso do eleitor com deficiência ou mobilidade reduzida aos estacionamento dos locais de votação e/ou a reserva de vagas próximas;

VI – eliminar obstáculos dentro das seções elei-

torais que impeçam ou dificultem o exercício do voto pelos eleitores com deficiência ou mobilidade reduzida, por exemplo, não instalando urna eletrônica em tablados em nível acima do piso, mantendo as portas dos locais abertas por completo para facilitar o acesso por cadeirantes, dentre outros;

VII – celebrar acordos e convênios de cooperação técnica com entidades públicas e privadas responsáveis pela administração dos prédios onde funcionem as seções eleitorais, com vistas ao planejamento e à realização das adaptações/modificações das estruturas físicas necessárias à garantia da acessibilidade;

VIII – celebrar acordos e convênios de cooperação técnica com entidades públicas e privadas representativas de pessoas com deficiência, objetivando o auxílio e acompanhamento das atividades necessárias à plena acessibilidade e aperfeiçoando as medidas para o seu atingimento.

Parágrafo único. A construção, ampliação ou reforma de edifícios pertencentes à Justiça Eleitoral observará, obrigatoriamente, os requisitos de acessibilidade previstos nos regramentos da Associação Brasileira de Normas Técnicas em vigor - ABNT NBR 9050 de 2004.

Importante destacar que o artigo engloba como direito à acessibilidade ao sufrágio-a prioridade dos estacionamentos, bem como que as seções eleitorais sejam no térreo dos prédios. Logo, observa-se uma massa de direitos para garantir o sufrágio, porém a sua concretização ainda encontra diversas dificuldades e desafios, assim como ter acesso às urnas eletrônicas se os locais de votação não é

acessível a um cadeirante? Como o cego pode dirigir à sua seção eleitoral se o ambiente não possui instrução para tanto? A concepção de acessibilidade representa um direito de ter acesso aos direitos frente a uma busca de igualdade material e um desempenho ativo do Estado.

3 Responsabilização civil pelo desrespeito à acessibilidade ao direito de sufrágio

A Constituição Federal de 1988 associada ao desenvolvimento da Justiça Eleitoral buscou promover e garantir os princípios da dignidade da pessoa humana e o da igualdade, enaltecendo a cidadania e o respeito aos direitos fundamentais. A necessidade de uma maior participação e efetivação dos direitos políticos pelos grupos com vulnerabilidade encontra materialização nas inúmeras resoluções, leis e princípios constitucionais abordados, visando atingir o ideal de justiça social.

Com o processo do Estado Democrático de Direito, o direito ao sufrágio e conseqüentemente o seu exercício foram ganhando uma nova valoração. Os eleitores começaram a perceber que os direitos políticos representavam um instrumento de mudança e participação social, assim a postura de comparecer à seção eleitoral e votar com descrença e menosprezo passou por uma transformação.

Nesse cenário, primeiro representa um direito fundamental e segundo que o não comparecimento obrigatório para exercer o direito de sufrágio ou a não realização de justifica implica penalidades pecuniárias e limitações administrativas, de modo que se o cidadão estiver impedido para praticar tais direitos políticos por mera falta de atuação do Estado configura a existência de um dano extrapatrimonial, em outra mensuração, representa uma responsabilização do Estado para com o eleitor.

3.1 Aspectos gerais da responsabilidade civil

O Código Civil de 2002 apresenta uma normativa exclusiva para tratar da responsabilidade civil. No rol de artigos é necessário destacar o instituto da responsabilidade civil que está expresso no artigo 927 do CC, o qual determina:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O citado artigo 186 da referida lei refere-se à situação que aquele por ação ou omissão, imprudência, negligência, violar direito causando dano a outrem comete ato ilícito. Diante dessas breves explicações, pode-se extrair uma sistemática essencial para configuração da responsabilidade civil. Em primeiro lugar constata-se uma atuação oposta ao ordenamento jurídico, independentemente de culpa, posteriormente tem-se a existência de um dano, que consiste na violação a um bem jurídico de natureza patrimonial ou extrapatrimonial. Por fim, é necessário existir nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta do agente, consubstanciando na ofensa ao bem jurídico ou direito tutelado.

Convém explicitar a definição de responsabilidade civil que na concepção de Diniz (2008) representa o cumprimento de normas que obrigam uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial ocasionado a um terceiro, em razão do próprio ato praticado, de pessoa

por quem tem o dever de responder, por alguma coisa, bem como por simples obrigação legal.

