



SUFFRAGIUM

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO CEARÁ

JAN/ABR 2006

v.2 n.2



Fortaleza-Ce
2006

O ARTIGO 255 DO CÓDIGO ELEITORAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A VALIDADE DA RESTRIÇÃO TEMPORAL À DIVULGAÇÃO DAS PESQUISAS ELEITORAIS¹

Marcílio Nunes Medeiros - Procurador da República no Estado do Maranhão

INTRODUÇÃO

Constitui tarefa difícil estabelecer limites ao direito à informação e à liberdade de imprensa, principalmente agora que o País começa a superar o período sombrio da ditadura militar, em que aqueles direitos eram o alvo preferido dos déspotas de plantão.

Entretantes, por mais paradoxal que possa parecer, é exatamente nesse atual momento de amplo exercício das liberdades públicas que se impõe o estudo das possíveis fronteiras dos direitos e garantias individuais, quando em pauta outros direitos de idêntica ou maior estatura, afinal, por motivos óbvios, essa discussão não haveria como se estabelecer em um regime totalitário, no qual a força seria a solução natural dos problemas.

Dentro desse contexto, surge uma questão que se renova a cada dois anos: até que ponto vai a liberdade dos meios de comunicação de massa ao divulgar os resultados das pesquisas eleitorais? Seria possível restringir essa divulgação em um período anterior ao pleito, como, aliás, sucede com a veiculação da propaganda eleitoral?

A solução, que segundo os críticos passaria pela inovação legislativa, para alguns até de índole constitucional, parece estar gravada em um dispositivo esquecido do Código Eleitoral ainda em vigor, qual seja, o art. 255, que vedava a divulgação, por qualquer forma, de resultados de pesquisas de intenção de voto nos quinze dias anteriores às eleições.

Diz-se “vedava” no tempo pretérito porque, embora não haja sido revogado expressamente por qualquer lei posterior, o Tribunal Superior Eleitoral, tão logo promulgada a Carta Magna de 1988, entendeu que aquele preceito não subsistia ante a nova ordem constitucional.

Semelhante exegese, que parecia prestigiar o direito à informação e a liberdade de imprensa, desprezou, todavia, os princípios democrático e da soberania da vontade popular, valores também albergados pela Constituição Federal.

E assim se afirma porque se tentou demonstrar, no presente trabalho, lançando-se mão essencialmente do princípio da proporcionalidade, que a restrição temporal fixada no art. 255 do Código Eleitoral se compadece perfeitamente com a Carta Magna.

Nesse sentido, promoveu-se o estudo dos princípios constitucionais da liberdade de pensamento, de expressão, de informação e de comunicação social, em cotejo com o princípio democrático, tendo como enfoque a limitação temporal à divulgação das pesquisas.

Procedeu-se também ao exame da evolução histórica do tratamento conferido pelo legislador ao instituto das pesquisas eleitorais, além de se esclarecer que a decisão do Tribunal Superior Eleitoral que fixou a revogação do art. 255 do Código Eleitoral pela Carta de 1988 foi tomada mediante a técnica do controle difuso de constitucionalidade, sendo passível, por esse motivo, de alteração futura, o que tornaria dispensável a *interpositio legislatoris*.

Advirta-se, finalmente, que não se abordou em ponto algum do trabalho o motivo tido por alguns como primordial para a contenção temporal da veiculação de resultados de pesquisas eleitorais, que seria a possível manipulação dos dados pelos institutos de pesquisas ou mesmo uma eventual fraude por parte dos meios de comunicação ao divulgar aqueles resultados. E assim se fez pela quase impossibilidade de se comprovar atos desse jaez, constituindo, ainda, patente leviandade fazer-se tais increpações sem qualquer elemento concreto.

1 AS PESQUISAS DE OPINIÃO PÚBLICA

Em sentido lato, as pesquisas consistem na atividade científica que visa a extrair inferências da observação de determinados eventos ou fenômenos. Quando estes fenômenos incidem sobre a manifestação de um conjunto de pessoas diante de dada realidade, tem-se as pesquisas de opinião pública.

Delimitando-se ainda mais esse conceito ao se fixar na intenção popular em relação às eleições, chega-se às pesquisas eleitorais, que podem, assim, ser entendidas como o “segmento das pesquisas de opinião que tem o objetivo de medir as atitudes do público eleitor a respeito de sua intenção de voto em determinados candidatos ou partidos”.²

Atribui-se a Delaware Watchan a primazia na utilização das pesquisas eleitorais, quando este coletou a preferência do eleitorado norte-americano anteriormente à realização das eleições presidenciais de 1824.³

O caráter científico dessas pesquisas, contudo, tal como hoje conhecemos, coincidiu com a fundação do *American Institute of Public Opinion*, por George Gallup, em 1935. No ano seguinte, novamente nas eleições presidenciais norte-americanas, ocorreu um fato que se tornaria célebre: a revista *The Literary Digest*, baseando-se em questionários respondidos por mais de 2 milhões de leitores, prevê erroneamente a vitória de Landon sobre Roosevelt, enquanto George Gallup, apoiado em métodos estatísticos, acerta com precisão o resultado das eleições, muito embora tenha se utilizado de uma amostra de apenas 3.000 eleitores.⁴

Iniciava-se aí o preponderante papel desempenhado pelas pesquisas de opinião no processo eleitoral, papel esse que vem se exacerbando até os dias atuais, sendo difícil imaginar qualquer disputa eletiva sem que estejam presentes as pesquisas de intenção de voto.

Dentre as modalidades de pesquisas de opinião, destacam-se as pesquisas qualitativas, que dizem respeito ao comportamento de determinado grupo de pessoas diante de algum objeto, sendo utilizadas principalmente para traçar estratégias de atuação, seja no campo eleitoral, seja na seara comercial; e as pesquisas quantitativas, estas mais conhecidas, porque analisam o comportamento de uma pequena parcela da população, tomando essa amostra para projetar o sentimento de todo o grupo social.⁵

Por fim, distinguem-se as pesquisas eleitorais das prévias eleitorais e das enquetes. Deveras, as enquetes, que não possuem caráter científico, constituem mera recepção da manifestação de inúmeras pessoas escolhidas aleatoriamente ou mesmo estimuladas a fornecer sua opinião sobre determinado tema, sendo comum sua realização por jornais e sítios da *internet*.⁶ Já as prévias eleitorais são pesquisas de opinião realizadas apenas entre os filiados de determinado partido político, em momento anterior à deflagração do processo eleitoral propriamente dito, visando a aferir a intenção dos membros da agremiação sobre determinada matéria, especialmente em relação à escolha de candidatos.⁷

2 ADISCIPLINA DA DIVULGAÇÃO DAS PESQUISAS ELEITORAIS

O primeiro diploma normativo a cuidar das pesquisas eleitorais foi justamente o Código Eleitoral de 1965⁸, ainda em vigor, que só lhe dedica, no entanto, um artigo.⁹ Tal dispositivo limita-se a restringir a divulgação das pesquisas na quinzena anterior ao pleito, sem dispor, todavia, acerca da necessidade de registro prévio dos testes junto à Justiça Eleitoral.

Suplantado o período sombrio da ditadura militar, a Lei nº 7.508, de 4 de julho de 1986, que instituía normas sobre propaganda eleitoral, exacerbou, em seu art. 5º, a contenção temporal prevista no Código Eleitoral, ampliando-a para os vinte e um dias anteriores às eleições. Estabeleceu também, de modo inédito, a necessidade de que os institutos de pesquisas de opinião franqueassem os resultados, os métodos de trabalho e as fontes financiadoras aos partidos com candidatos registrados ao pleito.

Visando a disciplinar as eleições municipais que se realizariam em 15 de novembro de 1988, sobreveio a Lei nº 7.664, de 29 de junho de 1988, que, em seu art. 26, § 1º, intensificando ainda mais o rigor temporal, vedou a veiculação de pesquisas a partir de 14 de outubro daquele ano, um mês anterior ao pleito, portanto. Além disso, ampliou sensivelmente os dados obrigatórios que deveriam constar das pesquisas e inaugurou a responsabilidade penal dos infratores às normas disciplinadoras das pesquisas, até hoje em vigor.¹⁰

Para normatizar as eleições presidenciais de 15 de novembro de 1989, foi editada a Lei nº 7.773, de 8 de junho de 1989, que, a par de alargar as informações postas à disposição dos partidos políticos com candidatos registrados, repetiu a proscrição à divulgação das pesquisas no mês anterior ao pleito, além de vedar, no dia da eleição, quaisquer noticiários de rádio e televisão acerca de candidatos ou comportamento de eleitores.

Para as eleições que se realizariam em 1990, não houve a edição de lei específica visando à sua disciplina, que acabou sendo estabelecida por meio das famosas resoluções do Tribunal Superior Eleitoral. Cuidando do tema da propaganda eleitoral, a Resolução nº 16.402, de 17 de abril de 1990, limitou-se, em seu art. 5º, a reproduzir quase literalmente os termos do art. 26 da Lei 7.773/89, salvo no que diz respeito à fixação de prazo para a divulgação das pesquisas, que dali em diante passou a não ser mais prevista nas leis reguladoras das eleições.

