



ISSN 2447-9403

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

REVISTA

DEMOCRÁTICA

VOLUME 4 • 2018

NESTE VOLUME:
**FÓRUM NACIONAL
DE PROPAGANDA ELEITORAL
NAS MÍDIAS SOCIAIS**



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

REVISTA
DEMOCRÁTICA

VOLUME 4 • 2018

ISSN 2447-9403

Rev. Democrát.	Cuiabá	v. 4	p. 1-259	2018
----------------	--------	------	----------	------

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

Composição da Escola Judiciária Eleitoral – EJE

Diretor

Ricardo Gomes de Almeida
Juiz-Membro do TRE-MT

Vice-Diretor

Ulisses Rabaneda dos Santos
Juiz-Membro do TRE-MT

Secretária

Janis Eyer Nakahati
Analista Judiciário do TRE-MT

Conselho Editorial da Revista da Escola Judiciária Eleitoral

Presidente

Ricardo Gomes de Almeida - Diretor da EJE

Titulares

Pedro Francisco da Silva - Juiz Federal
Antônio Veloso Peleja Júnior - Juiz de
Direito

Nilson Fernando Gomes Bezerra
Julia 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

Catologação na Publicação – Cuiabá, 2016.

Revista Democrática / Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso. –
Vol. 4 (2018)- . – Cuiabá: Tribunal Regional Eleitoral de
Mato Grosso, 2015-
v. ; 23 cm.

Annual
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](http://www.tre-mt.jus.br/eje/revistademocratica).

Tiragem

600 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 Márcio Vidal

Vice-Presidente e Corregedor Regional Eleitoral

Desembargador Pedro Sakamoto

Juízes-Membros Titulares

Marcos Faleiros da Silva

Antônio Veloso Peleja Júnior

Ulisses Rabaneda dos Santos

Ricardo Gomes de Almeida

Vanessa Curti Perenha Gasques

Juízes-Membros Substitutos

Desembargadora Nilza Maria Pôssas de Carvalho

Desembargador Sebastião Barbosa Farias

José Antônio Bezerra Filho

Mário Roberto Kono de Oliveira

Paulo César Alves Sodré

Jackson Francisco Coleta Coutinho

Procurador Regional Eleitoral

Alisson Nelicio Cirilo Campos

Procurador Regional Eleitoral Substituto

Pedro Melo Pouchain Ribeiro

SECRETARIA DO TRIBUNAL

Diretor-Geral

Nilson Fernando Gomes Bezerra

Secretário Judiciário

Breno Antonio Sirugi Gasparoto

Secretário de Gestão de Pessoas

Valmir Nascimento Milomem Santos

Secretária de Administração e

Orçamento

Rafael Zornitta

Secretário de Tecnologia da

Informação

Luis Cezar Darienzo Alves

APRESENTAÇÃO

A Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso apresenta o quarto volume da Revista DeMocrática¹, brindando seus leitores com nove temas que têm por escopo promover o estudo, o debate científico, político, social sobre saberes atinentes à matéria eleitoral, visando atualizar o leitor nas discussões alusivas a questões democráticas, partidárias e eleitorais.

Este volume discute temas como a falta de objetividade nos critérios definidores do domicílio eleitoral adotado no Brasil e a necessidade da reformulação do conceito de domicílio eleitoral; a igualdade de chances no debate eleitoral, considerando os princípios constitucionais relacionados à propaganda eleitoral, em especial, a plena liberdade e o direito do eleitor à informação; bem como analisa se o fato da judicialização da eleição é um fenômeno de avanço ou retrocesso.

Traz também à reflexão sobre impactos negativos da restrição extrema da propaganda eleitoral que restringe a liberdade de expressão e a própria isonomia entre os atores político-eleitorais. Outro tema analisado é o instituto da reeleição ilimitada para cargos do Poder Executivo na Constituição Federal Brasileira demonstrando como ofende os princípios constitucionais da impessoalidade e do pluralismo político na Constituição Federal Brasileira.

Propaganda eleitoral – novos tempos, novos desafios é outro tema deste volume haja vista as restrições para a propaganda eleitoral de rua, o ganho de espaço da propaganda eleitoral na mídia

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.

digital e a dificuldade de seu controle. Outro assunto tratado é a aplicabilidade do art.16 da Constituição Federal às alterações jurisprudenciais promovidas pelos Tribunais Eleitorais e pelo Tribunal Superior Eleitoral, em razão da necessidade de se proteger a legítima expectativa dos *players* do processo eleitoral.

Revisão judicial de atos do parlamento em questões *interna corporis*, com previsão constitucional, bem como voto facultativo no Brasil *são temas* também presentes no atual volume.

Ao final, é apresentado o Relatório Científico do Fórum Nacional - Propaganda Eleitoral nas Mídias Sociais promovido pelo Colégio de Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais e pela Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso, que se aliou à academia, convidando professores dos cursos de Direito para conduzir científica e metodologicamente o evento.

Aos autores nosso agradecimento especial pela valiosa contribuição na confecção de mais este volume da Revista e pelo grande empenho de cada um em fomentar a reflexão do debate político, estimular os estudos eleitorais e a produção intelectual de textos científicos sobre o Direito Eleitoral.

Boa leitura!

Sumário

Domicílio eleitoral e a problemática de sua abrangência.....9

Rogéria de Freitas Teixeira

**Igualdade de chances no debate eleitoral: garantia à efetiva
Democracia e ao direito do eleitor à informação.....27**

Amilton Augusto Kufa

Karina Kufa

Judicialização da eleição: fenômeno do avanço ou do retrocesso?.....47

Leonardo Fernandes de Souza

Fernanda Vanessa Vassoler

Bruno Smolarek Dias

**O agigantamento regulatório da propaganda político-eleitoral
e a manutenção do *status quo* da política nacional.....69**

Francisco Eimar Carlos dos Santos Júnior

**Por uma nova redação do instituto da reeleição na Constituição
Federal brasileira: em defesa do princípio da impessoalidade
e do pluralismo político.....87**

Alexandre Baron Polanczyk

Propaganda eleitoral: novos tempos, novos desafios.....111

José Luís Blaszk

**Qual o alcance do artigo 16 da CF/88? Breves notas sobre a
segurança jurídica no direito eleitoral à luz da doutrina
de R. Dworkin e F. Muller.....133**

Rodrigo Terra Cyrineu

**Revisão judicial de questões insensíveis à escolha em matéria
política: o caso da ADI nº 5632 e dos mandados de segurança
nº 34.574 , 34.599 e 34.602.....159**

José Claudio Monteiro de Brito Filho

Juliana Rodrigues Freitas

**Voto facultativo no Brasil: uma possibilidade - abordagem
Brasil, França e Estados Unidos.....185**

Jeferson Moreira de Carvalho

Marisa Amaro dos Reis

Paulo Hamilton Siqueira Júnior

Fórum Nacional de Propaganda Eleitoral nas Mídias Sociais209

DOMICÍLIO ELEITORAL E A PROBLEMÁTICA DE SUA ABRANGÊNCIA

Rogéria de Freitas Teixeira¹

RESUMO

O presente artigo analisa o conceito alargado de domicílio eleitoral adotado no Brasil, que se difere do Direito Privado, bem como os vínculos admitidos pela jurisprudência. Esse estudo visa, mormente, desvelar a falta de objetividade nos critérios definidores do domicílio eleitoral. Para isso, foi realizada pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Observou-se que o conceito de domicílio eleitoral adotado faz com que haja um aumento de transferências irregulares e o esvaziamento dos métodos de correção e revisão do eleitorado adotados pela Justiça Eleitoral. Precisa-se adotar um sistema que iniba as fraudes na seara eleitoral, bem como a reformulação do conceito de domicílio eleitoral.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Domicílio eleitoral 2. Vínculos
3. Transferência 4. Fraudes

1 Introdução

Observa-se que o tema em comento não é copiosamente explorado por parte da doutrina, ocasionando uma lacuna na literatura especializada, que se coaduna em análise superficial sobre a problemática do conceito flexível de domicílio eleitoral implementado pela jurisprudência.

O conceito de domicílio eleitoral originou-se quando o Brasil

¹ Analista Judiciária do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos (Unipac Ubá). Especialista em Direito Eleitoral, Processual Eleitoral e Direito Civil.

ainda era província de Portugal, sendo regido segundo as Ordenações do Reino. Apenas detinha poder de voto as pessoas consideradas sábias e de idoneidade moral, que morassem efetivamente nas vilas há pelo menos um ano.

Em 1828, referido prazo foi alargado para, no mínimo, dois anos de domicílio, mas se manteve o ânimo de permanência. Em uma análise mais apurada, percebe-se, até esse ponto, que o conceito de domicílio eleitoral assemelhava-se ao de domicílio civil.

Prosseguindo o panorama histórico, podemos asseverar que a expansão do conceito de domicílio eleitoral se iniciou com o Decreto nº 21.076/1932, que previa a possibilidade de escolha pelo cidadão de domicílio diferente de seu domicílio civil para o exercício do voto.

Atualmente, o art. 42, parágrafo único, do Código Eleitoral define o domicílio eleitoral como sendo o lugar de residência ou moradia do requerente que, curiosamente, não coincide com o conceito de domicílio civil.

A Justiça Eleitoral admite vários elos ou vínculos, seja familiar, social, afetivo, comunitário, patrimonial, negocial, econômico, profissional ou político com a localidade. Nesse contexto, ainda que os eleitores ou candidatos não morem efetivamente no local, eles poderão votar e se candidatar, desde que comprovem algum dos vínculos.

Situação deveras preocupante se amolda, uma vez que o elastério conferido nas decisões judiciais, em que pese tencionar a preservação da prerrogativa do eleitor de optar pelo local onde exercerá seu direito de sufrágio, pode ferir o princípio da legitimidade das eleições, através de fraudes nos alistamentos e na captação ilícita de votos.