Gonçalves (2012, p. 22) ressalta a importância da diferenciação entre responsabilidade e obrigação:

Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, consequente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação.

Na mesma linha de pensamento, Nader (2016) refere-se a um cenário jurídico de quem descumpriu determinada obrigação jurídica, ocasionando dano moral ou material a ser reparado. Desse modo, verifica-se que o cerne principal da responsabilidade civil é a reparação do dano, com o objetivo de reestabelecer o equilíbrio violado, garantindo segurança à pessoa que teve seus direitos lesados, além do mais serve como uma espécie de sanção civil de caráter compensatório.

Após a presente definição, importante explicitar sobre o elemento necessário na responsabilidade civil que é o dano. Ele constitui como um pressuposto essencial na cadeia da responsabilidade, de modo que a sua ausência implica não haver prejuízos, consequentemente não se pode falar em ação de indenização, fato explicitado por Diniz (2008, p. 59): “Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar (RSTJ, 63:251). Isto é assim porque a responsabilidade resulta em obrigação de ressarcir, que, logicamente, não poderá concretizar-se onde nada há que reparar”.

O dano pode ser dividido em dois tipos, o dano patrimonial que como o próprio nome já remete, significa uma diminuição no próprio patrimônio da vítima, que assegura Flávio Tartuce (2016) compreender tanto os lucros cessantes com os danos emergentes, ou seja, engloba também aquilo que o lesado deixou de ganhar. Noutro ponto, o dano moral, em oposição ao patrimonial não possui dispêndio em dinheiro, mas abrange situações decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual o lesado tem direito assegurado juridicamente.

O dano mora resulta a vítima dor, emoção, sentimentos, ou seja, refere-se às sensações dolorosas experimentadas pela vítima. Porém, não se pode generalizar, pois os sentimentos são subjetivos, nessa perspectiva cabe esclarecer:

Assim, somente o dano moral razoavelmente grave deve ser indenizado. “O que se há de exigir como pressuposto comum da reparabilidade do dano não patrimonial, incluído, pois, o moral, é a gravidade, além da ilicitude”. Se não teve gravidade o dano, não se há pensar em indenização (GONÇALVES, 2012 p.354).

Constituído o elemento do dano, verifica-se que ele está inserido em outras definições de responsabilidade civil, assim mister enfatizar que responsabilidade civil pode ser classificada por diferentes maneiras, dependendo do viés de análise. Em uma primeira perspectiva pode ser classificada em contratual e extracontratual ou aquiliana e se diferenciam da seguinte forma:

Como já visto, quem infringe dever jurídico *lato sensu* fica obrigado a reparar o dano causado. Esse dever passível de violação, porém, pode ter como fonte tanto uma obrigação imposta por um

dever geral do Direito ou pela própria lei quanto uma relação negocial preexistente, isto é, um dever oriundo de um contrato. O primeiro caso é conhecido como responsabilidade aquiliana, enquanto o segundo é a epigrafada responsabilidade civil contratual (GAGLIANO, 2012, p. 64).

A responsabilidade contratual pode ser observada como o descumprimento de um negócio jurídico tanto de forma bilateral como unilateral, ou seja, é o inadimplemento do acordo firmado entre os contraentes, assim consiste em uma violação de um compromisso preexistente. No tocante à responsabilidade extracontratual, também denominada de aquiliana, resulta da ofensa a um direito, ou seja, ocorre a violação a uma lei, surgindo a obrigação de reparação do dano sofrido.

A responsabilidade civil em outra perspectiva pode ser dividida em duas espécies, responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva. A primeira encontra fundamento no artigo 186 do Código Civil de 2002, também denominada de teoria da culpa, de modo que se observa a culpa do agente em seu sentido amplo, conforme Gonçalves (2012, p. 47) “a prova da culpa do agente passa a ser um pressuposto necessário do dano indenizável”. Porém, não se pode afirmar a exclusividade da culpa, compreendendo a alternativa de se responsabilizar mediante dolo.

A responsabilidade civil objetiva, por sua vez, inexistente a obrigação de ato ilícito, nem mesmo o reconhecimento de culpa ou dolo para a concretização da reparação do dano, pois nesse caso verifica apenas se existe relação de causalidade entre o dano e a ação. Assim, manifesta-se a teoria do risco, que preenche as falhas da ausência da culpabilidade, conforme assegura Tartuce (2016, p. 561): “quanto ao Brasil, a responsabilidade objetiva independe de culpa e é fundada na teoria do risco, em uma de suas modalidades”.