Para as eleições municipais de 1992, adveio a Lei nº 8.214, de 24 de julho de 1991, que, em seu art. 32, trouxe a inovação da necessidade do registro prévio da pesquisa junto à Justiça Eleitoral.

Editada a Lei nº 8.713, em 30 de setembro de 1993, disciplinando as eleições gerais de 3 de outubro de 1994, esta dedicou um capítulo específico para as pesquisas eleitorais, inovando quanto à cominação de multa para os transgressores de suas normas e propiciando o acesso dos partidos políticos ao sistema interno de controle dos institutos de pesquisas.

As eleições municipais de 1996 foram reguladas pela Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995, que, prosseguindo na ampliação do rol de exigências, disciplinou, em seus arts. 48 e 49, a realização das pesquisas eleitorais.

Buscando eliminar a edição de leis casuísticas a reger cada pleito que se realizava, foi editada a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que chegou assim com ares de permanência. Esse diploma normativo trata especificamente das pesquisas eleitorais em seus arts. 33 a 35, sendo a disciplina atualmente em vigor sobre a matéria.

Analisando-se a evolução do tratamento legislativo conferido às pesquisas eleitorais, percebe-se que a abertura do regime democrático, com a realização constante de eleições diretas, coincidiu exatamente com o incremento da influência dos meios de

comunicação de massa sobre a consciência popular, o que justifica a exacerbação dos requisitos exigidos para a produção das pesquisas eleitorais.

A essa intensificação não correspondeu, todavia, a manutenção da restrição temporal à divulgação das pesquisas. Deveras, essa contenção, que principiou com a quinzena anterior ao pleito, passou a vinte e um dias, culminando com todo um mês, foi abruptamente suprimida justamente quando se revestia progressivamente a atividade de realização de pesquisas de uma série de exigências.

Tais circunstâncias traduzem verdadeiro paradoxo: enquanto se toma paulatinamente consciência da potencial influência das pesquisas sobre o eleitorado, tanto assim que se cerca esses testes de inúmeros requisitos, a par de colocá-los sob a constante vigilância dos partidos políticos, por outro lado, é esquecido o fato de que esse impacto se torna tanto maior quanto mais se aproximam as eleições.

Interessante peculiaridade, por outro lado, reside no inexplicável entendimento do Tribunal Superior Eleitoral de que o registro prévio da pesquisa, com a menção às informações relacionadas no art. 33 da Lei nº 9.504/97, somente constitui requisito para a sua realização, não se exigindo, porém, sua divulgação, o que rende ensejo à manipulação desse mecanismo de aferição da tendência do eleitorado.¹¹

Ora, ou é despidendo o registro se não houver a divulgação, ou, se é de se exigir esse registro, que se exija igualmente a divulgação, pois, caso contrário, o registro seria inútil, eis que, sem divulgação, nenhum impacto sofrerão as eleições.¹²

Outro aspecto importante consiste na definição da data a partir da qual passa a ser exigido o registro da pesquisa. Conforme se pode perceber da legislação pretérita sobre a matéria, a partir da edição da Lei nº 8.713/93, houve sempre previsão expressa desse período, o que não veio a ocorrer com a atual Lei nº 9.504/97, que não dispõe acerca do *dies a quo* para o registro das pesquisas.

Nas eleições de 1998 e 2000, as primeiras realizadas sob a égide da Lei nº 9.504/97, o Tribunal Superior Eleitoral estabeleceu, seguindo o que vinha sendo estipulado nas leis anteriores, o prazo de seis meses dentro do qual seria imprescindível o citado registro.¹³ No pleito de 2002, todavia, alterando seu posicionamento anterior, o TSE alargou aquele prazo, passando a exigir o registro já a partir de 1º de janeiro do ano das eleições.¹⁴

Antes de tudo, é de se discutir a validade desse vaivém de interpretação, ante a sua ausência de fundamentação. Com efeito, tomado esse tipo de decisão na regulamentação das eleições, em que imperaria um suposto juízo de conveniência e oportunidade do TSE, não se divisa qualquer espécie de justificativa para a adoção cabalística da data de 1º de janeiro, sendo de supor-se que a distensão temporal decorre da constante e cada vez maior influência dos resultados das pesquisas sobre o eleitorado.¹⁵

É bem verdade que à época em que o TSE estipulou pela primeira vez o lapso de seis meses dentro do qual seria exigido o registro das pesquisas, houve irresignação contra essa decisão sob o razoável argumento de que a ausência de definição legal denotaria a intenção do legislador no sentido de que todas as pesquisas com fins eleitorais estariam sujeitas a registro junto à Justiça Eleitoral. Afastando, todavia, a impugnação, o TSE decidiu que os seis meses anteriores ao pleito constituiriam “prazo suficiente para evitar que a utilização indevida das pesquisas venha a influenciar a vontade popular de modo a macular a lisura das eleições”.¹⁶

Como se depreende, tanto o legislador como o Tribunal Superior Eleitoral, têm plena consciência do forte poder que a divulgação das pesquisas eleitorais exerce sobre a consciência do eleitor, tanto assim que o primeiro cercou esse mecanismo de aferição da intenção de voto de uma série de restrições e o segundo, em várias oportunidades, vem impingindo maiores condicionamentos ao instituto das pesquisas eleitorais.

3 AS PESQUISAS ELEITORAIS E SUA INFLUÊNCIA SOBRE A VONTADE DO ELEITOR

Já se tornou praticamente parte da consciência geral a forte influência que os resultados das pesquisas eleitorais exercem sobre o eleitorado.¹⁷

De feito, a vertiginosidade e a abundância de informações do mundo moderno, aliadas à conhecida instabilidade do comportamento das massas, favorecem sensivelmente a que a opinião pública oscile conforme o vaivém dos números das pesquisas.

Quanto ao primeiro aspecto – a quantidade extraordinária de informações transmitidas pelos *media* – percebe-se que os meios de comunicação de massa contentam-se em lançar índices, números, dados, registros, sem se preocupar, entretanto, em estabelecer debates mais aprofundados sobre os problemas da sociedade, acabando por transformar o telespectador em mero receptáculo de informações.

Já em relação ao segundo ponto – a instabilidade da opinião pública – Morris Ginsberg chega mesmo a comparar o comportamento desta com o conjunto de reações próprio das multidões. Acentua o sociólogo que uma série de tendências emocionais reduz a faculdade crítica dos indivíduos, os quais ficam destituídos momentaneamente de suas características e idiosincrasias.¹⁸

Não se está aqui obviamente a sustentar a irracionalidade crônica da opinião pública, a qual, quando representada pelo corpo votante, constitui meio e fim últimos da democracia, porém apenas se está advertindo que o conjunto indefinido de pessoas recebe maior influxo de elementos externos do que os indivíduos tomados isoladamente.

Para ilustrar essa oscilação no modo de pensar, basta imaginar o desamparado eleitor à frente do televisor transmitindo noticiário que o bombardeia das mais diversas informações, em ritmo alucinante, e, em meio a tudo, abre espaço – não sem antes utilizar-se de manchetes sensacionalistas obviamente – para veicular os números das últimas pesquisas eleitorais provenientes dos mais variados institutos.

Na verdade, posto que o meio de comunicação não atue de modo a conferir tratamento favorável a algum candidato, jamais deixará ele de exercer efeitos tendenciosos sobre a vontade do eleitor, haja vista que o espetáculo, no mínimo, consistirá na própria existência da pesquisa, como se esta fosse realidade própria inteiramente divorciada do processo eleitoral que lhe é subjacente.

Ante essa argumentação, parece restar clara a influência – na maioria dos casos danosa – que a divulgação sem limites de pesquisas eleitorais exerce sobre o processo democrático.

Essa conclusão, além de ter sido acolhida pelo mesmo Tribunal Superior Eleitoral que entendeu pela incompatibilidade do art. 255 do Código Eleitoral com a Carta Magna¹⁹, também foi extraída pelos estudiosos.²⁰

Aliás, e em conclusão, não fosse justamente essa influência, nada mais justificaria cercar esse instrumento de aferição da tendência do eleitorado de todo um feixe complexo de requisitos e elementos indispensáveis à sua regular veiculação, conforme se denota do art. 33 da Lei nº 9.504/97.²¹

4 AS PESQUISAS ELEITORAIS E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE PENSAMENTO, EXPRESSÃO, INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO SOCIAL

O pensamento comum acerca da restrição à divulgação de pesquisas eleitorais atrai para sua disciplina, de logo, os preceitos do art. 5º, incisos IV, IX e XIV, e art. 220, da Constituição Federal.

Tais dispositivos encerram uma série de garantias e princípios envolvendo conceitos que nem sempre se mostram bem apreendidos, daí por que a relevância de tentar defini-los, distinguindo aqueles que são realmente pertinentes à matéria em estudo.