Posto isso, o presente trabalho justifica-se ao demonstrar que a elasticidade adotada no conceito de domicílio eleitoral propicia transferências ilegais e o esvaziamento dos métodos das correções e revisões do eleitorado, adotados pela Justiça Eleitoral, haja vista a ausência de objetividade nos critérios definidores do domicílio eleitoral.

2 Domicílio eleitoral

2.1 Domicílio civil e domicílio eleitoral

De início, vale salientar que o conceito de domicílio civil não coincide com o de domicílio eleitoral, sendo este mais abrangente do que aquele. Essa diferença traz uma série de consequências aos eleitores e candidatos.

Segundo o jurista José Jairo Gomes:

No âmbito das relações civis, tive a oportunidade de acentuar entender-se por domicílio o lugar em que a pessoa natural estabelece sua residência com ânimo definitivo. Dois, portanto, são os requisitos: um objetivo – consistente na residência – e outro subjetivo – relativo ao *animus*, ou seja, o ânimo definitivo (GOMES, 2016, p. 158).

Vê-se, assim, que no Direito Civil, domicílio é o lugar em que a pessoa fixa residência com a intenção de permanecer, devendo estar comprovada a vontade de continuar definitivamente no lugar.

De modo oposto ocorre com o domicílio eleitoral, que possui um conceito menos rígido. Encontra-se estabelecido no Código Eleitoral, art. 42, parágrafo único, como sendo o lugar de residência ou moradia do requerente.

Nesse sentido, arguta a advertência de José Jairo Gomes, haja vista que “no campo eleitoral, é o domicílio que determina o lugar em que o cidadão deve alistar-se como eleitor e também é nele que poderá candidatar-se a cargo eletivo” (GOMES, 2016, p. 158).

Nota-se que não há a exigência do elemento psicológico, do *animus* de permanência definitiva, reputando-se domicílio na seara eleitoral o lugar de residência, habitação ou moradia.

O intuito do legislador foi beneficiar os eleitores e candidatos, permitindo uma maior maleabilidade na escolha do domicílio que não

seria possível, caso usasse o conceito mais rígido do Direito Civil.

Os doutrinadores asseveram que há no conceito de domicílio eleitoral a existência de um vínculo especial ou específico, que pode surgir por inúmeros motivos que não seja, exclusivamente, a vontade de morar.

Salienta Marcos Ramayana que:

O domicílio eleitoral é uma ficção jurídica e, na verdade, consagra uma expressão ímpar, adotada de forma específica no Código Eleitoral, e que tem a finalidade de organizar o eleitorado, conferindo certeza e segurança ao colégio eleitoral (RAMAYANA, 2006, p. 102).

Pode nascer a partir de um elo patrimonial, familiar, afetivo, social, comunitário, profissional, político etc., com a cidade, desprendendo-se da ideia de residência ou moradia na localidade, fixada pela lei.

Pondera José Jairo Gomes que “logo, o Direito Eleitoral considera domicílio da pessoa o lugar de residência, habitação ou moradia, ou seja, não é necessário haver *animus* de permanência definitiva, conforme visto” (GOMES, 2006, p. 98).

Destarte, pode ocorrer dos eleitores ou candidatos não morarem efetivamente no local, mas poderem se alistar, transferir o título ou se candidatar, desde que corroborem algum dos vínculos, sendo certo que a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral é iterativa??? nesse sentido.

Nesse diapasão, como a norma possibilita uma interpretação extensiva dos motivos subjetivos, os Tribunais têm ampliado cada vez mais, através dos julgados, os vínculos admitidos, como veremos a seguir.

2.2 Vínculos atualmente utilizados

Hodiernamente, a Justiça Eleitoral admite vários tipos de vínculos válidos para denotar-se o domicílio eleitoral.

Desse modo, não é necessária a vontade de concentrar a vida em determinado lugar para considerá-lo um domicílio eleitoral. Basta o requisito objetivo combinado com o vínculo especial, segundo posicionamento consolidado pelo Tribunal Superior Eleitoral:

O conceito de domicílio eleitoral não se confunde com o de domicílio do direito comum, regido pelo Direito Civil. Mais flexível e elástico, identifica-se com a residência e o lugar onde o interessado tem vínculos políticos e sociais. (AC-TSE nº 16.397/2000).

Torna-se possível, destarte, ter domicílio eleitoral em local diverso do qual efetivamente o eleitor reside como, por exemplo, onde se mantenha contrato de trabalho, onde exerça a advocacia, consultoria (profissional), onde seja proprietário de algum imóvel, de empresa ou de um túmulo (patrimonial, negocial ou econômico), onde se encontrem membros da família (familiar), onde se promovam projetos beneficentes (social ou comunitário), onde já tenha sido candidato ou participado de atividades políticas, etc.

Nesse diapasão, o TSE tornou mais flácido o conceito acima referido ao admitir, também, o vínculo afetivo em que o eleitor precisa apenas demonstrar que possui pela localidade algum vínculo de ordem afetiva.

Conforme explanado, o referido Tribunal tem flexibilizado o conceito de “residência” contido no art. 55 do Código Eleitoral, não exigindo prova do local onde a pessoa reside, mas tão somente dos vínculos a abonar a residência exigida, demonstrando, evidentemente, o pendor liberal da conceituação do instituto.

Nesse sentido, seguem os julgados:

RECURSO ELEITORAL. TRANSFERÊNCIA ELEITORAL. Requerimento indeferido. Ausência de comprovação de residência no município. Demonstração de

vínculo profissional com a localidade. O conceito de residência, atrelado ao de domicílio eleitoral, engloba outros vínculos com a localidade sem necessidade da morada exigida para o domicílio civil. Jurisprudência dominante do TSE. Precedentes. Recurso a que se dá provimento. (RE - RECURSO ELEITORAL n 771 - Juvenília/MG. ACÓRDÃO de 07/08/2017. Relator(a) PEDRO BERNARDES DE OLIVEIRA. Publicação: DJEMG - Diário de Justiça Eletrônico-TRE-MG, Data 31/08/2017).

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DOMICÍLIO ELEITORAL. CONCEITO ELÁSTICO. TRANSFERÊNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 55, § 1º, III, DO CÓDIGO ELEITORAL. NÃO PROVIMENTO. (AgR-AI - Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 7286 - Barra de Santana/PB. Acórdão de 05/02/2013. Relator(a) Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI. Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 050, Data 14/03/2013).

1. Na espécie, a declaração subscrita por delegado de polícia constitui requisito suficiente para comprovação da residência do agravado e autoriza a transferência de seu domicílio eleitoral, nos termos do art. 55, § 1º, III, do CE. 2. O TSE já decidiu que o conceito de domicílio no Direito Eleitoral é mais elástico do que no Direito Civil e satisfaz-se com a demonstração de vínculo político, social ou afetivo. No caso, o agravado demonstrou vínculo familiar com o Município de Barra de Santana/PB, pois seu filho reside naquele município. 3. O provimento do presente recurso especial não demanda o revolvimento de fatos e provas, mas apenas sua correta

reavaliação jurídica, visto que as premissas fáticas encontram-se delineadas no acórdão regional. Precedentes. 4. Agravo regimental não provido.

RECURSO ELEITORAL RE 3357 AM (TRE-AM)-: RECURSO ELEITORAL. TRANSFERÊNCIA. VÍNCULO POLÍTICO, PATRIMONIAL E AFETIVO COMPROVADOS. QUEBRA DA RIGIDEZ DO PERÍODO DE TRÊS MESES DE MORADIA. PROVIDIMENTO. 1. Restou comprovado os vínculos políticos, patrimoniais e afetivos do recorrente, porquanto o recorrente já exerceu o cargo de prefeito por, pelo menos, duas vezes, nos anos de 1996 e 2000, possui bens na municipalidade, bem como familiares (pai, mãe, filha e neto) residentes na cidade. 2. O requisito legal da residência mínima de 03 meses na localidade para a qual se pede a transferência do título de eleitor pode ser afastado em razão da existência de vínculo patrimonial, político ou de parentesco com pessoa residente no município. 3. Recurso provido. Publicado em 20/06/2012.

RECURSO - DEFERIMENTO DE PEDIDO DE TRANSFERÊNCIA DE DOMICÍLIO ELEITORAL - PRELIMINAR DE COISA JULGADA REJEITADA - IMPUGNAÇÃO DE PARTIDOS POLÍTICOS FUNDAMENTADA EM MERA SUSPEITA, SEM AMPARO EM QUALQUER ELEMENTO PROBATORIO - APRESENTAÇÃO DE PROVA DOCUMENTAL DE PROPRIEDADE DO IMÓVEL INDICADO NO RAE - CERTIDÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA ATESTANDO A MORADIA HABITUAL NO MUNICÍPIO - PRESSUPOSTO LEGAL DA RESIDÊNCIA DEVIDAMENTE COMPROVADO (CE, ART. 55, § 1º,

III) - DESPROVIMENTO. (TRE-SC, Ac. n. 26.683, de 24.07.2012, Juiz Eládio Torret Rocha). (ADM - MATERIA ADMINISTRATIVA nº 10046 - Piratuba/SC. Acórdão nº 28528 de 26/08/2013. Relator(a) LUIZ CÉZAR MEDEIROS. Publicação: DJE - Diário de JE, Tomo 165, Data 30/08/2013, Página 7). O deferimento da transferência da inscrição eleitoral requer a comprovação de que, há pelo menos três meses, o eleitor possui residência no município, assim entendida como a moradia habitual ou, ainda, a comprovada existência de antigos vínculos políticos, sociais, afetivos, econômicos ou comunitários com a localidade na qual deseja exercer seus direitos políticos (CE, art. 55, § 1º, III). A apresentação de declaração de residência firmada sob as penas da lei e, bem assim, corroborada por informações colhidas por oficial de justiça junto a vizinhos do endereço indicado no Requerimento de Alistamento Eleitoral (RAE) constitui prova segura para atestar a veracidade da declaração de existência de vínculo residencial com a localidade para a qual deseja transferir seu domicílio eleitoral.