A teoria do risco administrativo é adotada nos casos de res-

ponsabilidade objetiva do Estado, conforme previsão do artigo 37, §6º, da CF/1988. Essa teoria define ao Estado a responsabilidade civil pelo risco gerado pela sua atividade administrativa, devendo-se investigar a conexão da causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo lesado, independentemente de culpa do responsável pelo dano. Porém, uma corrente minoritária afirma ser adotada a teoria do risco integral, na qual Diniz (2008) acentua neste caso a indenização estatal de todos os danos causados por comportamentos comissivos, sem distinção da categoria do ato, com o direito de ação regressiva conta o agente causador do dano.

3.2 A omissão estatal como causa de dano indenizáveis

O Estado, enquanto responsável pela efetivação dos direitos políticos, assegura aos eleitores o exercício do sufrágio de forma suave, sem qualquer forma de ônus, cumprindo a efetiva participação no estado democrático, com as condições adequadas e necessárias para tanto. Contudo, conforme demonstrado, essa não é a realidade no atual cenário de participação política. Tendo em vista o excesso de obstáculos e situações que dificultam e causam dano ao eleitor, importante a averiguação do instituto da responsabilidade civil, especial no que se refere ao campo das condutas omissivas geradoras de dano.

A responsabilidade civil do Estado encontra respaldo no próprio texto constitucional. Contudo, a polêmica surge em torno do art. 37, §6º, pois se examina a aplicação do referido dispositivo, no tocante a questionar se sua aplicação está centrada apenas na responsabilidade objetiva de condutas comissivas ou se abarca a conduta omissiva do Estado. Esse ponto ainda gera divergência na doutrina, porém a jurisprudência vem aplicando a responsabilidade por omissão no Estado:

O direito positivo não apresenta solução normativa específica para as hipóteses de omissão. Conclui-se, assim, que a jurisprudência assume maior destaque em matéria de responsabilidade por omissão. Afinal, a responsabilidade por ação é disciplinada de forma peremptória no Texto Constitucional, com a imputação de responsabilidade objetiva ao Estado por atos que seus agentes, atuando nessa qualidade, causem a terceiros (PINTO, H., 2008, p. 155).

Gonçalves (2012) defende o posicionamento que a jurisprudência tem compreendido que a atuação administrativa a que alude o art. 37, §6º da Constituição Federal de 1988, engloba tanto a conduta comissiva como a omissiva. Porém, é necessário que a omissão seja a causa direta e imediata do dano. Além disso, nessa mesma linha de entendimento, o STF tem apresentado julgado em que assume a posição, de modo explícito, a responsabilidade objetiva do Estado por omissão. Confira-se: “Entretanto, os precedentes do Supremo têm considerado a responsabilidade objetiva do Estado em omissões administrativas aos agentes públicos. Por esse motivo, merece ser acolhida a presente irresignação” (STF, ARE 1094691, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 07/02/2017).

Desenvolvendo a discussão busca-se a posição de que o fato não seria mais em definir se a exteriorização da conduta estatal é positiva ou negativa, mas a questão se resolve à luz do nexo causal, com o conseqüente dano:

Em torno do nexo causal devem orbitar tais discussões – não em torno da culpa. Isso evidencia que na omissão estatal a responsabilidade independe do elemento culpa. Basta o nexo causal. Ainda que o Estado prove que não houve de

modo algum, culpa (digamos que o buraco apareceu no dia anterior, impossibilitando qualquer previsão de obra), ainda assim persistirá a responsabilidade estatal, para cuja ocorrência basta o dano aliado ao nexos causal, sendo irrelevante, mesmo nos casos de omissão estatal, a culpa (BRAGA NETTO, 2017, p. 195).

A percepção da simples relação necessária entre o dano e o nexos causal fortalece a responsabilização do estado pelo desrespeito à acessibilidade ao exercício do direito. A participação eloquente do eleitor nas discussões políticas encontra interesse na máxima participação do sistema democrático, porém apesar das legislações esparsas, o descaso e o desrespeito na acessibilidade às seções eleitorais ainda são notórios, causando situações de dano a um direito fundamental, com o seu respectivo nexos causal, consagrando a responsabilização do Estado.