Primeiramente, pode-se cogitar na existência de uma liberdade de pensamento pura e simples, reveladora de um modo interno de pensar.²² Tal direito, como atributo da racionalidade humana, assume caráter inalienável e não interessa ao estudo do Direito, porquanto não se encontra ligado a qualquer atividade do mundo exterior.²³

O interesse jurídico principia com a exteriorização desse modo íntimo de pensar. Tem-se agora a liberdade de manifestação do pensamento ou liberdade de expressão, entendida como a ação de levar ao conhecimento de outrem as convicções próprias do indivíduo. Nesse caso, tem aplicabilidade o inciso IV do art. 5º da Constituição, que garante a manifestação do pensamento, vedando, todavia, o anonimato.

Já o direito à informação, tratado no inciso XIV do art. 5º da Constituição, não tem por objeto de tutela a convicção, opinião ou pensamento do indivíduo, senão a veiculação de notícias.²⁴ Assim sendo, a informação, como o próprio nome está a revelar, pressupõe a veracidade de seu conteúdo, pois não se pode admitir que o receptor esteja realmente informado a partir de dados intrinsecamente falsos.²⁵

Por outro lado, o direito de comunicação²⁶, previsto no inciso IX, do art. 5º, da Carta Magna, a par de se encontrar no tópico relativo aos direitos e garantias fundamentais, vem a ser complementado pela liberdade de comunicação social, estabelecida no art. 220 da Constituição.

A tutela do direito de comunicação social não faz distinção entre a manifestação do pensamento e a veiculação da informação, sendo palco do exercício de inúmeros outros direitos, tendo apenas em comum o fato de serem transmitidos pelos meios de comunicação social.²⁷

É lícito afirmar, assim, pensando-se, por exemplo, na programação de uma emissora de televisão, que esta traz manifestação da liberdade de informação (na veiculação de programas noticiosos), da liberdade religiosa (por meio da transmissão da pregação de pastores ou irradiação de missas e cultos religiosos), da liberdade de expressão artística (com a difusão de filmes e novelas) etc.

No que diz respeito ao objeto do presente estudo, conclui-se que a pesquisa eleitoral, como fato acontecido no mundo exterior, liga-se ao direito à informação, porém, quando divulgada pelos meios de comunicação de massa, passa a aceitar influxos da liberdade de comunicação social.

5 ALIMITAÇÃO TEMPORAL DA DIVULGAÇÃO DAS PESQUISAS ELEITORAIS E O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

A par do lado psicológico-social sobre o qual já se discorreu, em que sucede a influência direta das pesquisas sobre o eleitorado, estas também causam efeitos indiretos sobre o processo eleitoral. Para ilustrar, pode-se supor que as pesquisas eleitorais dificultam nitidamente a capacidade dos candidatos mal colocados de arrecadar recursos financeiros, de angariar apoios políticos e de obter cobertura dos *media* sobre sua campanha²⁸, acarretando, assim, sensível prejuízo ao postulante ao cargo eletivo em disputa, além de ferir frontalmente o princípio da isonomia que deve imperar entre os candidatos.

Aliás, justamente sob o argumento de respeitar o princípio da isonomia e a conseqüente legitimidade do pleito, é que o Tribunal Superior Eleitoral vem entendendo que as inúmeras limitações impostas à propaganda eleitoral não constituem ofensa a qualquer

cânone constitucional, seja o direito à informação ou as liberdades de pensamento e de comunicação social²⁹, não sendo de fácil compreensão os motivos pelos quais a lisura das eleições não foi levada em conta por esse mesmo Tribunal quando decretou a não-recepção da limitação temporal contida no art. 255 do Código Eleitoral.

Talvez, porém, a face mais perversa da influência das pesquisas sobre o processo democrático radique no chamado “voto útil”. Por esse lamentável expediente, o eleitor sufraga o nome de um dos candidatos – geralmente em número de dois – que polarizam a disputa, conforme indicam as pesquisas de opinião.

Sem olvidar que esse fenômeno é alimentado pelo baixo nível de escolaridade do povo brasileiro, o “voto útil” causa efeitos devastadores sobre o processo eleitoral. De fato, escolher-se um candidato ao sabor das chances que ele detém de ganhar o pleito transforma o belo embate democrático em opção puramente pragmática, principalmente quando se sabe que a Constituição Federal adotou o sistema dos dois turnos de votação, em que o suposto “jogo político” ficaria para a etapa decisiva de votação.

Como se pode depreender desses poucos exemplos, verifica-se que a influência, direta ou indireta, da divulgação das pesquisas eleitorais, mormente no período imediatamente anterior ao pleito, não se coaduna com os ideais democráticos, na medida em que causa evidente dano ao processo eleitoral, não restando dúvidas, assim, acerca da necessidade da adoção de medidas tendentes a aplacar esses prejuízos.

Impõe-se, pois, proteger ao máximo a opinião dos eleitores de fatores artificiais externos, como aqueles provocados pelos meios de comunicação social. É certo que a vontade do eleitor é evidentemente moldada por elementos externos, mas, quanto a estes, “os verdadeiros núcleos de formação da opinião são as células sociais – a família, a vizinhança, a fábrica ou o escritório – e o seu poder germinador reside na ação recíproca das referidas células”.³⁰

Nessas condições, deduz-se que o princípio democrático somente restará preservado quando se proteger o veículo por meio do qual ele se expressa, qual seja a soberana vontade popular, como estabelece o art. 14 da Constituição Federal.³¹

6 CRITÉRIOS DE PONDERAÇÃO DE INTERESSES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Assunto que vem ocupando os constitucionalistas na atualidade consiste na diferenciação entre regras e princípios e nos modos de resolução dos eventuais conflitos entre eles.³²

Inicialmente, convém ressaltar que, suplantada a fase doutrinária que atribuía aos princípios função de simples pauta de integração das regras jurídicas, chegou-se ao estágio atual que confere àqueles, tanto quanto a estas, ampla densidade normativa. Abandonando-se eventuais discussões acerca das diferenças entre essas espécies de normas jurídicas, pode-se afirmar sucintamente que, de um lado, os princípios são “normas-chaves de todo o sistema jurídico”³³, dotados de elevado grau de generalidade e abstração³⁴, diferentemente, assim, das regras jurídicas, consistentes em “normas que, diante da ocorrência do seu suposto de fato, exigem, proíbem ou permitem algo em termos categóricos”.³⁵

Especificamente sob o ponto de vista da teoria constitucional, percebe-se que as constituições modernas, preocupadas com a concretização de seus preceitos mesmo em face das crescentes mutações experimentadas pelas sociedades contemporâneas, são impregnadas de alto teor axiológico, distinguindo-se nelas a constante presença dos chamados princípios constitucionais.

Nesse contexto, sobressai evidente, na atividade hermenêutica de efetivação das normas constitucionais, o fato de que não raras vezes se depara o aplicador do Direito com recontros não só entre regras, como também entre princípios constitucionais aparentemente concorrentes. Em tais situações, diante dos estudos de Alexy e Dvorkin e à vista ainda dos princípios da supremacia constitucional e da unidade da Constituição, percebeu a doutrina a insuficiência do método tradicional de resolução de antinomias desenvolvido por Bobbio quando em conflito princípios de *status* constitucional.³⁶

Deveras, tratando-se de princípios constitucionais aparentemente colidentes, uma vez que esteja plenamente identificada essa colisão³⁷, propõe a doutrina que se adote um juízo de ponderação entre os interesses constitucionais em jogo, de modo a não se abandonar completamente qualquer deles, procedendo-se apenas a uma relação de precedência condicionada, isto é, naquela hipótese específica, confere-se preponderância a um dos princípios, sem desprezar totalmente aquele outro.³⁸

Em se tratando dos direitos fundamentais albergados pela Constituição, tem-se que uma possível colisão resolve-se pelos mesmos métodos de resolução de conflitos entre princípios antagônicos, haja vista a índole eminentemente principiológica das normas que estabelecem aqueles direitos.³⁹

É exatamente nesse campo dos direitos fundamentais que exsurge o princípio da proporcionalidade⁴⁰ como “pauta procedimental da ponderação de interesses”.⁴¹

De fato, a despeito da omissão do Texto Constitucional, vêm entendendo de modo unânime a doutrina e a jurisprudência pela existência implícita do princípio da proporcionalidade na Constituição Federal, não sendo raros os casos em que o Supremo Tribunal Federal socorre-se desse princípio para a resolução de conflitos entre normas garantidoras dos direitos fundamentais, bem assim, no que interessa especificamente ao presente estudo, no controle de constitucionalidade das leis e atos normativos restritivos dos direitos fundamentais do cidadão.

Em razão da sua natureza complexa e para melhor apreendê-lo, a doutrina decompõe o princípio da proporcionalidade em três subprincípios.