Com efeito, Rodrigues e Silva (2003) tecem uma análise sobre o posicionamento consolidado pela jurisprudência:

Em nossa opinião, o objetivo do legislador jamais foi o de privilegiar a liberdade de escolha do domicílio político pelo cidadão, em consideração à sua vontade subjetiva. Muito pelo contrário, a lei visou eliminar este critério subjetivo, estabelecendo um outro, físico, atrelado à ideia de residência e moradia. E o fez com vistas a coibir os abusos gerados pela fraude no alistamento, que tal subjetividade provoca (RODRIGUES e SILVA, 2003, p. 746-747).

Deveras, nos termos do disposto no art. 65, da Resolução do TSE nº 21.538/2003, o domicílio eleitoral pode ser comprovado através de documentos, entres eles: contas de luz, água ou telefone, nota fiscal ou envelopes de correspondência.

Saliente-se que cabe ao Juiz Eleitoral definir o rol de documentos que serão aceitos para a constatação do domicílio eleitoral. Todavia, a Justiça Eleitoral não tem como fiscalizar e coibir todos os casos.

3 Abrangência do conceito de domicílio eleitoral

3.1 A transferência de domicílio e a possibilidade de “contrabando” de eleitores

Dispõe o art. 18, III, da Resolução TSE nº 21.538/2003 e o art. 55, §1º, III, do Código Eleitoral que a transferência do eleitor só será admitida se houver residência mínima de três meses no novo domicílio.

Analisando a letra da lei, chega-se a pensar que o eleitor terá que comprovar que reside, no mínimo, três meses no novo município para conseguir a sua transferência.

Sabe-se que os vínculos admitidos no conceito de domicílio eleitoral exigem a comprovação por meio de documentos que possam inferir essa ligação do cidadão com a localidade, conforme o citado no art. 65 da Resolução TSE nº 21.538/2003.

Por conseguinte, a legislação visa prestigiar o respeito à identidade social dos cidadãos que vivem em outra localidade, mas não querem perder o contato com as suas origens.

Porém, como bem salienta José Jairo Gomes, “de qualquer maneira, é preciso estar atento para que não aconteçam transferências eleitorais fraudulentas, pois elas podem alterar profundamente o resultado das eleições, falseando a representatividade popular” (GOMES, 2016, p. 170).

Entrementes, conforme exposto acima, o TSE vem exigindo apenas prova dos vínculos, independentemente do tempo de residên-

cia do cidadão. Nesse sentido, o julgado:

DOMICÍLIO ELEITORAL – TRANSFERÊNCIA – RESIDÊNCIA – ANTECEDÊNCIA – VÍNCULOS PATRIMONIAIS E EMPRESARIAIS. (RESPE-23721- Nova Iguaçu – RJ04/11/2004, Relator Humberto Gomes de Barros, DJ de 18/03/2005). Para o Código Eleitoral, domicílio é o lugar em que a pessoa mantém vínculos políticos, sociais e afetivos. A residência é a materialização desses atributos. Em tal circunstância, constatada a antiguidade desses vínculos, quebra-se a rigidez da exigência contida no art.55, III.

Consoante o doutrinador Edson Resende de Castro:

Percebe-se que o eleitor, ao mudar de endereço, ainda que para município diverso, não está obrigado a transferir para este a sua inscrição eleitoral. Ao contrário, pode conservar sua inscrição primitiva, porque tem direito ao que se denomina de domicílio eleitoral histórico/afetivo (CASTRO, 2006, p. 91-92).

Com a elasticidade conferida ao conceito de domicílio eleitoral, a nova burla consiste em transferir eleitores de cidades grandes para menores, onde o peso do voto pode ser decisivo.

Geralmente, as transferências fraudulentas são financiadas por pessoas com objetivos políticos nos municípios e que usam esses eleitores para serem eleitos, viciando o pleito eleitoral e a verdadeira Democracia.

Como exemplo, podemos citar o caso flagrado no interior de Minas Gerais, no ano de 2012. Em Uberlândia (eleitorado de 445.000 eleitores), 230 pessoas transferiram seu título eleitoral para Indianó-

polis (eleitorado de 5.000), onde bastam 95 votos para eleger um vereador e 230 para eleger prefeito e vice-prefeito. Segundo a denúncia, cada eleitor recebeu R\$ 50,00 para transferir o título e outros R\$ 50,00 seriam pagos após a eleição. A Justiça Eleitoral descobriu as fraudes e cancelou as transferências.

Vale ressaltar que o maior número de diligências sobre a comprovação de domicílio ocorre nas Zonas Eleitorais menores, donde as disputas eleitorais transcorrem em clima de emoção e exaltação de ânimos e um voto apenas pode decidir o pleito.

A Justiça Eleitoral, notadamente nas Zonas Eleitorais do interior, não dispõe de servidores para realizar as diligências necessárias no tocante à verificação dos vínculos existentes.

3.2 Reflexos do domicílio eleitoral na correição e revisão do eleitorado

Nos termos do art. 71, §4º, a correição do eleitorado é um procedimento por meio do qual é feito um levantamento, por amostragem, de um município, quando há denúncia fundamentada de fraude ao cadastro de eleitores. O pedido deve ser instruído com as certidões atualizadas do Cartório Eleitoral e do IBGE.

Tem legitimidade os representantes partidários, os agentes políticos, o Juiz Eleitoral, o Ministério Público Eleitoral, bem como qualquer cidadão que tenha conhecimento de irregularidade no cadastramento eleitoral, devendo esse levar ao conhecimento do Juiz que o reduzirá a termo para posterior encaminhamento à Corregedoria Regional Eleitoral.

O Juiz determinará uma conferência da efetiva residência do eleitorado de cada seção do município, segundo o seu prudente arbítrio, de acordo com o percentual de 1% a 5%, submetendo à verificação *in loco*.

Reza o art. 92, da Lei nº 9.504/97:

O Tribunal Superior Eleitoral, ao conduzir o processamento dos títulos eleitorais, determinará de ofício a revisão ou correção das Zonas Eleitorais sempre que:

- I- o total de transferências de eleitores ocorridas no ano em curso seja dez por cento superior ao do ano anterior;
- II- o eleitorado for superior ao dobro da população entre dez e quinze anos, somada à de idade superior a setenta anos do território daquele município;
- III- o eleitorado for superior a sessenta e cinco por cento da população projetada para aquele ano pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Vemos, assim, que a legislação vigente consubstancia que apenas um preceito legal, e não os três cumulativamente, seja o suficiente para instauração da correção ou revisão.

Denota-se, na prática, entre outros critérios, que para se determinar a correção leva-se em consideração o eleitorado em relação à população residente. A denúncia de fraude ao cadastro é fundamentada, na maioria das vezes, no fato do número de eleitores ser praticamente o mesmo ou superior ao número de habitantes, tendo como base dados do IBGE (inciso I, art. 92). Não obstante, para o alistamento e a transferência do título, a Justiça Eleitoral admite todo tipo de vínculo, inclusive de não residentes.

Da mesma forma, nos incisos I e II, em face da abrangência do conceito de domicílio eleitoral e os inúmeros vínculos admitidos, há um aumento significativo das transferências e do eleitorado em relação à população.

Considera-se como não sendo irregular ou fraudulenta a inscrição de eleitor que não mais reside no município, mas que, à época da inscrição ou transferência, possuía algum tipo de vínculo e que, ainda hoje, mantém com a localidade qualquer um dos vínculos admitidos pela jurisprudência.

De seu turno, disciplinada pelo art. 71, §4º, do Código Eleito-

ral e art. 92, I, II, III, da Lei nº 9.504/97, a revisão do eleitorado visa preservar a regularidade do cadastro eleitoral de uma zona eleitoral ou município, quando há discrepância entre o eleitorado e o seu contingente populacional, levando-se a crer que ocorreram fraudes no cadastro. É importante esclarecer que o comparecimento do eleitorado na revisão é obrigatório, sob pena de cancelamento do título eleitoral.

Nos Tribunais Regionais Eleitorais, a revisão é determinada quando, por meio da correição, foram constatadas irregularidades no eleitorado, em proporções comprometedoras, podendo o TSE determinar de ofício a correição ou revisão das zonas eleitorais, nos casos previstos no art. 92 da Lei nº 9.504/97.

Hoje, temos ainda a revisão do eleitorado com a coleta de dados biométricos, que visa à atualização dos dados cadastrais, com a implantação da identificação com inclusão da impressão digital, de fotografia e de assinatura digitalizada do eleitor.

Como na correição, também na revisão admite-se a comprovação de domicílio mediante um ou mais documentos dos quais se perceba ser o eleitor residente no município ou nele possuir vínculo familiar, profissional, patrimonial ou comunitário a abonar a residência exigida.

Em que pese o intuito do procedimento visar a depuração do cadastro e a descoberta de fraudes, o mecanismo se mostra vulnerável, na medida em que as decisões dos Juízes Eleitorais no sentido de se cancelar inscrições não confirmadas na revisão são facilmente reformadas pelo Tribunal, caso haja recurso, em função da jurisprudência consolidada, que admite o conceito elástico de domicílio eleitoral e a existência de vínculos.

Assim, em face dos precedentes, a ausência de moradia no local não determina a perda do domicílio político.

Nesse seguimento, seguem os julgados:

Recurso Eleitoral. Revisão do eleitorado. Coleta de dados biométricos. Cancelamento de inscrição eleitoral. Eleitor não residente no município. Alegação de vínculo afetivo/comunitário do eleitor com o município. Comprovado. Precedentes do TSE e do TRE. Recurso provido. (RE - RECURSO ELEITORAL n 4175 - Estrela Dalva/MG. ACÓRDÃO de 12/06/2012. Relator(a) LUCIANA DINIZ NEPOMUCENO. Publicação: DJEMG - Diário de Justiça Eletrônico-TRE-MG, Data 25/06/2012).