Assim, ainda existe uma grande quantidade de locais de votação que não apresentam o mínimo de acessibilidade. Não se pode olvidar a amplitude da palavra acessibilidade explanada em capítulo anterior, ferindo sobretudo a dignidade da pessoa humana, bem enfatizado o sufrágio como um direito político é também um direito fundamental assegurado pelo próprio texto constitucional. Logo, a falta de acessibilidade para o exercício do direito de sufrágio representa uma omissão estatal na garantia da efetividade da normativa garantidora, uma evidente situação de desrespeito.

Segundo entendimento majoritário proposto por Gonçalves (2012), bem como por Diniz (2008) existe responsabilidade civil do Estado no caso de omissão, pois em meio a uma situação propícia para a ocorrência do desrespeito ao direito de exercer o sufrágio, o Estado se mantém inerte diante do seu dever de agir e impedir a ocorrência disso. Essa situação decorre da teoria do risco administrativo, teoria prevalecente na responsabilidade civil do Estado.

No entanto, não se pode afirmar que toda e qualquer forma de omissão acarreta o dever de indenizar do Estado, por isso, a omissão pode ser dividida em dois tipos - a primeira omissão genérica e a segunda em omissão específica. Assim, a omissão genérica representa uma situação que como o próprio nome revela está ligado à coletividade e não a um usuário específico. Dessa forma, configurando a omissão genérica faz surgir a responsabilidade civil. No entanto Braga Netto (2017) explicita a necessidade da prova de negligência do agente para a fiel configuração do dano.

A omissão específica origina-se da obrigação do Estado de proteger determinado bem jurídico que encontra diretamente sob a sua responsabilidade, ou seja, o Estado está compelido a proteger a integridade física, moral ou psíquica de todas as pessoas, conforme texto constitucional. Em resumo, a omissão específica presume uma obrigação de atuação do Estado, se permanece estático a omissão é causa direta do dano. Assim, salienta Braga Netto (2017, p. 199):

Nem sempre é fácil distinguir a omissão que causa a responsabilidade civil do Estado daquela que não o responsabiliza. Quanto mais genérica for a omissão, mais difícil será responsabilizar o Estado por ela. Porém, quanto mais específica for a omissão, diante do dever de agir, concreto e palpável, que se impõe ao Estado, mais claro será o seu dever não cumprido.

Nessa percepção, as circunstâncias em que o Estado, por negligência, desvaloriza a máxima acessibilidade ao sufrágio, principalmente aos deficientes, surge uma potencialidade lesiva de caráter individual. Mesmo que se afirme a insignificância de tal voto para o sucesso do referido candidato, a questão encontra êxito na afronta aos direitos fundamentais, mais especificamente aos direitos de justiça social, acrescentando ainda que a expressão máxima do Estado

democrático de direito é a expressão do princípio da igualdade.

Dessa maneira, se o Estado determina a obrigatoriedade do exercício do direito de sufrágio, e, em casos extremos que o eleitor não votar em três eleições seguidas, não justificar a sua ausência e não quitar a multa devida, sua inscrição é cancelada e posteriormente excluída do cadastro do tribunal eleitoral. Assim surge o presente questionamento: diante da obrigatoriedade e do prejuízo ao cidadão, o Estado não tinha o dever de facilitar o exercício evitando o dano?

Verifica-se que toda a normativa criada para assegurar a acessibilidade ao sufrágio, como o Decreto nº 6.949/09, a Resolução nº 21.008/02, a Resolução nº 21.920/04 e a Lei Brasileira de Inclusão; não podem ser utilizados como excludentes de responsabilidade civil do Estado, pois os meios de defesa que podem ser utilizados são estes: caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva da vítima, culpa concorrente ou fato de terceiro. Assim, confirma Tartuce (2016, p. 589):

Aqui foi exposto que o nexo de causalidade constitui o elemento imaterial da responsabilidade civil, constituído pela relação de causa e efeito entre a conduta e o dano. Também se afirmou que o nexo é formado pela culpa (na responsabilidade subjetiva), pela previsão de responsabilidade sem culpa relacionada com a conduta ou pela atividade de risco (na responsabilidade objetiva). São, portanto, excludentes de nexo de causalidade: culpa ou fato exclusivo da vítima; culpa ou fato exclusivo de terceiro; caso fortuito (evento totalmente imprevisível) e força maior (evento previsível, mas inevitável).