O primeiro deles – a adequação, pertinência ou aptidão – significa que a medida restritiva adotada pelo Poder Público deve ser apta para atingir o fim que almeja.⁴²

Pelo segundo subprincípio – a necessidade ou exigibilidade – impõe-se que a medida restritiva, para atingir o seu objetivo, deve causar o menor gravame possível aos direitos fundamentais do cidadão. Corresponde à máxima: “de dois males, deve-se optar pelo menor”.⁴³

Finalmente, sob o terceiro e último aspecto, tem-se o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, segundo o qual se deve proceder a uma análise da relação custo e benefício da medida adotada, isto é, “o ônus imposto pela norma deve ser inferior ao benefício por ela engendrado, sob pena de inconstitucionalidade”.⁴⁴

Nessas condições, apenas se pode decidir pela constitucionalidade de norma restritiva dos direitos fundamentais, quando, além dos critérios comuns de aferição da sua compatibilidade com a Constituição, lograr a dita norma aprovação no teste da proporcionalidade.

7 AS DECISÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL QUE ENTENDERAM CONFLITANTE COMA CONSTITUIÇÃO VIGENTE A LIMITAÇÃO TEMPORAL DA DIVULGAÇÃO DAS PESQUISAS ELEITORAIS

Poucos dias após a promulgação da Constituição Federal de 1988, os grupos jornalísticos Folha da Manhã, Rádio Panamericana S/A e Rádio e Televisão Bandeirantes

Ltda. impetraram junto ao Tribunal Superior Eleitoral mandados de segurança visando à suspensão do art. 5º, § 1º, da Resolução nº 14.466, que vedava, nos mesmos termos do art. 26, § 1º, da Lei nº 7.664, de 29 de junho de 1988⁴⁵, a divulgação de pesquisas eleitorais nos trinta dias anteriores ao pleito.

Deferindo a segurança pleiteada, em decisões de idêntico teor, entendeu o Tribunal Superior Eleitoral que realmente a restrição ora tratada não se sustentava ante a vontade do legislador constituinte.

Analisando-se as decisões⁴⁶, porém, percebe-se que a discussão centrou-se basicamente em saber se os mandados de segurança em julgamento atacavam ou não ato normativo em tese⁴⁷, praticamente não havendo incursão acerca da matéria de fundo, ou seja, se a limitação em exame realmente subsistia em face da nova Carta Política.⁴⁸

Com efeito, apenas um dos julgadores ateu-se à questão da compatibilidade material da restrição com a ordem constitucional, principiando por desenvolver interessante raciocínio, mas para, com o devido respeito, extrair conclusão equivocada.

Após afirmar corretamente que o art. 14, § 9º, da Constituição Federal busca a proteção da normalidade e da legitimidade das eleições contra o abuso do poder econômico e político, o Min. Aldir Passarinho salientou que “essas pesquisas poderão, de fato, influenciar o eleitorado, pois a tendência é a de ele se inclinar por aquele partido, ou por aquele candidato, que está demonstrando maiores condições de êxito.” Tal circunstância, todavia, no entender desse Magistrado, não ensejaria a ilação de que todas as pesquisas eleitorais constituiriam abuso do poder econômico, daí porque se deveria analisar cada caso, não devendo ser impedida a “divulgação de pesquisas com puro intuito de informação jornalística sobre a tendência do eleitorado em determinado momento”.⁴⁹

Em verdade, o debate sobre a intenção do agente jornalístico que promove a divulgação não interessa ao deslinde da questão, sendo relevante somente na aferição do abuso de poder econômico, matéria em princípio estranha ao tema específico das pesquisas eleitorais. Deveras, esse abuso pode ocorrer tanto na divulgação irregular de pesquisas, como também quando do desvirtuamento das normas sobre arrecadação e aplicação de recursos financeiros nas campanhas eleitorais, quando de vícios na veiculação da propaganda eleitoral ou partidária, dentre outras incontáveis áreas do Direito Eleitoral.

Em todos esses casos, dispõe o legitimado do remédio constitucional da ação de impugnação de mandato eletivo (CF, art. 14, § 10), sem prejuízo da eventual aplicação das sanções previstas na disciplina de cada instituto.

O que se está a sustentar é que o art. 14, § 9º, da Constituição Federal, invocado no voto do Min. Aldir Passarinho, não encontra limitações em seu campo de atuação, irradiando sobre todos os acontecimentos do processo eleitoral, sendo desnecessário, por isso, utilizá-lo para perquirir sobre a intenção do agente veiculador da pesquisa.

Na realidade, deve-se avaliar se a limitação temporal à divulgação das pesquisas eleitorais encontra ou não fundamento de validade na Constituição Federal, o que infelizmente não foi feito, ao menos de modo científico, nas decisões ora em análise.⁵⁰

8 PONDERAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO À INFORMAÇÃO E DA LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. A DEMONSTRAÇÃO DO DESACERTO DO ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Diante do que se expôs, tem-se, de um lado, os princípios constitucionais da liberdade de informação e de comunicação social, e, de outro, a restrição temporal para a divulgação das pesquisas eleitorais, que, segundo se demonstrou, mostra-se consentânea

com o princípio democrático e a soberania da vontade popular, sendo que todos esses valores agasalhados no Texto Constitucional possuem *status* de direitos fundamentais.⁵¹

Aplicando-se então o princípio da proporcionalidade, em sua tríplice dimensão, depreende-se, em primeiro lugar, que a restrição em estudo se mostra adequada para o fim a que se destina, qual seja o respeito ao princípio democrático, por meio da preservação da soberana vontade popular.

Com efeito, já se disse que a opinião pública deve permanecer indene a fatores externos criados de modo artificial, especialmente pelos *media*, como ocorre com a divulgação desenfreada de resultados de testes de intenção de voto no período imediatamente anterior ao pleito.

Sob esse aspecto, soa interessante o tratamento conferido pelo Tribunal Superior Eleitoral às chamadas pesquisas de boca de urna, ou seja, aquelas realizadas durante a votação. Exatamente para garantir a preservação da vontade popular é que aquela Corte, à míngua de qualquer previsão legal, vem entendendo historicamente que esses testes somente podem ser divulgados após o encerramento da votação.⁵²

Se assim entende o TSE, é logicamente porque tem plena consciência do impacto maléfico que essa divulgação causa sobre o eleitorado. Nesses termos, parece lógico que essa influência seja nociva no dia das eleições, mas não o seja nos dias imediatamente anteriores? A resposta negativa se impõe, principalmente quando se recorda da avalanche de resultados de pesquisas veiculadas pelos telejornais noturnos na véspera dos pleitos.

No que diz respeito à segunda face do princípio da proporcionalidade – a necessidade – deve-se perquirir se a restrição temporal ora em análise ocasiona o menor gravame possível aos direitos fundamentais.

É certo o magnífico momento que vivencia o País. O povo e a imprensa podem debater os mais diversos assuntos, podem livremente tecer críticas aos governantes e demais agentes estatais, enfim, passa-se por uma fase sem precedentes na história do Brasil em relação à liberdade de informação e de comunicação social.

Pergunta-se pois: será que a proibição para que os meios de comunicação divulguem resultados de pesquisas de intenção de voto nos quinze dias anteriores ao pleito causa sério embaraço ao exercício dos direitos fundamentais de liberdade de informação e de comunicação social?

Primeiramente, é de se notar que nenhum direito fundamental possui caráter absoluto, bastando, para tanto, lembrar que o mais sagrado deles – o direito à vida – pode ser tolhido em caso de guerra,⁵³ não se podendo fazer afirmação diversa em relação ao direito de informação e à liberdade de imprensa.⁵⁴

Por semelhante motivo é que a atividade jornalística é objeto de toda uma série de condicionamentos para atender a outros valores, implícita ou explicitamente, alojados na Constituição.⁵⁵ Assim, divisa-se exemplos dessas limitações na Lei de Imprensa⁵⁶, no Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁷, na Lei das Rádios Comunitárias⁵⁸, além de outros casos.⁵⁹

No campo do Direito Eleitoral, então, sobram restrições aos meios de comunicação, justamente visando a respeitar a soberania da vontade popular.⁶⁰ As normas relativas à propaganda eleitoral, por exemplo, estão repletas de condicionamentos, entendendo o Tribunal Superior Eleitoral que estes, mesmo não estando previstos expressamente no Texto Constitucional, não constituem ofensa ao direito de informação e à liberdade de comunicação social.⁶¹

A própria realização dos debates, os quais propiciam a discussão de idéias, tão cara ao ideal democrático, sofre limitação no período que antecede as eleições, sem que se

veja nisso qualquer eiva de inconstitucionalidade. Aliás, é interessante perceber que o Tribunal Superior Eleitoral tem restringido a realização dos debates nas quarenta e oito horas anteriores ao pleito, mediante a aplicação analógica do art. 240 do Código Eleitoral, que veda, naquele interregno, a veiculação de propaganda eleitoral.⁶²

É de se pensar, todavia, o que melhor atende aos anseios do eleitor de obter elementos para a escolha de seu candidato: a realização dos debates, nos quais os candidatos dispõem de paridade de “armas”, estando, ademais, inseridos em um salutar processo dialético de troca de idéias, ou a veiculação pura e simples de dados, os quais sequer tem-se a certeza de que vão realmente se materializar?