Recurso Eleitoral. Revisão do eleitorado. Cancelamento da inscrição eleitoral do recorrente. Provimento n. 8/2007 da Corregedoria Regional Eleitoral. Atendimento do recorrente na unidade básica de saúde do município. Realização de compras no município. Existência de vínculo de vivência com o lugar onde quer exercer a cidadania. Recurso a que se dá provimento. (RE - RECURSO ELEITORAL n 2102008 - Aracitaba/MG. ACÓRDÃO n 468 de 05/03/2008. Relator(a) SÍLVIO DE ANDRADE ABREU JÚNIOR. Relator(a) designado(a) JOSÉ TARCÍZIO DE ALMEIDA MELO. Publicação: DJMG - Diário do Judiciário-Minas Gerais, Data 05/04/2008, Página 93).

Em sendo assim, em virtude da flexibilidade conferida pela construção jurisprudencial ao conceito de domicílio eleitoral, que não se exige a residência ou moradia do eleitor na localidade, sempre haverá uma desproporção entre número de habitantes e eleitorado, sendo que este constantemente será superior à população, sem que se reste comprovado que houve fraude eleitoral ou irregularidades no alistamento.

4 Considerações conclusivas

O Código Eleitoral oferece uma definição clara de domicílio eleitoral, como sendo o lugar de residência ou moradia do requerente.

Noutra leva, a jurisprudência solidificou-se no sentido de se conferir elasticidade e flexibilidade ao conceito, admitindo-se vínculos com a localidade.

O sentido estabelecido em relação à abrangência dos vínculos no conceito de domicílio eleitoral é louvável, de certa forma, pois prestigia o respeito à identidade social dos cidadãos que vivem em outra localidade, mas não querem perder contato com as suas origens.

Para os Tribunais, a mudança ocorreu para facilitar a comprovação do domicílio pelo eleitor, além de permitir que o mesmo possa votar e ser votado onde dispõe de vínculos reais e não apenas no local de seu domicílio civil.

Por outro lado, a flexibilidade conferida ao conceito de domicílio eleitoral e o alargamento dos vínculos admitidos pela jurisprudência propicia o aumento de transferências ilegais, principalmente em municípios limítrofes, sendo que tal prática ocorre sem maiores dificuldades por parte do eleitor, sendo certo que tais transferências transcorrem, em grande parte, visando interesse de grupos políticos, com vistas à captação ilegal de votos.

Deveras, ao fazermos uma interpretação literal ou teleológica da legislação, não avistamos qualquer elemento que justifique tamanha liberalidade concedida à sua interpretação.

Esse método fere o princípio do Estado Democrático de Direito, uma vez que vicia o pleito e retira da população local, que realmente tem interesse no desenvolvimento do município, o direito de escolher livremente seus representantes.

Urge frisar que, a maioria dos eleitores que transfere o seu título fraudulentamente em troca de vantagens e promessas não reside no município, portanto, não possui compromisso com a escolha do candi-

dato, com o futuro da cidade e com uma provável administração descompromissada. Quem sofrerá com a falta de atendimento das necessidades mais urgentes será a população que realmente reside no local.

Como visto, desencadeia, também, o esvaziamento das correições e revisões dos eleitores, havendo desperdício de dinheiro público. Urge salientar que, na verdade, o fato do número de habitantes ser próximo ou superior ao número de eleitores não implica, necessariamente, a existência de fraudes, pois o IBGE considera habitantes aqueles que efetivamente estão residindo na localidade, contrariamente, a Justiça Eleitoral aceita outros tipos de vínculos.

O jurista Carlos Velloso, ex-ministro do STF e do TSE, afirmou em entrevistas que só a conferência de cadastros de eleitores pode evitar as fraudes.

Ocorre que a Justiça eleitoral não dispõe de servidores e condições adequadas para a fiscalização, muitos cartórios trabalham com um ou dois servidores, muitas vezes requisitados de órgãos públicos, não possuindo a logística necessária para deslocar-se até os endereços declarados pelos eleitores.

De seu turno, o Ministério Público também desenvolve uma fiscalização deficiente ou até nula.

Convém não olvidar que a fraude de transferências eleitorais com origem no conceito de domicílio eleitoral seja um problema sistematizado que não consegue ser superado pelos procedimentos de controle de transferência, de revisão e de correição do eleitorado pela Justiça Eleitoral, sendo facilmente ludibriável na prática.

Faz-se necessário restringir o conceito que se encontra por demais alargado, não podendo ser edificado através de uma conceituação extremamente permissiva como hoje tem ocorrido, ou mesmo baseando-se em critérios muito subjetivos.

Deve-se adotar um sistema coibente, vez que a realização de correições e revisões não inibe mais as fraudes, bem como a criação de um conceito de domicílio eleitoral mais adequado, sem essa elasticidade desmedida.

Por fim, torna-se primordial o ajuste do conceito de domicílio eleitoral pela doutrina ou jurisprudência, pois a flexibilização irrestrita importa na burla do espírito da lei, tornando-se um incentivo para os currais eleitorais. Quanto mais amplo o conceito mais difícil torna-se a reprimenda fiscalizatória, tornando-se vazias as correções, revisões e aplicação dos tipos penais.

REFERÊNCIAS

CASTRO, Edson de Resende. **Teoria e prática do direito eleitoral**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

GOMES, José Jairo. **Curso de direito civil**: introdução a parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

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

RAMAYANA, Marcos. **Direito eleitoral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2006.

RODRIGUES, Marcelo Guimarães; SILVA, Clarice Bourguignon Dias. Inteligência do conceito de domicílio eleitoral. **Revista dos Tribunais**, v. 92, n. 811, p. 739-50, 2003.

IGUALDADE DE CHANCES NO DEBATE ELEITORAL: GARANTIA À EFETIVA DEMOCRACIA E AO DIREITO DO ELEITOR À INFORMAÇÃO

Amilton Augusto Kufa¹

Karina Kufa²

RESUMO

A constante alteração na legislação eleitoral, em especial através de reformas pontuais, realizadas às vésperas das últimas eleições, tem trazido muitos questionamentos acerca da (in)constitucionalidade de tais mudanças, em razão das restrições cada vez maiores à propaganda eleitoral. É nesse cenário que nos propusemos a analisar a validade da previsão que instituiu limite mínimo de representação parlamentar por partido para que os candidatos tenham direito a participação nos debates eleitorais. Em síntese, buscar-se-á realizar uma abordagem constitucional ampla e jurisprudencial, dentro do que o Supremo Tribunal Federal vinha decidindo nos últimos anos acerca das restrições no âmbito do processo eleitoral, levando em consideração os princípios constitucionais relacionados à propaganda eleitoral, em especial, a plena liberdade e o direito do eleitor à informação.

¹ Advogado. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho e em Direito Público pelo Instituto Superior do Ministério Público do Rio de Janeiro. Professor coordenador da pós-graduação em Direito Eleitoral da Universidade Brasil.

² Advogada. Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e em Direito Eleitoral pela Escola Judiciária Eleitoral Paulista do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. Presidente do Instituto Paulista de Direito Eleitoral. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral. Professora coordenadora da especialização em direito eleitoral da Faculdade de Direito Público de São Paulo.

- PALAVRAS-CHAVE:**
1. Debates eleitorais
 2. Direito à informação
 3. Restrição legal
 4. Inconstitucionalidade

No final de 2015, mais especificamente em 29 de setembro, foi publicada a Lei Federal nº 13.165, que “estabeleceu regras para as eleições”, dando nova redação ao *caput* do artigo 46, da Lei Federal nº 9.504/97, Lei das Eleições, trazendo distorção à igualdade de chances e à liberdade de expressão da propaganda eleitoral dos candidatos ao pleito na participação de debates em Rádio e TV.

O referido dispositivo estabeleceu o seguinte:

Art. 46. Independentemente da veiculação de propaganda eleitoral gratuita no horário definido nesta Lei, é facultada a transmissão por emissora de rádio ou televisão de debates sobre as eleições majoritária ou proporcional, sendo assegurada a participação de candidatos dos partidos com representação **superior a nove Deputados, e facultada a dos demais**, observado o seguinte: (REDAÇÃO DADA PELA LEI nº 13.165, de 2015) (grifo nosso).

Pouco mais de um ano depois, em 6 de outubro de 2017, foi sancionada a Lei nº 13.488/2017, que alterou o número de parlamentares exigido para ter assegurada participação nos debates:

Art. 46. Independentemente da veiculação de propaganda eleitoral gratuita no horário definido nesta Lei, é facultada a transmissão por emissora de rádio ou televisão de debates sobre as eleições majoritária ou proporcional, assegurada a participação de candidatos dos

partidos com representação no Congresso Nacional, de, no mínimo, **cinco** parlamentares, e facultada a dos demais, observado o seguinte: [...] (grifo nosso).

Embora haja entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI nº 5.577/SP, proposta pelo PRTB – Partido Renovador Trabalhista Brasileiro, por nós representado, pela sua constitucionalidade, ousamos e insistimos em discordar uma vez que, com base no princípio da razoabilidade e da igualdade de chances, referido dispositivo, assim como o texto de 2015, é totalmente inconstitucional.

Visando a estabelecer a complexidade e desproporcionalidade da previsão normativa, ainda em vigor, importante destacar o texto da redação anterior:

Art 46. Independentemente da veiculação de propaganda eleitoral gratuita no horário definido nesta Lei, é facultada a transmissão, por emissora de rádio ou televisão, de debates sobre as eleições majoritária ou proporcional, sendo assegurada a participação de candidatos dos partidos **com representação na Câmara dos Deputados, e facultada a dos demais**, [...] (grifo nosso).