Logo, a simples existência de normas garantindo a acessibilidade ao sufrágio não são suficientes para retirar a obrigação de res-

ponsabilização, pelo contrário, confirmam a omissão específica do Estado diante do desrespeito aos direitos de sufrágio, principalmente ao causarem um dano ao eleitor e, além disso, uma situação que acarreta sofrimento tanto de ordem moral como fere a honra, no tocante aos deficientes de um grupo que já é vulnerável e minoritário por sua natureza.

3.3 A jurisprudência brasileira acerca da responsabilidade civil do estado diante do direito de sufrágio

Realizados os devidos esclarecimentos a respeito da responsabilidade civil e a consequente obrigação de reparar os danos, relevante à análise de alguns julgados dos tribunais brasileiros que confirmam a possibilidade de responsabilização civil objetiva do Estado por conduta comissiva diante do desrespeito à acessibilidade ao exercício do direito de sufrágio, pois, de acordo com o apresentado em se tratando de ato omissivo, não é pacífica.

O Estado ao não providenciar acesso aos portadores de deficiência física aos locais de votação opera uma conduta omissiva encontrando respaldo nas existências dos elementos essenciais, a conduta, o nexa causal e o dano frente aos princípios constitucionais e legais. Assim, em recente julgado do ano de 2018, a 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região confirmou o direito de um cadeirante ser indenizado em razão da falta de acessibilidade para exercer o direito de sufrágio, conforme decidiu a Desembargadora Federal Diva Marlebi em sede de Apelação Cível nº 0008420-76.2003.4.03.6108/SP (BRASIL, TRF DA 3ª REGIÃO, 2018):

[...] 2. A questão vertida nos presentes autos refere-se à possibilidade de indenização por danos morais decorrente da impossibilidade de portador de deficiência física (paraplegia), que se locomove através de cadeira de rodas, exercer seu

direito de cidadão e votar em eleição municipal, tendo em vista a falta de acesso ao local de votação. 3. Com efeito, conforme entendimento firmado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, é objetiva a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados por seus agentes no exercício da função pública, cabendo ao prejudicado, unicamente, comprovar o nexo de causalidade entre a conduta do agente estatal e o dano suportado, sem a necessidade de demonstrar a existência de culpa. 4. Da análise dos autos, observa-se que restou demonstrada a conduta omissiva do Estado, que não providenciou acesso aos portadores de deficiência física em local de votação, obrigação constante no plano constitucional e legal, o que acabou gerando frustração e constrangimento que afetaram a honra do autor, que se viu impedido de exercer o seu direito público subjetivo constitucionalmente previsto e protegido ao sufrágio, deixando de manifestar legitimamente como cidadão, sendo que não lhe foi oferecida qualquer alternativa viável que pudesse evitar a lesão sofrida, estando configurado dano moral passível de ser indenizado. 5. Observa-se que, uma vez demonstrada a relação da causalidade entre a conduta estatal e o dano moral sofrido pelo autor, deve ser reconhecido o direito à indenização. 6. Verifica-se que o valor dos danos morais sofridos pelo autor, decorrentes do impedimento ao exercício do seu direito ao voto, fixado pelo juízo *a quo* em R\$ 15.000,00, levando-se em conta ainda o que foi apurado nos autos, encontra-se em consonância com os princípios

da razoabilidade e da proporcionalidade, estando em harmonia com as balizas do E. Superior Tribunal de Justiça para casos análogos.

O caso representa uma situação em que um cidadão ao buscar exercer seus direitos políticos, não conseguiu, pois a urna eletrônica estava em um andar superior, sem acesso por rampas ou elevadores. Desse modo, verifica que o fato afetou a honra do eleitor, bem como provocou um constrangimento. Cabe ressaltar que, nesse caso, não foi apresentada nenhuma alternativa viável para permitir o direito de sufrágio, configurando dano moral.

Observa-se que essa decisão reforça o posicionamento de indenização nos casos de inacessibilidade para o exercício do direito de sufrágio e abre precedentes para os eleitores que se sentem com seus direitos lesionados. No sentido de aplicar a teoria da responsabilidade civil objetiva, tem o Estado a obrigação de zelar pela integridade moral do eleitor e proteger a sua participação na política. Essa é uma decorrência inafastável do Estado democrático de direito, com fulcro nos princípios da dignidade da pessoa humana e na ideia de igualdade.