Por outro lado, a validade do impedimento à realização da “boca de urna” também tem sido reiterada pelo Tribunal Superior Eleitoral, não obstante sua aparente contradição com o princípio constitucional da liberdade de pensamento.⁶³

Mesmo na área dos direitos políticos, o Tribunal Superior Eleitoral vem entendendo que não são válidos apenas os casos de proibição de filiação partidária previstos na Constituição Federal, a exemplo do que se passa com os magistrados⁶⁴, na medida em que já teve oportunidade de estabelecer, mais de uma vez, a plena constitucionalidade do art. 366 do Código Eleitoral, que veda a filiação partidária dos servidores da Justiça Eleitoral, a despeito do silêncio do Texto Constitucional.⁶⁵

Como se depreende, são tantas as restrições impostas a direitos fundamentais em homenagem ao princípio democrático, que a limitação temporal à divulgação das pesquisas não constitui sério e incontornável gravame a esses direitos.

Já em relação à terceira e última faceta do princípio da proporcionalidade – a proporcionalidade em sentido estrito – percebe-se que a medida se mostra proporcional, haja vista a importância do bem jurídico que almeja preservar, qual seja a legitimidade da vontade popular.

Sob esse aspecto, cumpre registrar que existem atualmente cerca de vinte propostas legislativas em trâmite no Congresso Nacional visando a regulamentar a divulgação das pesquisas eleitorais, mediante a adoção de restrição temporal, variando esta do período de quinze dias anterior ao pleito indo até o início do prazo para o registro ou mesmo vedando essa veiculação no ano em que se realizem eleições.⁶⁶

Como se percebe, o prazo de quinze dias parece bastante razoável, principalmente quando se sabe que a propaganda eleitoral inicia-se já a partir do dia 5 de julho do ano da eleição⁶⁷ e que a propaganda gratuita no rádio e na televisão estende-se pelo período de quarenta e cinco dias.⁶⁸ Assim, antes da quinzena anterior ao pleito, os partidos políticos e candidatos já terão boa noção do alcance e eficiência de suas técnicas de publicidade e do andamento de sua campanha eleitoral, sendo despendida, nesse período, a realização de pesquisas para semelhante finalidade.

Por fim, cabe assinalar que a restrição ora analisada não se confunde com a famigerada censura, haja vista que não ocorre qualquer controle prévio sobre o conteúdo da pesquisa, com avaliação mediante critérios subjetivos dos censores, como costumava ocorrer na época da ditadura militar.

Demonstrado assim que a limitação temporal da divulgação das pesquisas eleitorais, como estatuída no art. 255 do Código Eleitoral, mostra-se apta no teste da proporcionalidade, outros argumentos também comprovam a constitucionalidade do dispositivo.

Como é cediço, o legislador constituinte que produziu a Carta de 1988 compunha-se dos membros do Senado e da Câmara dos Deputados, vale dizer, confundiam-se Assembléia Nacional Constituinte e Congresso Nacional.⁶⁹

Sucedeu que essa mesma Casa Legislativa que, em 5 de outubro de 1988, promulgou a Constituição Federal, em 29 de junho daquele ano – pouco mais de três meses antes, portanto – aprovou a Lei nº 7.664, que, como já expressei, vedou a veiculação de resultados de pesquisas de intenção de voto no período de um mês anterior ao pleito.⁷⁰

Seria mesmo intenção do legislador constituinte originário abrir totalmente a divulgação das pesquisas, embora tenha ele próprio, ainda que em outra qualidade, restringido essa veiculação ao editar outros atos normativos? A realidade fática parece demonstrar o contrário.

Ainda lançando mão da interpretação histórica, convém enfatizar que a Constituição de 1967 também tutelava o direito de informação, apenas excepcionando-o em relação a diversões e espetáculos públicos.⁷¹ Mesmo nesse contexto, o Tribunal Superior Eleitoral jamais cogitou à época na inconstitucionalidade da limitação temporal constante do art. 255 do Código Eleitoral, reproduzindo-a, ao revés, em suas instruções.

Não se deve olvidar, ademais, que o uso de frequências de canais de rádio e televisão – principais meios pelos quais são veiculados os resultados das pesquisas eleitorais – constitui serviço público, cuja execução é apenas repassada ao particular, mediante a observância de certos critérios. Sendo assim, em face mesmo da natureza pública que ostenta, a atividade de radiodifusão deve ser alvo de condicionamentos por parte do Estado.⁷²

Por outro lado, cômico dos males que a ausência de freios na divulgação das pesquisas eleitorais pode causar sobre o processo democrático, o Tribunal Superior Eleitoral criou importante inovação no que diz respeito à disciplina desse instituto para as eleições de 2004.

Trata-se da possibilidade de o juiz eleitoral, acolhendo representação promovida pelos candidatos, partidos políticos ou Ministério Público, determinar a suspensão da divulgação de resultados de pesquisas eleitorais.⁷³

Embora fosse desnecessária a previsão regulamentar dessa providência, em vista do poder geral de cautela inerente à atividade judicante, ao menos ela serve para exortar os juízes claudicantes acerca dos prejuízos que a divulgação irregular da pesquisa pode ocasionar sobre o processo eleitoral.

O problema é que essa medida incide somente sobre a questão da observância dos requisitos estipulados para a realização da pesquisa⁷⁴, atividade de cunho cartorário que não garante a veracidade dos dados apresentados pelos institutos de pesquisas e muito menos resolve o problema da divulgação dos resultados da pesquisa no período próximo ao pleito.

Por todos esses motivos, urge que o Tribunal Superior Eleitoral reveja seu posicionamento a respeito da limitação temporal para a divulgação das pesquisas eleitorais, entendendo-a válida em face do Texto Constitucional, de modo a preservar a vontade popular.

9 ANÃO-VINCULAÇÃO DO TRIBUNAL À DECISÃO PROFERIDA NO EXERCÍCIO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Interessante questão relativa ao tema do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos consiste na discussão acerca da situação da legislação infraconstitucional quando do advento de nova Constituição com ela incompatível.

Indaga a doutrina se a questão seria resolvida pelo simples fenômeno da recepção, com o dever de se pronunciar a revogação da norma anterior incompatível, ou se, já no

Suffragium - Rev. do Trib. Reg. Eleit. do Ce, Fortaleza, v.2.n.2, p.1-122 jan./abr.2006

campo do controle abstrato de constitucionalidade, seria de se declarar a inconstitucionalidade daquela norma.⁷⁵

A discussão, que à primeira vista poderia parecer “meramente” acadêmica, assume vital importância na medida em que, adotada a posição que admite a inconstitucionalidade superveniente, caberia ação direta para atacar o ato tido por incompatível com a ordem constitucional; caso contrário, a aferição da compatibilidade seria feita somente no plano concreto, mediante o exercício do controle difuso de constitucionalidade.⁷⁶

Ademais, adotada a solução em termos de mera recepção, a decisão assim proferida possuiria eficácia meramente *inter partes*, apenas podendo aportar ao Supremo Tribunal Federal via recurso extraordinário e, reconhecendo-se lá a dita incompatibilidade, haveria a necessidade de comunicação ao Senado para que se suspendesse de uma vez por todas a execução do ato normativo (CF, art. 52, inciso X). Por outro lado, acolhida a possibilidade de declaração da inconstitucionalidade superveniente, uma vez julgada procedente a ação direta, o ato normativo restaria expungido do mundo jurídico com eficácia *erga omnes*.

No que interessa ao presente estudo, cumpre destacar que o Tribunal Superior Eleitoral, julgando caso concreto, entendeu que o art. 255 do Código Eleitoral não havia sido recepcionado pela Carta de 1988, resultando daí algumas conclusões.

Em primeiro lugar, deduz-se que a decisão ali proferida atingiu apenas as partes envolvidas no julgamento, persistindo assim no ordenamento jurídico o citado art. 255 do Código Eleitoral⁷⁷, sendo relevante registrar, ademais, que, não tendo havido a interposição de recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal, a quem cabe dar a última palavra em termos de interpretação constitucional, não teve oportunidade de examinar a matéria.

Por outro lado, a citada decisão teve o efeito prático de fazer com que o Tribunal Superior Eleitoral não incluísse em sua regulamentação bienal das eleições a proibição da divulgação das pesquisas eleitorais nos quinze dias anteriores ao pleito.

Ausente essa restrição na regulamentação das diversas eleições que aconteceram desde 1988 e tendo decidido o Tribunal Superior Eleitoral, em única oportunidade, a incompatibilidade da limitação em análise com o Texto Constitucional, passou a Justiça Eleitoral como um todo a conceder registro e admitir a posterior divulgação das pesquisas eleitorais, sem restrição temporal.