Veja que a Lei nº 13.165/2015 e posteriormente a Lei nº 13.488/2017, ao conferir nova redação ao *caput* do artigo 46 da Lei nº 9.504/97 alterou as regras de participação de candidatos nos debates eleitorais em emissoras de rádio e de televisão, nas eleições majoritárias e proporcionais, **restringindo direitos constitucionalmente adquiridos, até então, em especial dos eleitores**, que é o da **ampla publicidade da propaganda eleitoral**, dos candidatos e de seus projetos, além de trazer uma distinção maléfica e anti-isonômica, **privilegiando partidos maiores em detrimento dos menores**.

Como se vê, pela redação anterior a setembro de 2015, tinham

o direito de participar dos debates os candidatos de partidos que possuísem pelo menos 1 (um) representante na Câmara dos Deputados, o que, embora fizesse uma distinção entre esses e os partidos sem representantes, havia uma certa razoabilidade, diferente da limitação ao número mínimo de 5 (cinco) deputados, sem qualquer justificativa plausível para tal, restringindo direitos de vários partidos políticos que não alcançam tal percentual.

Ao analisar a constitucionalidade do artigo 46, da Lei nº 9.504/97 alterado pela Lei nº 13.165/2015, o qual, como visto acima, exigia a representação por 9 (nove) deputados para garantir a participação nos debates eleitorais, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade da regra constante do *caput* do artigo 46, da Lei nº 9.504/97, aplicando-se, no entanto, a técnica da interpretação conforme ao § 5º, do referido dispositivo, que estabelecia critérios para o convite aos debates eleitorais dos ditos candidatos “facultativos”, nos seguintes termos:

Decisão: O Tribunal, por maioria, deu parcial procedência ao pedido, conferindo interpretação conforme o § 5º do art. 46 da Lei nº 9.504/1997, com a redação dada pela Lei nº 13.165/2015, para se determinar que os candidatos aptos não possam deliberar pela exclusão dos debates de candidatos cuja participação seja facultativa, quando a emissora tenha optado por convidá-los, vencidos os Ministros Rosa Weber (Relatora), Ricardo Lewandowski, Teori Zavascki, que julgavam improcedente o pedido, e os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que o julgavam procedente. Redigirá o acórdão o Ministro Roberto Barroso. Ausentes, justificadamente, os Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente) e Roberto Barroso. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia (Vice-Presidente). Plenário, 25.08.2016.

Em que pese a posição final da Corte Máxima sobre o tema, há possibilidade de rediscussão do tema, uma vez que houve nova redação do referido artigo pela Lei nº 13.488/2017 e, não menos importante, através de nova alteração legislativa, buscando destacar a importância do debate para as eleições, em especial para que os eleitores possam conhecer os candidatos e suas propostas.

Nesse sentido, a lição de Alvim (2016, p. 354):

Os debates constituem um ingrediente importante nas campanhas eleitorais. Em primeiro lugar, permitem que os eleitores obtenham uma valiosa informação sobre os candidatos, não somente no que se refere a seu maior ou menor domínio dos temas, mas também sobre sua personalidade, aspecto que, em alguma medida, também se encontra presente na configuração do voto. Em segundo lugar, e como consequência do ponto anterior, a quantidade de informação obtida em um debate é muito maior do que a que se pode lograr em outras plataformas de campanha, como a propaganda na televisão ou na imprensa. Em terceiro lugar, o modelo de debate gera uma expectativa entre os eleitores que não se alcança com outras formas de comunicação eleitoral. Além disso, o debate constitui ferramenta dotada de grande aptidão para a construção de opiniões políticas, mormente em função de sua dinâmica: o confronto discursivo direto permite que eleitores avaliem o preparo de todos os concorrentes, sendo certo que esse atributo se destaca entre os elementos determinantes do voto.

De extrema importância esclarecer que, o fato dos debates terem um caráter esporádico, em comparação à propaganda eleitoral gratuita no Rádio e na TV não dilui sua importância no pleito e os seus impac-

tos, uma vez que gozam de maior visibilidade e penetração em relação aos mecanismos tradicionais de propaganda, nos quais os eleitores já não demonstram mais qualquer interesse, razão pela qual, **enquanto o Horário Eleitoral Gratuito sofre com baixos índices de audiência, um debate eleitoral alcança** níveis incríveis, como, por exemplo, os 68% registrados pela Rede Globo em São Paulo na campanha presidencial de 2014 (CASTRO, 2014, apud ALVIM, 2016).

Na mesma toada, defende Gomes (2015, p. 423), pois

O debate pode ser compreendido como um encontro face a face entre candidatos concorrentes (normalmente) a cargos do Poder Executivo, em que lhes são feitas perguntas e apresentados temas e problemas diversos para suas apreciações e respostas; sua finalidade primordial é auxiliar a escolha dos eleitores no dia das eleições. O evento é realizado em uma sala ampla, palco ou estúdio, e transmitido pela televisão, rádio ou Internet, **sendo objeto de grande interesse do público e larga cobertura da mídia** (grifo nosso).

Cumprе observar que **os debates eleitorais no rádio e na televisão são espécie do gênero propaganda eleitoral**, o que justifica estar expressamente previsto na Lei nº 9.504/97, no título “Da propaganda Eleitoral no Rádio e na Televisão”, caso em que, qualquer restrição lesa não somente os direitos dos candidatos, como dos eleitores, uma vez que a estes pertencem o direito à propaganda eleitoral, que é aquela que se realiza antes do certame eleitoral e objetiva, basicamente, a obtenção de votos, sendo instrumento útil e fundamental na formação de suas convicções.

É fundamentalmente por isso que **o debate eleitoral, enquanto espécie do gênero propaganda política, em um Estado Democrático de Direito, goza do princípio da liberdade – exigindo-se a livre circulação de ideias e o mais amplo debate.**

Assim, a importância do debate para as campanhas eleitorais encontra respaldo no acesso à informação a que tem direito essencial todo e qualquer cidadão/eleitor, instrumento indispensável à democracia.

Desse modo, a nosso ver, a previsão constante do *caput* do artigo 46, da Lei nº 9.504/97, trazida pelas subsequentes Reformas Eleitorais que veiculam a obrigatoriedade de participação em debates no rádio e na televisão apenas aos **“candidatos dos partidos com representação superior a cinco Deputados”**, viola frontalmente o inciso V e parágrafo único do artigo 1º; o artigo 5º, *caput*, da CRFB/88 (princípio da isonomia ou da igualdade de chances), os §§ 1º, 3º e *caput* do artigo 17 e o artigo 220, todos da Constituição Federal, além da proporcionalidade/razoabilidade e segurança jurídica (princípio da proteção da confiança), a merecer uma atenção especial da Comissão Especial da Reforma Política.

Veja que a propaganda política se fundamenta no princípio da liberdade de expressão do pensamento político, e, como tal, está constitucionalmente protegida. Segundo o mestre Jorge Miranda “essa liberdade igual ou igualdade livre é sustentáculo de um Estado constitucional democrático de direito, como o nosso, que é, ao mesmo tempo, de direito (‘com sujeição do poder a princípios e regras jurídicas’), e democrático (‘poder político legitimado pelo povo’)” (MIRANDA, 2007, p. 158, apud CANOTILHO, 2012, p. 226).

E, complementa o ilustre autor português:

Para que a democracia subsista a maioria não pode pôr em causa os direitos das minorias, além do que as decisões políticas das maiorias não podem transcender os limites respeitantes aos mais fundamentais dos direitos fundamentais. Assim, o princípio democrático não pode acarretar violação de direitos fundamentais, em nome da maioria, nem o ordenamento jurídico restringir ou impedir a participação política dos cidadãos (CANOTILHO, 2012, p. 226).

Nesse contexto, ressalvada a questão referente ao funcionamento parlamentar, até então o artigo 17, *caput*, da CRFB/1988, não traz qualquer distinção entre os partidos, não os classifica em partidos de 1ª ou 2ª classe, razão pela qual impedir a participação no debate eleitoral no rádio e na TV aos partidos ditos “pequenos”, **esbarra radicalmente no princípio da isonomia (ou da igualdade de chances)**, desequilibrando a sadia competição eleitoral, pois atribui, em última análise, diferenciação totalmente desproporcional e desarrazoada entre os partidos com maior e menor representação da Câmara dos Deputados.

Nessa toada, os ensinamentos do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau, *in verbis*:

Discorrendo sobre as maiorias e o despotismo da maioria, sobre o absurdo de uma maioria fixada meramente por via matemática e estatística, Carl Schmitt afirma a necessidade de pressupor-se, sempre, um princípio de justiça material, se não quisermos ver desmoronar de uma só feita todo o sistema da legalidade. Esse **princípio é o da igualdade de “chance” para alcançar aquela maioria, aberta a todas as opiniões, a todas as tendências e a todos os movimentos concebíveis. Sem esse princípio, a matemática das maiorias seria um jogo grotesco, um insolente escárnio. Quem obtivesse a primeira maioria a deteria para sempre – seu poder seria permanente.**³ (grifo nosso).

Sobre o mesmo tema, ainda no julgamento da ADI 1.351/DF, as lições do ex-Ministro Carlos Ayres Britto: **“Toda a Constituição é um estatuto das minorias para que se faça uma oposição aos eventuais governantes**, minorias tuteladas pela Constituição, para

³ STF. ADI 1351/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 07/12/2006.

que elas possam fazer um tipo de oposição ativa, independente, corajosa – e por que não dizer? – patriótica”⁴ (grifo nosso).