Contudo, é notório que essa decisão representou uma situação de inovação, pois a grande maioria dos tribunais não adota esta posição, na acepção de Carvalho (2016, p. 121) “talvez por ser demasiado vanguardista e achar-se em fase embrionária de desenvolvimento no direito brasileiro”. Os argumentos apresentados transparecem uma ausência de preocupação em garantir a efetividade da dignidade da pessoa humana, bem como da igualdade, conforme explicita na decisão da Apelação Cível 08001161420144058501/SE do TRF da 5ª Região em 2016: Considerando que os prédios alocados para a realização do sufrágio apenas são usados com esta finalidade por, no máximo, dois dias a cada dois anos, qualquer intervenção arquitetônica definitiva para esta finalidade é desprovida de sentido”.

Observa-se que o argumento apresentado confronta a Lei Bra-

sileira de Inclusão, no tocante principalmente a retirar de qualquer barreira ou obstáculo que venha a deixar o exercício de sufrágio de forma suave, sem qualquer pretensão de acarretar ônus ao eleitor. Porém, a jurisprudência vem consolidando o entendimento da responsabilidade objetiva do Estado diante do impedimento do exercício do direito de sufrágio pelos cidadãos. E pode ser percebido diante dos argumentos utilizados para justificar o prejuízo provocado ao cidadão, conforme observa o posicionamento no julgamento da Apelação Cível 200551010004563/RJ do TRF da 2ª Região, 2007:

Há de se reconhecer os transtornos e aborrecimentos sofridos pelo Autor quando foi impedido de exercer o seu direito político de votar – constitucionalmente assegurado pela Constituição Federal, tendo, inclusive que apresentar justificação eleitoral para tanto, sem ao menos saber o motivo que desencadeou o ocorrido.

A responsabilidade objetiva do Estado, conforme se observa concentra a sua preocupação na característica do dano e o nexo causal. Dessa forma, o Estado, enquanto responsável por elucidar as diferenças e permitir o cidadão a participar na mudança política mediante o voto, deve assegurar o fiel cumprimento da normativa da acessibilidade diante do sufrágio, o que corresponde aos seus direitos enquanto pessoa humana. Portanto, não tomar como importância o sofrimento interno do eleitor como: o constrangimento, a honra, o abalo emocional é não atender aos princípios da Constituição Federal de 1988.

Carvalho (2016, p. 122) defende a responsabilidade objetiva diante da impossibilidade do exercício do sufrágio e ressalta que “Neste caso, o magistrado sensível à existência da responsabilidade civil do Estado, acaba por reconhecer a presença de um dano intangível e imensurável, a fim de assegurar o direito do eleitor”.

O direito ao exercício do sufrágio de forma acessível encontra proteção ao ser definido como um direito fundamental expresso na Constituição, à medida que ganha necessidade de ser resguardado e respeitado, sem qualquer forma de dano. Para tanto, é imprescindível o engajamento da própria Justiça Eleitoral para a saída do campo meramente formal e atingir o caso concreto. Porém, em tese, representa o argumento utilizado pelos Tribunais Regionais Eleitorais, que pregam que o objetivo da Justiça Eleitoral é resguardar o direito de manifestação do cidadão em seus desígnios, exercendo a soberania popular por meio do sufrágio universal e pelo voto direto e secreto.

Além disso, cabe destacar que a jurisprudência brasileira com a abordagem de novos posicionamentos permite inferir a valoração da importância do voto pelo eleitor, de forma que os respectivos direitos políticos não estão sendo ignorados. É concreto que a participação dos cidadãos desde aquele mais humilde acaba por sentir-se reconhecido e enaltecido com sua contribuição para a mudança e construção do país. Dessa forma, o Estado, não realizando políticas públicas e utilizando meios efetivos para o eleitor consagrar a realização do sufrágio representa um ônus indenizável por sua omissão, em outra perspectiva um dano de natureza extrapatrimonial, com a consequente ampliação do rol de danos a pessoa, mas com o dano próprio dos direitos fundamentais.

Portanto, a acessibilidade ao exercício do direito de sufrágio deve ser assegurada a todos os cidadãos, mediante a sua efetiva participação no processo eleitoral, Em caso de existir dano com o consequente nexos causal, o eleitor deve ser responsabilizado de forma objetiva pela conduta do Estado, pois a ideia principal que se busca é garantir a máxima igualdade e principalmente o respeito aos direitos fundamentais.