Diante desse contexto (a eficácia da decisão somente *inter partes*), pode-se afirmar com tranquilidade que tanto o Tribunal Superior Eleitoral pode perfeitamente rever seu posicionamento sobre o assunto⁷⁸, como também sobressai viável que os tribunais regionais eleitorais, uma vez entendendo recepcionado o art. 255 do Código Eleitoral, passem a negar o registro das pesquisas eleitorais nos quinze dias anteriores ao pleito.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Alberto Carlos. *Como são feitas as pesquisas eleitorais e de opinião*, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 3 ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, 6 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

———. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*, São Paulo: Saraiva, 2000.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 13 ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- CANÊDO, Leticia Bicalho. Aprendendo a votar. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). *História da cidadania*, 2 ed., São Paulo: Contexto, 2003.
- CARREIRÃO, Yan de Souza. *A decisão do voto nas eleições presidenciais brasileiras*, Florianópolis – Rio de Janeiro: Universidade Federal de Santa Catarina - Fundação Getúlio Vargas, 2002.
- CARVALHO, Rejane Vasconcelos Accioly de. *Transição democrática brasileira e padrão midiático publicitário da política*, Campinas - Fortaleza: Pontes - Universidade Federal do Ceará, 1999.
- CERTEAU, Michel de. *A invenção do cotidiano: artes de fazer*. Trad. Ephraim Ferreira Alves. Petrópolis: Vozes, 1994.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Racionalidade hermenêutica: acertos e equívocos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- CONGLIAN, Olivar. *Propaganda eleitoral*, 4 ed., Curitiba: Juruá, 2000.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Elementos de direito constitucional*, 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- FERREIRA, Aluizio. *Direito à informação, direito à comunicação*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, 24 ed., São Paulo: Saraiva, 1997.
- FONTES JUNIOR, João Bosco Araujo. *Liberdades e limites na atividade de rádio e televisão*, Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- GASPARETTO, Agenor. *Pesquisas eleitorais: informação e propaganda*. Disponível em: <http://www.socio-estatistica.com.br/pesquisas_eleitorais.htm>. Acesso em: 9.fev.2004.
- GINSBERG, Morris. *Psicologia da sociedade*. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1964.
- Guia da Associação Nacional das Empresas de Pesquisa para Divulgação das Pesquisas Eleitorais 2004. Disponível em: <http://www.anep.org.br/codigosguias/guia_pesquisa_eleitoral.pdf>. Acesso em: 9.fev.2004.
- JARDIM, Torquato. *Direito Eleitoral Positivo*, 2 ed., Brasília: Brasília Jurídica, 1998.
- KUNTZ, Ronald A.. *Marketing político: manual de campanha eleitoral*, 9 ed., São Paulo: Global, 2002.
- MANNHEIM, Karl. *Liberdade, poder e planificação democrática*. Trad. Miguel Maillat. São Paulo: Mestre Jou, 1972.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, 2 ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- . *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1998.
- ; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- MIRANDA, Darcy Arruda. Dos abusos da liberdade de imprensa, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959.
- NUNES, Márcia Cavallari. O papel das pesquisas. In: FIGUEIREDO, Rubens. *Marketing político e persuasão eleitoral*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*, 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

- PORTO, Walter Costa. *Dicionário do voto*, São Paulo: Giordano, 1995.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. Democracia, Constituição e realidade. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte: Del Rey, nº I: 741-823, 2003.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SERRANO, Vidal. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*, São Paulo: FTD, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 15 ed., São Paulo: Malheiros, 1998.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte: Del Rey, nº I: 607-630, 2003.
- SOBREIRO NETO, Armando Antonio. *Direito Eleitoral: teoria e prática*, 2 ed., Curitiba: Juruá, 2002.
- VIVIANI, Eralton Joaquim. *As pesquisas induzem o eleitorado*. Disponível em: <<http://www.tre-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/eralton2.htm>>. Acesso em: 9.fev.2004.

(Footnotes)

¹ Versão resumida da Monografia apresentada à Universidade de Fortaleza como exigência parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito e Processo Eleitoral, sob a orientação do professor doutor Martônio Mont'Alverne Barreto Lima.

² *Guia da Associação Nacional das Empresas de Pesquisa para divulgação das pesquisas eleitorais 2004*, p. 7.

³ Márcia Cavallari Nunes, *O papel das pesquisas*, p. 43.

⁴ Márcia Cavallari Nunes, op. cit., p. 44.

⁵ Márcia Cavallari Nunes, op. cit., p. 47/48. Doravante, ao se fazer referências às pesquisas eleitorais, estar-se-á tratando das pesquisas quantitativas, as quais são normalmente objeto de divulgação.

⁶ De modo inédito, a instrução relativa às pesquisas eleitorais para o pleito de 2004 cuida da figura das enquetes: “Art. 19. Na divulgação dos resultados de enquetes ou sondagens, deverá ser informado não se tratar de pesquisa eleitoral, nos moldes do art. 33 da Lei nº 9.504/97, mas de mero levantamento de opiniões, sem controle de amostra, o qual não utiliza método científico para sua realização, dependendo, apenas, da participação espontânea do interessado. Parágrafo único. A divulgação de resultados de enquetes ou sondagens sem o esclarecimento previsto no ‘caput’ será considerada divulgação de pesquisa eleitoral, permitindo a aplicação das sanções previstas.”

⁷ “Prévias eleitorais. Pesquisa de opinião interna dos partidos. Realização antes de 5 de julho. Possibilidade. 1. Os partidos políticos podem realizar, entre seus filiados, as chamadas prévias eleitorais, destinadas a buscar orientação e fixar diretrizes, inclusive sobre escolha de candidatos. 2. A eventual divulgação, pelos veículos de comunicação, dos resultados da consulta interna, não caracteriza, em princípio, propaganda eleitoral antecipada” (TSE, Res. nº 20.816-DF, julg. 19.6.2001, rel. Min. Fernando Neves, DJ 12.7.2001, p. 10). No mesmo sentido: TSE, MS nº 2.163-PR, julg. 1.3.1994, rel. Min. José Cândido de Carvalho, DJ 20.5.1994, p. 19.321).

⁸ Walter Costa Porto, *Dicionário do voto*, p. 267.

⁹ “Art. 255. Nos 15 (quinze) dias anteriores ao pleito é proibida a divulgação, por qualquer forma, de resultados de prévias ou testes pré-eleitorais.”

¹⁰ A responsabilidade penal vinha estipulada na remissão feita ao art. 322 do Código Eleitoral, atualmente substituído pelo tipo penal do art. 33, § 4º, da Lei nº 9.504/97.

¹¹ “Pesquisas pré-eleitorais. Divulgação. As pesquisas eleitorais, cujas informações se encontrem regularmente registradas, poderão ser divulgadas até a data das eleições. Resolução nº 20101, art. 4º. Inexiste, entretanto, obrigatoriedade dessa divulgação” (TSE, Res. nº 20.258-DF, julg. 30.6.1998, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 10.8.1998, p. 219). Essa orientação foi novamente seguida para o pleito de 2004, conforme se percebe do art. 2º, da Res. nº 21.576, de 2.12.2003, do Tribunal Superior Eleitoral.

¹² No ponto, vale conferir a posição de Olivar Coneglian. Indaga o autor: “Feito o pedido de registro de uma pesquisa, a sua divulgação se torna obrigatória? A resposta é: não. Um partido, ou candidato, ou coligação, ou empresa, pode encomendar uma pesquisa com o intuito de divulgá-la. Para isso, o instituto que a vai realizar procede ao pedido de registro e obedece a todo o caminho para isso. Realizada a pesquisa, aquele que a encomendou acha prudente não divulgá-la. Nesse caso, não se sente obrigado à divulgação, não havendo nenhuma sanção para isso” (Propaganda Eleitoral, p. 137). Ocorre que antes afirmara o autor: “A pesquisa pode ser de uso interno, ou seja, para uso de cada partido ou de cada pessoa ou organismo que a mandou realizar, não se destinando à divulgação. É a pesquisa para dar à pessoa ou organismo uma diretriz, uma informação, e para comandar ou estabelecer estratégias de ‘marketing’ político. Esse tipo de pesquisa é livre, não necessita de registro, não interessa à Justiça Eleitoral” (op. cit., p. 135). Ora, ou se trata de pesquisa de uso interno e então nada há realmente a registrar, ou então a pesquisa se destina à divulgação e então obriga-se ao registro e à posterior publicação. O que se mostra incongruente é admitir a existência de pesquisa previamente destinada a uso interno e outras só posteriormente destinadas a esse fim, ao sabor dos resultados. Em outras palavras, se o candidato que contratou a pesquisa conseguir números satisfatórios, segundo sua conveniência, divulguem-se os resultados; caso contrário, arquivem-se os dados. Para as eleições de 2004, inovou-se com a salutar, porém ainda não ideal, previsão do art. 5º, da Res. TSE nº 21.576, de 2.12.2003: “Art. 5º. O resultados das pesquisas eleitorais registradas deve ser depositado no cartório eleitoral, ainda que não seja divulgado, onde permanecerá à disposição dos interessados”.

¹³ Art. 1º da Res. nº 20.101, de 26 de fevereiro de 1998 e art. 2º da Res. nº 20.950, de 13 de dezembro de 2001.

¹⁴ Essa exigência foi mantida para as eleições de 2004, segundo se extrai do art. 2º, da Res. nº 21.576, de 2.12.2003.

¹⁵ Ausente norma legal a definir o assunto, impunha-se a aplicação da analogia, nos termos do art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, obviamente de modo fundamentado, conforme imperativo constitucional (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal).

¹⁶ TSE, Resolução nº 20.150-DF, julg. 2.4.1998, rel. Min. Eduardo Alckmin, DJ 24.4.1998, p. 57.