Desse modo, sem adentrar ao mérito das alterações propostas pela Reforma Política, a previsão constante dos artigos 5º e 17 da Constituição Federal são cláusulas pétreas e autoaplicáveis exigindo, assim, ao Estado e aos particulares, um direito de abstenção, justamente por ser considerada uma liberdade jurídica protegida constitucionalmente, suficiente a rechaçar a previsão trazida pela Lei nº 13.488 de 6 de outubro de 2017, uma vez que se trata de restrição a um direito fundamental, que é a propaganda eleitoral e a igualdade de condições e de participação de todos os candidatos ao pleito.

Essa é a mesma conclusão a que chegou a C. Suprema Corte no julgamento recente da ADI nº 5.105/DF, *in verbis*:

[...] *In casu*, é inobjetével que, com as restrições previstas na Lei nº 12.875/2013, **há uma tentativa obtusa de inviabilizar o funcionamento e o desenvolvimento das novas agremiações, sob o rótulo falacioso de fortalecer os partidos políticos. Uma coisa é criar mecanismos mais rigorosos de criação, fusão e incorporação dos partidos, o que, a meu juízo, encontra assento constitucional. Algo bastante distinto é, uma vez criadas as legendas, formular mecanismos normativos que dificultem seu funcionamento, o que não encontra guarida na Lei Maior, justamente por isso, torna-se legítima a atuação do Supremo Tribunal federal, no intuito de impedir a obstrução dos canais de participação política e, por via de consequência, fiscalizar os pressupostos ao adequado funcionamento da democracia.** 12. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para

⁴ STF. ADI 1351/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 07/12/2006.

declarar a inconstitucionalidade dos arts. 1º e 2º, da Lei nº 12.875/2013⁵ (grifo nosso).

Nesse diapasão, novamente os ensinamentos do Ministro Eros Grau, no julgamento da ADI nº 1.351/DF, fazendo uma comparação aos direitos constitucionais assegurados aos partidos políticos na defesa da ordem jurídica e democrática.

Os partidos políticos com representação no Congresso Nacional são titulares de legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança coletivo e ação direta de inconstitucionalidade (arts. 5º, LXX e 103, VIII). Todos os partidos políticos, todos eles, sem distinção de nenhuma ordem, desde que estejam representados no Congresso Nacional.

Essa lei afronta o princípio da igualdade de chances ou oportunidades, corolário do princípio da igualdade. Pois é evidente que **seria inútil assegurar-se a igualdade de condições na disputa eleitoral se não se assegurasse a igualdade material na propaganda eleitoral, na participação no debate eleitoral**⁶ (grifo nosso).

Desse modo, o debate eleitoral, enquanto exercício do direito à propaganda eleitoral fundado no princípio da liberdade de expressão, não pode ser de modo algum tolhido, salvo se, ele próprio for contrário a outros direitos fundamentais ou aos princípios insculpidos na Carta Magna brasileira, o que não ocorre no presente caso.

Nesse sentido, **o artigo 220, da Constituição da República do Brasil de 1988, que trata da liberdade nos meios de comunicação, traz expressamente a vedação a qualquer tipo de restri-**

⁵ STF. ADI 5105/DF. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 01/10/2015.

⁶ STF. ADI 1351/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 07/12/2006.

ção à manifestação do pensamento, à expressão e à informação, sendo vedada, portanto, toda e qualquer censura, onde se insere perfeitamente a propaganda eleitoral por meio das emissoras de rádio e televisão, incluído aí, portanto, o debate eleitoral.

Não bastasse isso, normas de regulamentação constitucional devem prever regras que fortaleçam as minorias, e não o contrário, sob pena de verdadeiro genocídio das minorias, já tão fragilizadas por outras regras restritivas, algumas por demais desarrazoadas, como por exemplo, a distribuição do fundo partidário.

Assim, veja que não há que se falar em um sopesamento ou regra de proporcionalidade no caso presente, uma vez que, quando a legislação eleitoral traz essa restrição a um direito constitucionalmente assegurado, limitando a liberdade de expressão e de participação democrática no debate eleitoral, que é uma liberdade fundamental e, como tal, autoaplicável, não enxergamos qualquer outro direito que se sobreponha a este e que possa prevalecer.

Em suma, **a restrição trazida pela expressão “superior a cinco Deputados”, constante do *caput* do artigo 46, da Lei nº 9.504/97, não visa garantir a prevalência de qualquer direito que esteja em conflito com a plena liberdade de expressão e do livre acesso do eleitor à propaganda eleitoral, tratando-se, sim, de uma restrição totalmente equivocada e sem qualquer critério de ponderação.**

Ademais, a referida regra foi imposta já para as eleições de 2016, o que levou a uma grave situação em que os beneficiários e os prejudicados já eram devidamente identificados e direcionados, caracterizando verdadeira norma de “exceção”, em flagrante ofensa ao princípio da impessoalidade e da segurança jurídica (proteção da confiança), pois, como presenciamos, a regra acabou prejudicando os partidos menores, retirando-lhes o direito de participação no debate eleitoral, sem qualquer critério numérico justificável.

Assim sendo, com todas as vênias, por uma questão de respeito aos seus próprios precedentes, **deveria a Colenda Suprema Corte modular os efeitos da decisão proferida nos autos da ADI nº 5.577/SP, já que considerou constitucional a referida norma, para que a previsão constante do *caput* do artigo 46, da Lei nº 9.504/97, só passasse a valer para as eleições de 2020. Dessa forma, a definição das bancadas seria algo abstrato e imprevisível, o que levaria todos os partidos, existentes até então, à igualdade de chances para buscar o número mínimo de deputados nas eleições de 2018, visando a salvaguardar a sua existência futura, garantindo, portanto, a impessoalidade e subjetividade da norma, em respeito, ainda, à irretroatividade de uma lei prejudicial e à segurança jurídica constitucional (proteção da confiança) que se espera em um Estado Democrático de Direito.**

Nesse contexto, em um Estado Democrático de Direito, em que o poder emana do povo, e dele ganha legitimidade para fixar as normas aplicáveis a todos, não se pode falar em liberdade sem igualdade – são inseparáveis fundamentações da própria Democracia – razão pela qual, **toda e qualquer norma que restrinja direitos fundamentais, em especial o da participação no debate, gerando desigualdade maléfica, é totalmente antidemocrática, levando prejuízo direto ao destinatário da propaganda eleitoral e detentor do poder, O ELEITOR.**

Aprofundando-se no tema que ora se discute acerca das alterações trazidas pela Reforma Política e sua tentativa de restrição ao funcionamento parlamentar dos partidos políticos, temos que o artigo 1º, no inciso V, da Constituição Federal consagra como um dos fundamentos da própria República: o pluralismo político. Já o parágrafo único do citado artigo estabelece que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, pelo que, **a igualdade entre os partidos políticos surge quando do registro definitivo perante o Colendo Tribunal Superior Eleitoral, colocando-os no mesmo patamar e condições perante**

a lei, assegurando-lhes o direito adquirido através de um ato jurídico perfeito, direito esse que não pode ser extirpado sem qualquer justificativa plausível.

Deve-se, assim, destacar o entendimento do Ministro Marco Aurélio, no julgamento conjunto das ADIs nº 1.351 e 1.354/DF:

Ainda sob o ângulo do pluripartidarismo, da representatividade dos diversos segmentos nacionais, é dado perceber a ênfase atribuída pela Carta Federal às minorias.

A Constituição Federal atribui ainda legitimidade aos partidos políticos para provocarem a jurisdição constitucional concentrada, sendo suficiente, contar, para tanto, com um único representante em qualquer das Casas do Congresso. Em última análise, as previsões constitucionais encerram a neutralidade da ditadura da maioria, afastando do cenário nacional óptica hegemônica e, portanto, totalitária. Concretizam, em termos de garantias, o pluralismo político tão inerente ao sistema proporcional, sendo com elas incompatível regramento estritamente legal a resultar em condições de exercício e gozo a partir da gradação dos votos obtidos.

A PREVISÃO QUANTO À COMPETÊNCIA DO LEGISLADOR ORDINÁRIO PARA TRATAR DA PROPAGANDA ELEITORAL HÁ DE SER TOMADA SEM ESVAZIAR-SE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, DESTACANDO-SE COM REAL IMPORTÂNCIA O REVELADOR DO PLURIPARTIDARISMO.

[...]

No Estado Democrático de Direito, a nenhuma maioria, organizada em torno de qualquer ideário

ou finalidade – por mais louvável que se mostre –, é dado tirar ou restringir os direitos e liberdades fundamentais dos grupos minoritários dentre os quais estão a liberdade de se expressar, de se organizar, de denunciar, de discordar e de se fazer representar nas decisões que influem nos destinos da sociedade como um todo, enfim, de participar plenamente da vida pública, inclusive fiscalizando os atos determinados pela maioria. Ao reverso, dos governos democráticos espera-se que resguardem as prerrogativas e a identidade própria daquele que, até numericamente em desvantagem, porventura requeiram mais da força do Estado como anteparo para que lhe esteja preservada a identidade cultural ou, no limite, para que continue existindo.

Aliás, a diversidade deve ser entendida não como ameaça, mas como fator de crescimento, como vantagem adicional para qualquer comunidade que tende a enriquecer-se com essas diferenças. **O desafio do Estado moderno, de organização das mais complexas, não é elidir as minorias, mas reconhecê-las e, assim o fazendo, viabilizar meios para assegurar-lhes os direitos constitucionais.** Para tanto, entre outros procedimentos, há de fomentar diuturnamente o aprendizado da tolerância como valor maior, **de modo a possibilitar a convivência harmônica entre desiguais. [...]** **Democracia que não legitima esse convívio não merece tal status, pois, na verdade, revela a face despótica da inflexibilidade, da intransigência, atributos que, normalmente afetos a regimes autoritários, acabam conduzindo à escravidão da minoria pela maioria**⁷ (grifo nosso).

⁷ STF. ADI 1351/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 07/12/2006.