4 Considerações finais

A Constituição Federal de 1988 representou um marco na garantia ao direito de sufrágio, principalmente quanto à sua universalização, possibilitando o acesso de todas as pessoas. Além disso, com base nas explicações apresentadas, é possível concluir que o sufrágio é um direito fundamental, bem como é possível auferir que a acessibilidade é garantida à pessoa com deficiência por meio de uma vasta legislação mediante leis federais, resoluções do TSE e princípios constitucionais.

Essa proteção jurídica diferenciada possui como objetivo principal permitir o acesso aos direitos fundamentais em um patamar de igualdade no caso em que se busca uma justiça social. Portanto, é incontestável que existe um cuidado normativo em relação à acessibilidade na garantia do exercício do sufrágio, mas a realidade revela que as leis não foram cumpridas, além de mostrar a dificuldade que a educação inclusiva vem encontrando no Estado, tendo em vista que os locais de votação estão localizados com inúmeros obstáculos, acarretando um mero dispêndio ao eleitor.

Ademais, constatou-se que a acessibilidade ao exercício do sufrágio representa um direito inerente a todos os cidadãos e está lastreado na interpretação principiológica e na visão do ordenamento jurídico como um todo, formado por leis constitucionais e infraconstitucionais. É importante compreender que está se tratando da participação no sistema democrático frente à necessidade aplicar uma justiça social, por isso, deve-se ter cautela na utilização de requisitos denegatórios do dano enfrentado pelo cidadão, ainda mais em se falando dos grupos que possuem deficiência ou mobilidade reduzida.

Tendo em vista os aspectos abordados, percebe-se que garantir a acessibilidade ao exercício do direito de sufrágio importa a necessidade de interpretar e elevar constantemente os princípios constitucionais, sobretudo os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, sempre observando que os deficientes representam

um grupo com suas peculiares, com interesses específicos e distintos entre si, mas que tal acessibilidade engloba a sociedade como um todo na participação da efetivação dos seus direitos políticos.

A respectiva omissão do Estado em garantir a concretude de sua vasta legislação na promoção da inclusão social acarreta um dano ao eleitor, podendo ser identificado e comprovado mediante os institutos da responsabilidade civil, sendo efetivo o processo de constatação que ocorreu um dano ao eleitor e conseqüentemente verifica-se a presença do nexu causal na relação. Logo, observado tais elementos, segundo a doutrina e a jurisprudência é possível configurar um quadro de responsabilização objetiva por omissão do Estado.

A jurisprudência vem reconhecendo a responsabilidade objetiva do Estado pelo desrespeito à acessibilidade ao exercício do sufrágio, manifestada mediante julgado que representa uma inovação no reconhecimento dos danos ao eleitor. Porém, mesmo diante da configuração de dano, os tribunais ainda relutem em reconhecer a indenização utilizando-se de argumentos que vão de encontro ao preceituado pelo texto constitucional e ao que preceitua com a compreensão da responsabilidade civil.

Assim, conclui-se que é possível, válida, compensatória e punitiva a responsabilização do Estado diante do desrespeito à acessibilidade ao sufrágio. Ressalta-se que o objetivo da pesquisa, no entanto, não foi esgotar o assunto, mas acender o debate para o crescimento de posicionamentos jurídicos favoráveis ao direito do eleitor.

REFERÊNCIAS

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

BRAGA NETTO, Felipe. **Manual de responsabilidade civil do Estado**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Volgane Oliveira. **Direitos políticos: o eleitor no século XXI**. Curitiba: Juruá, 2016.

DIAS, Joelson. O direito a participação política das pessoas com deficiência, **Resenha Eleitoral**, n. 21, p. 159-80, nov. 2017. Disponível em: <http://www.tresc.jus.br/site/fileadmin/arquivos/ejesc/documentos/Resenha_n_21_1/O_Direito_a_Participacao_Politica_das_Pessoas.pdf>. Acesso em: 26 de abril 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 7.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 7.

PINTO, Djalma. **Direito eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade civil do Estado por omissão**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RAMAYANA, Marcos. **Resumo de direito eleitoral**. Niterói: Ímpetus, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 6. ed. São Paulo: Método, 2016.



TRE-MT

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO
AV. HISTORIADOR RUBENS DE MENDONÇA, 4750
CENTRO POLÍTICO E ADMINISTRATIVO SETOR E
CUIABÁ - MT - CEP 78050-908