¹⁷ Para uma visão geral da discussão acerca da influência das pesquisas de opinião, confira-se Alberto Carlos Almeida, *Como são feitas as pesquisas eleitorais e de opinião*, p. 26 et seq.

¹⁸ *Psicologia da Sociedade*, p. 143.

¹⁹ “A divulgação de pesquisas eleitorais deve ser feita de forma responsável devido à repercussão que causa no pleito, a fim de que sejam resguardados a legitimidade e o equilíbrio da disputa eleitoral” (TSE, REsp nº 19.872-AC, julg. 29.8.2002, rel. Min. Fernando Neves, DJ 20.9.2002, p. 208).

²⁰ Agenor Gasparetto, *Pesquisas eleitorais: informação e propaganda*.

²¹ Interessante dispositivo encontra-se no art. 242 do Código Eleitoral: “A propaganda, qualquer que seja a sua forma ou modalidade, mencionará sempre a legenda partidária e só poderá ser feita em língua nacional, não devendo empregar meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais” Esse preceito reflete a preocupação válida do legislador em manter a vontade do eleitor indene de fatores externos criados artificialmente. Mais curioso é perceber que o Tribunal Superior Eleitoral, já sob a égide da Carta Magna de 1988, entendeu

que esse dispositivo havia sido recepcionado, ao contrário do que ocorre com o art. 255. (TSE, MS nº 1.329-PR, julg. 1º.10.90, rel. Célio Borja, DJ 19.12.90, p. 15559).

²² Manoel Gonçalves Ferreira Filho a denomina liberdade de consciência (*Curso de Direito Constitucional*, p. 290), enquanto José Afonso da Silva prefere dizer que se trata do aspecto interno da liberdade de opinião (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 244).

²³ José Cretella Junior, *Elementos de Direito Constitucional*, p. 190. No mesmo sentido, João Bosco Araujo Fontes Junior, *Liberdades e limites na atividade de rádio e televisão*, p. 45.

²⁴ João Bosco Araujo Fontes Junior, op. cit., p. 47.

²⁵ Válido, no ponto, relembrar a atuação de Orson Welles em outubro de 1938, quando, sob o manto da veiculação de programa de notícias, narrou trechos do livro “*A Guerra dos Mundos*”, do escritor inglês H. G. Wells, sobre uma fictícia invasão de marcianos. Acreditando que esses fatos eram verdadeiros, inúmeros americanos entraram em desespero, chegando o episódio a ceifar algumas pessoas. Semelhante episódio revela simples manifestação da liberdade artística, ligada ao direito de comunicação e não ao direito à informação.

²⁶ Esse direito de comunicação não se exterioriza apenas mediante a difusão de convicções (atividade intelectual) ou informação, mas aglutina todas as formas de expressão humana, seja pela atividade artística, cultural etc.

²⁷ João Bosco Araujo Fontes Junior, op. cit., p. 54/55.

²⁸ Alberto Carlos Almeida, *Como são feitas as pesquisas eleitorais e de opinião*, p. 26. Ronald A. Kuntz, *Marketing político: manual de campanha eleitoral*, p. 75.

²⁹ “As limitações impostas à veiculação de propaganda eleitoral não afetam o direito à informação e à livre manifestação do pensamento, constitucionalmente garantidos, até porque não estabelecem controle prévio sobre a matéria a ser veiculada. Vinculação, na ordem constitucional, a princípios como o da lisura e da legitimidade dos pleitos, bem como ao da isonomia entre os candidatos” (TSE, Ag. Int. no REsp nº 19.486-AC, julg. 11.10.2001, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 1º.2.2002, p. 249). No mesmo sentido: TSE, EDcl. no Ag. Reg. no REsp nº 19.268-GO, julg. 12.6.2001, rel. Min. Fernando Neves, DJ 24.8.2001, p. 173.

³⁰ Karl Mannheim, (*Liberdade, poder e planificação democrática*, p. 182). Como observa esse autor, “é indispensável para a democracia que a opinião permaneça como poder espiritual e ao planejar a estrutura da sociedade, todos os esforços deverão ser empregados para que se mantenha o livre intercâmbio de opiniões, sem demasiada interferência e manejos artificiais. (...) A manutenção da fluidez da opinião pública a despeito da mecanização é de importância primordial numa sociedade democrática” (op. cit., p. 182).

³¹ Armando Antonio Sobreiro Neto chega a idêntica conclusão: “Do ponto de vista do interesse democrático, a verificação da tendência do eleitorado, a rigor, contribui somente na identificação dos problemas que mais preocupam o eleitor, de modo a direcionar as plataformas às expectativas do cidadão, muito embora promessas de campanha, segundo o que nos revela a história distante e recente, jamais são cumpridas integralmente. Não vejo razão para a permissão de divulgação de pesquisas até a data da eleição, como atualmente sucede. Certamente não sou voz isolada, tanto que no ‘Relatório Final’ da Comissão Temporária Interna, do Senado Federal, encarregada de estudar a reforma político partidária, a opinião majoritária, devidamente aprovada, foi favorável a alguma limitação temporal para a divulgação de pesquisas, nas palavras do relator, Senador Sérgio Machado, ‘limitação que existe em quase todas as democracias do mundo’” (*Direito Eleitoral*, p. 118).

³² Escapa ao objetivo do presente estudo proceder a incursões sobre as características de regras e princípios. Para uma visão geral da discussão, confira-se Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 255 et seq. e Virgílio Afonso da Silva, *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*, p. 607.

- ³³ Paulo Bonavides, op. cit., p. 286.
- ³⁴ Daniel Sarmento, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, p. 42.
- ³⁵ Paulo Gustavo Gonet Branco, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 181.
- ³⁶ Daniel Sarmento, op. cit., p. 30/33.
- ³⁷ Adverte Daniel Sarmento para a idéia de que “a primeira missão do intérprete, quando se deparar com uma possível colisão entre interesses constitucionais, é tentar traçar os limites imanentes dos princípios que os consagram, para verificar se, de fato, ocorre o embate” (op. cit., p. 101/102).
- ³⁸ Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, p. 279.
- ³⁹ Suzana de Toledo Barros, op. cit., p. 159.
- ⁴⁰ Segundo Paulo Bonavides, “a vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e auferir um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardeais afins, nomeadamente o princípio da igualdade” (op. cit., p. 395).
- ⁴¹ Daniel Sarmento, op. cit., p. 78.
- ⁴² “Trata-se, em síntese, da aferição da idoneidade do ato para a consecução da finalidade perseguida pelo Estado. A análise cinge-se, assim, à existência de uma relação congruente entre meio e fim na medida examinada” (Daniel Sarmento, op. cit., p. 87).
- ⁴³ Paulo Bonavides, op. cit. 397.
- ⁴⁴ Daniel Sarmento, op. cit., p. 89.
- ⁴⁵ Essa lei ampliara o prazo de proibição previsto no art. 255 do Código Eleitoral.
- ⁴⁶ Acórdãos nºs 10.305, 10.306 e 10.307, todos de 27 de outubro de 1988,
- ⁴⁷ Súmula nº 266 do Supremo Tribunal Federal.
- ⁴⁸ Colhe-se do voto do Min. Francisco Rezek, relator do processo: “Desde logo quero anunciar que somente enfrentei problemas no estudo da preliminar: a questão de mérito me pareceu tão clara e unívoca, desde quando editado o texto da Constituição de 5 de outubro último, que à sua análise não me pareceu necessário consagrar maiores energias”.
- ⁴⁹ No desfecho de seu voto, o Min. Aldir Passarinho faz a seguinte advertência: “Deixo claro que, segundo meu ponto de vista, sobre a divulgação de pesquisa, não pode estar afastada a preocupação dos órgãos de fiscalização, ou dos demais interessados, para que não haja o desvirtuamento, no noticiário que deve ser o do simples propósito de informação”.
- ⁵⁰ A omissão do Tribunal Superior Eleitoral em desenvolver argumentação mais sólida em relação ao exame da constitucionalidade talvez decorra do fato de que os estudos acerca do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, especialmente quanto ao princípio da proporcionalidade, ainda engatinhavam à época no Brasil, o que, todavia, não justifica a omissão ora exposta.
- ⁵¹ Paulo Gustavo Gonet Branco, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 155.
- ⁵² Para o pleito de 2002, decidiu o Tribunal Superior Eleitoral: “As pesquisas de intenção de voto nas eleições presidenciais podem ser divulgadas a partir das 17 horas, horário de Brasília, nos estados em que a votação já houver se encerrado, aguardando-se, nos demais estados, em que há diferença de fuso horário, o efetivo encerramento da votação para a divulgação dessas pesquisas” (Resolução nº 21.232-DF, julg. 4.10.2002, rel. Min. Fernando Neves, DJ 9.10.2002, p. 287). Idêntico entendimento foi adotado para as eleições de 2004, consoante se percebe do art. 18 da Resolução nº 21.576, de 2 de dezembro de 2003. Daí se pode extrair a conclusão de que o TSE tem, nesse aspecto, equiparado a divulgação das pesquisas eleitorais à realização de propaganda eleitoral, esta sim vedada, no dia da

eleição, pelo art. 39, § 5º, da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Por que então as pesquisas eleitorais não sofreriam outras restrições típicas da propaganda eleitoral?

⁵³ Cf. art. 5º, inciso XLVII, alínea “a”, da Constituição Federal. Nesse sentido, confira-se Paulo Gustavo Gonet Branco, *op. cit.*, p. 120/121.

⁵⁴ Preleciona Gilmar Ferreira Mendes: “É fácil ver, pois, que o texto constitucional não excluiu a possibilidade de que se introduzissem limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades haveria de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição” (*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 90).

⁵⁵ Para que um direito fundamental sofra restrição, não é necessário que exista expressa previsão da Constituição nesse sentido: Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 162. Confira-se ainda: Gilmar Ferreira Mendes, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 240. Especificamente em relação à liberdade de imprensa, a 1ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos contém redação que aparentemente confere caráter ilimitado a esse direito, o que não tem sido aceito pela Suprema Corte (Daniel Sarmento, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, p. 157/158).

⁵⁶ Art. 1º, § 1º, da Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.

⁵⁷ Art. 143, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Nesse sentido: Eralton Joaquim Viviani, *As pesquisas induzem o eleitorado*.

⁵⁸ Art. 4º, da Lei nº 9.612, de 2 de fevereiro de 1998. Nesse sentido: André Ramos Tavares, *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*, p. 659.

⁵⁹ Por exemplo, as severas e crescentes restrições à veiculação de propaganda de bebidas alcoólicas, cigarros, produtos medicinais, terapias e defensivos agrícolas, segundo se deduz da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996. Nesse sentido: André Ramos Tavares, *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*, p. 674. Outro caso sintomático radica na obrigatoriedade da irradiação do programa “Voz do Brasil”, estipulada no art. 38, alínea “e”, da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, que, segundo a maioria dos tribunais, subsiste em face da Carta de 1988.

⁶⁰ Nesse sentido, confira-se a incisiva lição do Tribunal Superior Eleitoral, infelizmente não adotada no caso das pesquisas eleitorais: “O Tribunal Superior Eleitoral, em mais de uma oportunidade, já se manifestou no sentido de que a liberdade de imprensa, nos termos do art. 220 da Constituição Federal, não é plena, uma vez que sofre restrições, principalmente em períodos eleitorais, com o intuito de preservar o necessário equilíbrio e igualdade entre os candidatos” (TSE, Ag. Int. no Ag. Instr. nº 2.549-SP, julg. 7.8.2001, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 21.9.2001, p. 165).

⁶¹ “As limitações impostas à veiculação de propaganda eleitoral não afetam o direito à informação e à livre manifestação do pensamento, constitucionalmente garantidos, até porque não estabelecem controle prévio sobre a matéria a ser veiculada. Vinculação, na ordem constitucional, a princípios como o da lisura e da legitimidade dos pleitos, bem como ao da isonomia entre os candidatos” (TSE, Ag. Int. no REsp nº 19.466-AC, julg. 11.10.2001, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 1º.2.2002, p. 249). Ainda: “As normas que disciplinam a veiculação de propaganda eleitoral não afetam a liberdade de manifestação do pensamento constitucionalmente garantida, porque não estabelecem qualquer controle prévio sobre a matéria a ser veiculada, sendo equivalentes, na ordem constitucional, o referido princípio com o da lisura e legitimidade dos pleitos, com o que a compatibilização de ambos torna possível a repressão dos abusos cometidos” (REsp nº 15.637-RN, julg. 17.11.1998, rel. Min. Eduardo Alckmin, DJ 12.2.1999, p. 37).

⁶² “Eleições de 2002. Debates. Primeiro turno. Art. 240 do Código Eleitoral. Art. 3º da Res./TSE nº 20.988. Propaganda. Vedação. Prazo. 48h. Início da votação. 1. No primeiro turno, os debates poderão ser realizados até 48 horas antes do início da eleição” (TSE, Res. nº 21.223-DF, julg. 25.9.2002, rel. Min. Fernando Neves, DJ 4.10.2002, p. 233).

⁶³ Art. 39, § 5º, da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.

⁶⁴ Art. 95, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal.

⁶⁵ Nesse sentido: TSE, Res. nº 21.570-MA, julg. 25.11.2003, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 6.2.2004; TSE, REsp nº 19.928-PR, julg. 3.9.2002, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, pub. sessão; Res. nº 20.921-DF, julg. 23.10.2001, rel. Min. Fernando Neves, DJ 22.2.2002, p. 180; TSE, Res. nº 19.945-MA, julg. 26.8.1997, rel. Min. Costa Leite, DJ 18.9.1997, p. 45298.

⁶⁶ Ainda dentro dessa perspectiva de alteração legislativa, existem também em tramitação propostas de emenda à Constituição versando sobre idêntico assunto. Uma delas (PEC nº 15, de 7.4.2003, de autoria do Senador Alvaro Dias) pretende acrescentar um § 7º ao art. 220 da Constituição Federal, “a fim de permitir que a lei possa impor restrições à divulgação das pesquisas eleitorais”. Ora, não é pelo fato de inexistir expressa previsão na Carta Magna que um direito fundamental não pode ser condicionado (cf. nota nº 55). O ponto-chave consiste na análise da constitucionalidade dessa restrição, pois a inclusão pura e simples de autorização nesse sentido no Texto Constitucional não lhe confere garantia de validade, porquanto a atividade do legislador constituinte derivado encontra limitada pelas cláusulas pétreas, mormente no campo dos direitos e garantias individuais (CF, art. 60, § 4º). Em suma: se o art. 255 do Código Eleitoral for incompatível com a Constituição, por colidir com o direito à informação e a liberdade de imprensa, qualquer proposta legislativa de idêntico teor, ainda que decorrente de reforma constitucional, também o será.

⁶⁷ Art. 36 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.

⁶⁸ Art. 47 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.

⁶⁹ Essa solução é criticada por alguns autores: Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 41. José Afonso da Silva pontifica que “ao convocar os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a rigor, o que se fez foi convocar, não uma Assembléia Nacional Constituinte, mas um Congresso Constituinte” (*Curso de direito constitucional positivo*, p. 91).

⁷⁰ Ainda na mesma legislatura, no ano seguinte, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 7.773, de 8 de junho de 1989, que também trouxe aquela proibição.

⁷¹ Assim dispunha o § 8º, do art. 153, da Constituição de 1967: “Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 8º. É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, tolerados a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes”.

⁷² André Ramos Tavares, *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*, p. 660/661.

⁷³ Assim dispõe o parágrafo único do art. 12 da Resolução nº 21.576, de 2 de dezembro de 2003: “Considerando a relevância do direito invocado e a possibilidade de prejuízo de difícil reparação, o juiz poderá determinar, fundamentadamente, a suspensão da divulgação dos resultados da pesquisa impugnada ou a inclusão de esclarecimento sucinto, na divulgação de seus resultados”.

⁷⁴ Basicamente previstos no art. 33 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.

⁷⁵ Para uma visão completa da disceptação, cf. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 72. Frise-se que, no Brasil, sempre prevaleceu o entendimento, com o apoio da tradicional jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a incompatibilidade seria resolvida no plano da vigência da norma, com a simples aferição de sua revogação pelo novo texto constitucional.

⁷⁶ Se bem que essa discussão atualmente encontra-se sensivelmente mitigada em face da esdrúxula regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal. Admite a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que aquela arguição – mais um mecanismo do controle objetivo de constitucionalidade, a despeito do aparente silêncio constitucional nesse sentido –, seja utilizada para atacar ato normativo, federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. De uma só tacada aquele diploma normativo derrubou dois mitos então reinantes no estudo do controle de constitucionalidade: que ato normativo municipal não se submetia a controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal e que o exame da compatibilidade de norma anterior com o texto constitucional seria resolvido pelo fenômeno da recepção.

⁷⁷ Embora se colha da ementa do acórdão nº 10.305: “Cerceando a liberdade de informação pura e simples, a referida norma padece de incompatibilidade com o art. 220 e § 1º da Constituição de 1988, e há de entender-se abrogado desde quando vigente a nova lei fundamental”.

⁷⁸ Isto tanto pode ser feito mediante resposta às chamadas consultas eleitorais, previstas no art. 23, inciso XII, do Código Eleitoral, quanto pela simples inclusão de dispositivo idêntico ao art. 255 do Código Eleitoral na regulamentação bienal das eleições, mais especificamente na resolução que tratar das pesquisas eleitorais. Aliás, soa muito comum a constante mutação da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, o que pode ser atribuído tanto às freqüentes modificações na composição daquela Corte, como também à alteração das circunstâncias fáticas entre os julgamentos conflitantes. Para exemplificar, convém relembrar a inédita e discutida exegese conferida ao art. 6º da Lei nº 9.504/97, para o fim de impor a denominada “verticalização” das coligações partidárias nas eleições de 2002, muito embora aquele preceito estivesse vigorando, com o mesmo teor, quando das duas eleições anteriores.