A liberdade tanto é fundamento como é limite da Democracia. Assim, nas palavras de Carlos Neves Filho, “não nos resta dúvida de que a Democracia, numa liberdade igual ou igualdade livre, pede o debate de ideias e a convivência harmônica das diferenças, para que livres (e garantidos em sua integridade) possam os eleitores escolher qual das correntes irão aderir” (NEVES FILHO, 2012, p. 27, grifo nosso).

Em idêntico contexto, nas palavras do então Presidente do Colendo Tribunal Superior Eleitoral, Ministro Gilmar Mendes, no mesmo julgamento conjunto das ADIs nº 1.351 e 1.354/DF:

O princípio da igualdade entre os partidos políticos é fundamental para a adequada atuação dessas instituições no complexo processo democrático. Impõe-se, por isso, uma neutralidade do Estado em face das instituições partidárias, exigência essa que se revela tão importante quanto difícil de ser implementada. **A importância do princípio da igualdade está em que sem a sua observância não haverá possibilidade de estabelecer uma concorrência livre e equilibrada entre os partícipes da vida política, o que acabará por comprometer a essência do próprio processo democrático.**

[...]

Destarte, a adoção do princípio da igualdade de chances constitui condição indispensável ao exercício legal do poder, uma vez que a minoria somente há de renunciar ao direito de resistência se ficar assegurada a possibilidade de vir a se tornar maioria. Tais considerações estão a demonstrar que, não obstante eventuais percalços de ordem jurídica ou fática, **a “igualdade de chances”, concebida como princípio constitucional autônomo, constitui expressão jurídica da neutralidade do Estado em relação aos**

diversos concorrentes. O seu fundamento não se assenta única e exclusivamente no postulado geral da “igualdade de chances”. Ao revés, **A IGUALDADE DE CHANCES É CONSIDERADA COMO DERIVAÇÃO DIRETA DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS QUE CONSAGRAM O REGIME DEMOCRÁTICO E PLURIPARTIDÁRIO.**

Não tenho dúvida de que a “igualdade de chances” é princípio integrante da ordem constitucional brasileira. Considere-se, de imediato, que o postulado geral de igualdade tem ampla aplicação entre nós, não se afigurando possível limitar o seu alcance, em princípio, às pessoas naturais, ou restringir a sua utilização a determinadas situações ou atividades.

[...]

VÊ-SE, POIS, QUE O PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS PARTIDOS POLÍTICOS CONSTITUI ELEMENTAR EXIGÊNCIA DO MODELO DEMOCRÁTICO E PLURIPARTIDÁRIO.

[...]

Aludidas dificuldades não devem ensejar, à evidência, o estabelecimento de quaisquer discriminações entre os partidos estabelecidos e os *newcomers*, porquanto eventual distinção haveria de resultar, inevitavelmente, no próprio falseamento do processo de livre concorrência.

Não se afirma, outrossim, que ao legislador seria dado estabelecer distinções entre os concorrentes com base em critérios objetivos. Desde que tais distinções impliquem alteração das condições mínimas de concorrência, evidente se afigura sua incompatibilidade com a ordem constitucional calcada no postulado de isonomia.

[...]

Não parece subsistir dúvida, portanto, de que o princípio da isonomia tem aplicação à atividade político-partidária, fixando os limites e contornos do poder de regular a concorrência entre os partidos. Ademais, como já observado, faz-se mister notar que o princípio da igualdade de chances entre os partidos políticos parece encontrar fundamento, igualmente, nos preceitos constitucionais que instituem o regime democrático, representativo e pluripartidário (CF, artigos 1º, V e parágrafo único).

[...] não se afigura necessário despender maior esforço de argumentação para que se possa afirmar que a concorrência entre os partidos, inerente ao próprio modelo democrático e representativo, tem como pressuposto inarredável o princípio de “igualdade de chances”.

[...]

Assinale-se, porém, que, tal como observado, o princípio da “igualdade de chances” entre os partidos políticos abrange todo o processo de concorrência entre os partidos, não estando, por isso, adstrito a um segmento específico. É FUNDAMENTAL, PORTANTO, QUE A LEGISLAÇÃO QUE DISCIPLINA O SISTEMA ELEITORAL, A ATIVIDADE DOS PARTIDOS POLÍTICOS E DOS CANDIDATOS, O SEU FINANCIAMENTO, O ACESSO AOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO, O USO DE PROPAGANDA GOVERNAMENTAL, DENTRE OUTRAS, NÃO NEGLIGENCIE A IDEIA DE IGUALDADE DE CHANCES SOB PENA DE A CONCORRÊNCIA ENTRE AGREMIAÇÕES E CANDIDATOS SE TORNAR ALGO FICCIONAL, COM GRAVE

COMPROMETIMENTO DO PRÓPRIO PROCESSO DEMOCRÁTICO⁸ (grifo nosso).

Para Alvim (2016. p. 355), em específico no que diz respeito à restrição trazida pela alteração no *caput* do artigo 46, da Lei das Eleições e sua inconstitucionalidade:

Com a reforma, opera-se um brusco movimento de exclusão, passando-se a garantir somente a presença de siglas com representação superior a nove deputados. A participação dos demais é apenas facultada, tal como no modelo anterior. **Diante da importância, da finalidade, da penetração e, portanto, dos efeitos dos debates sobre a competição, entende-se que a regra que exclui a participação obrigatória de candidatos registrados por partidos com baixa representação na Câmara é inconstitucional. No contexto de eleições democráticas, resulta inconcebível que o ordenamento discrimine parte das forças políticas em disputa.** O quadro segregatório é confirmado pela prática, que demonstra a inefetividade da participação facultativa: nunca se convida o partido a que a lei não assegura participação obrigatória. Mais do que isso, **o ponto é que a competitividade, aliada ao direito à informação, determina que o confronto de ideias – razão de ser do instrumento em questão – seja amplo e absolutamente irrestrito. Não se descure que a contraposição de projetos e propostas é de inegável interesse coletivo; ultrapassa, portanto, o plexo de prerrogativas dos candidatos, para surgir como verdadeiro direito do**

⁸ STF. ADI 1351/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 07/12/2006.

próprio eleitor. TUDO PESADO, A REGRA VIOLA A CONSTITUIÇÃO EM DIVERSOS ASPECTOS: MENOSPREZA O PLURALISMO POLÍTICO, A IGUALDADE DE OPORTUNIDADES ENTRE OS CANDIDATOS E A PRERROGATIVA DE ACESSO À INFORMAÇÃO (grifo nosso).

Corroborando esse entendimento doutrinário, vale destacar que as emissoras estão obrigadas ao oferecimento de tratamento isonômico a todos os candidatos e partidos políticos, conforme o que determina o inciso IV, do artigo 45, da própria Lei nº 9.504/97. Do mesmo modo, não podem censurar ou restringir o direito de participação em debate eleitoral, em especial pelo que determina o artigo 220, da Constituição da República, bem como por se tratar de concessão pública, que deve respeito à legalidade estrita e a impessoalidade, o que jamais lhes permitiria privilegiar, sob qualquer contexto, candidaturas em detrimento de outras.

É evidente que o *caput* do artigo 46, da Lei nº 9.504/97 é incompatível com o artigo 5º e seu inciso XXXVI c/c o artigo 17, ambos da Constituição Federal de 1988, uma vez que este último consagra a liberdade para a criação dos partidos políticos, definindo, o primeiro, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, razão pela qual, quando o legislador infraconstitucional cria normas díspares para iguais perante a lei, ele fere frontalmente a Carta Magna, com o agravante de legislar em benefício próprio, em clara ofensa às minorias partidárias.

Posto isso, fica claro que o artigo 46, *caput*, da Lei das Eleições, com a alteração trazida pela reforma de 2017, quando traz a exigência de representação “superior a cinco Deputados”, está em total dissonância com o que determina a Constituição Federal, em especial, o princípio da isonomia, da proporcionalidade, o pluripartidarismo, o regime democrático, a soberania popular e a segurança jurídica (pro-

teção da confiança), a merecer assim uma especial atenção da Comissão Especial da Reforma Política, em nova discussão, com o fim de realizar uma adequação constitucional dessa norma para que se prestigie a igualdade de chances entre todos os partidos que possuam representantes na Câmara dos Deputados.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Frederico Franco. **Curso de direito eleitoral**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

CASTRO, Daniel. **Debate aumenta audiência da Globo em 68% na Grande São Paulo**. 2014. Disponível em: <<http://noticiasdatv.uol.com.br/noticia/audiencias/debate-aumenta-audiencia-da-globo-em-68-na-grande-sao-paulo-5046?cpid=txt>>. Acesso em: 14 ago. 2016.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MIRANDA, Jorge. **Formas e sistemas de governo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NEVES FILHO, Carlos. **Propaganda eleitoral e o princípio da liberdade da propaganda política**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUDICIALIZAÇÃO DA ELEIÇÃO: FENÔMENO DO AVANÇO OU DO RETROCESSO?

Leonardo Fernandes de Souza¹

Fernanda Vanessa Vassoler²

Bruno Smolarek Dias³

RESUMO

O presente trabalho visa a analisar a situação em que se encontra o Direito Eleitoral e o Direito Processual Eleitoral com o fenômeno da Judicialização Eleitoral. Com o avanço deste fenômeno (advindo de crises enfrentadas pelo Legislativo e Executivo) subsiste o perigo de que cada vez mais seja retirada a soberania popular do povo como fator de decisão da eleição e transferido para o Poder Judiciário, com a existência de recursos para toda e qualquer eleição. Sendo a harmonia entre os poderes a resposta para chegar-se ao devido equilíbrio.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Judicialização da eleição
2. Judicialização da política
3. Ativismo judicial

¹ Mestre em Direito pela Unipar – Universidade Paranaense, Analista do TRE-PR (Tribunal Regional Eleitoral do Paraná), especialista em Direito Civil e Processo Civil e especializando em Direito Eleitoral e Processo Eleitoral. E-mail: leonardofernandesdesouza@hotmail.com

² Especialista em Direito Previdenciário pela Unipar – Universidade Paranaense. Analista do TJ-PR (Tribunal de Justiça do Paraná), Assessora lotada em gabinete.

³ Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR. Professor do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense Unipar. E-mail: professorbruno@unipar.br.

1 Introdução

O presente artigo apresenta como objetivo geral a análise da judicialização da eleição como um fenômeno jurídico-social que vem se tornando uma realidade dominante a cada eleição.

É correta a afirmação de que o Brasil tem sua história entrecortada por períodos em que governos ditatoriais suprimiam direitos políticos da população. Por essa razão, a democracia brasileira ainda é muito recente, apesar de 30 (trinta anos) da Constituição Federal de 1988, convivendo com avanços e retrocessos.

Analisa-se então em que pontos o fenômeno da judicialização da eleição (que provém diretamente da judicialização da política) é um avanço ou retrocesso.

Em um primeiro momento, busca-se a diferenciação conceitual entre Judicialização e Ativismo Judicial, tema que divide muito a doutrina, chegando a serem tratados como complementares e até mesmo sinônimos.

Após, avança-se na judicialização da política trazendo os motivos desse fenômeno e suas consequências. Adentrando-se, por fim, na judicialização da eleição, trazendo seus aspectos positivos e negativos, primando por uma análise criteriosa.

A metodologia utilizada foi a dialética bibliográfica, pois se utiliza da comparação do Direito Processual Eleitoral e sua situação atual com o Código de Processo Civil 2015, buscando assim a adequação do primeiro ao segundo.

2 Comparação entre judicialização da política e o ativismo judicial

Antes de se adentrar na análise da judicialização nas questões eleitorais é preciso diferenciá-la do ativismo judicial, embora:

[...] em um primeiro olhar, pode-se pensar que o ativismo judicial e a judicialização são expressões sinônimas, uma vez que ambas versam sobre a atuação do Poder Judiciário que extrapola, de algum modo, sua competência (ARAGÃO, 2017, p. 67).

A judicialização da política e o ativismo judicial são reconhecidos como vertentes do “Protagonismo Judiciário”, pois “em ambos os fenômenos o protagonismo do Judiciário como ator político se faz presente, com maior transferência no espaço de atuação dos demais poderes” (NUNES JÚNIOR, 2016, p. 36).

Entende a doutrina majoritária que “a judicialização e o ativismo são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens” (BARROSO, 2010, p. 3).

O conceito de judicialização “[...] envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade” (NASCIMENTO e WEIERS, 2017, p. 304).

Sendo “a judicialização da política, conceito mais amplo e estrutural, cuida de macrocondições jurídicas, políticas e institucionais que propiciam a transferência de decisões do Executivo e do Legislativo para o Judiciário [...]” (NUNES JÚNIOR, 2016, p. 36). Enquanto que o ativismo judicial “[...] é uma atitude, é uma escolha de modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (BARROSO, 2010, p. 3).

É possível ver que os dois institutos são diversos ao se caracterizar a judicialização da política como o instituto em que

[...] um determinado magistrado ou tribunal invalida as ações (normas e atos normativos) de outros poderes de Estado, especialmente do Poder Legislativo (LUTZ e ULIANA JÚNIOR, 2016, p. 17).

Em contrapartida o ativismo ocorre quando

[...] o magistrado ou tribunal que procura suprir omissões (reais ou aparentes) dos demais poderes com suas decisões, como, por exemplo, no tocante à definição ou concretização de políticas públicas ou regulamentação das regras do jogo democrático (LUTZ e ULIANA JÚNIOR, 2016, p. 17).

A diferença entre esses dois conceitos se justifica porque “[...] a judicialização se revela como um fato, um fenômeno e o ativismo judicial, uma atitude decorrente daquele fenômeno” (CAMARGO, 2016, p. 143). Assim, em síntese,

O ativismo implica opções, escolhas por parte dos juízes quando da interpretação das regras constitucionais, ao passo que a judicialização decorre da adoção de determinado paradigma constitucional em vez de ação de vontade política individual (ARAGÃO, 2017, p. 68).

Neste artigo, a judicialização da política e o ativismo judicial são tratados como institutos diversos.

3 A judicialização da política

A doutrina traz que a judicialização não é um tema totalmente novo, pelo contrário, “[...] remonta aos séculos XVII e XVIII do início do Estado de direito, o qual equivale ao Estado constitucional originário das revoluções americanas e francesas e consolidado nas constituições” (ARAGÃO, 2017, p. 62).

Nesse período solidificaram-se os direitos políticos, e então

[...] houve sensível alteração da política em leis, ainda que esta pudesse ser compreendida como ato organizado e racional: derivou da soberania popular e integrou instituição representativa do poder político (ARAGÃO, 2017, p. 62).

Entretanto, o primeiro momento em que surgiu a expressão “judicialização da política” foi no ano 1992, através de um seminário jurídico realizado na Itália, no Centro de Estudos do Poder Judiciário de Bolonha, com a apresentação de vários estudos sobre o referido tema. Após isso, “a publicação desses estudos se deu sob a organização de Tobjörn Vallinder, em 1994, por meio do artigo intitulado ‘A judicialização da política: um fenômeno mundial’, que foi publicado na *Revista Internacional de Ciência Política*” (NUNES JÚNIOR, 2016, p. 21). O termo judicialização refere-se ao

[...] crescente encaminhamento dos problemas da vida, antes resolvidos por maneiras não oficiais de solução de controvérsias ou possíveis controvérsias (autotutela, dívida etc), ao Poder Judiciário [...] (GALLI, 2016, p. 67).

Assim “[...] a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade” (BARROSO, 2010, p. 3).

O fenômeno da judicialização da política é a resposta de um poder judiciário que por muito tempo foi apenas um “[...] aparato burocrático do Estado – um órgão para o poder político controlar – de fato, uma instituição sem poderes para deter a expansão do Estado e seus mecanismos reguladores” (SANTOS, 2011, p. 21).

No século XX até Segunda Guerra Mundial, a Escola de Exegese determinava que os juízes “[...] deveriam atuar apenas como ‘a

boca da lei’, porque forte era a crença de que a lei encerrava toda a racionalidade e que toda a discussão política em torno da lei deveria terminar nos debates legislativos” (BARBOSA, 2016, p. 115).

Nesses períodos de autoritarismo, o Poder Judiciário manteve-se longe da seara política “[...] e quando houve atuação nesse sentido, o Judiciário operou como um agente de legitimação dos atentados contra a Democracia [...]” (GALLI, 2016, p. 79). O Brasil, em especial, passou por vários períodos de exceção “[...] servindo como exemplos o governo Arthur Bernardes, todo ele sob estado de sítio, a ditadura do período Vargas (1930-1945) e a recente ditadura militar (1965-1989) [...]” (GALLI, 2016, p. 74).

A partir do final do ano de 1989 “[...] o sistema judicial adquiriu uma forte proeminência em muitos países, não só latino-americanos, mas também europeus, africanos e asiáticos” (SANTOS, 2011, p. 22). A partir desse período, “[...] o Judiciário adentra em searas de extrema discricionariedade, ante reservada à incursão do poder político” (AGRA, 2012, p. 29).

No Brasil a judicialização da política decorre:

[...] das consequências dos movimentos operários, que acarretaram a criação do direito do trabalho, como também o surgimento do Estado de bem-estar social; dos conflitos coletivos relacionados ao consumo, propriedade, produção e distribuição de bens e da positivação dos direitos fundamentais (LUTZ e FISCHER, 2016 p. 44).

A judicialização da política traz “[...] que a atuação do Judiciário passa a incidir em esferas que até então estavam livres do seu controle, como é o caso da esfera política” (AGRA, 2012, p. 29).

Nesse sentido, pode-se dizer que “a judicialização da política surge como um fenômeno moderno representado pela busca de solução judicial para problemas reais de certo déficit de democracia [...]” (MACEDO, 2014, p. 34).

A expressão da judicialização da política têm dois sentidos, o primeiro é o que se refere

“[...] quando os métodos, o discurso e outros elementos típicos da cultura judiciária migram para a esfera de debate público para o campo de decisão de outras instâncias estatais, ou para a arena de disputa político-partidária” e o segundo sentido “quando questões que eram (ou deveriam ser) deixadas para decisão de outros órgãos do Estado ou instituições políticas se transferem para a órbita de atuação judicial (ANDRADE NETO, 2016, p. 285).

A doutrina entende que esses dois processos de judicialização estão relacionados, mas é essa segunda acepção que é utilizada no presente artigo (ANDRADE NETO, 2016, p. 285).

A judicialização tem como uma de suas características a efetivação do rol dos direitos fundamentais, que teve no Brasil um crescimento significativo com a Constituição de 1988, sendo a via judicial utilizada para a garantia e a aplicação desses direitos, pois, muitas vezes, o fato de esses direitos constarem na Constituição Federal não era o suficiente para que eles fossem aplicados (GOMES, 2015, p. 103).

Assim, o Judiciário, quando necessário, para a defesa dos direitos fundamentais, listados explícita e implicitamente na Constituição Federal de 1988 (BREGA FILHO, 2002, p. 39), “[...] assume-se como poder político, colocando-se em confronto com os outros poderes de Estado” (SANTOS, 2011, p. 22). Esse posicionamento doutrinário favorável à judicialização política defende que “[...] nada adiantaria caso o cidadão dispusesse de direitos, mas não houvesse um meio eficaz de concretizá-los e guardá-los” (LEAL e ALVES, 2015, p. 65).

3.1 Crítica à judicialização da política

Quanto à afirmação de que a judicialização da eleição serve como hipostasiação dos direitos fundamentais, pode se afirmar que muitas vezes “essa expansão excede ao objetivo de concretização dos direitos humanos, incidindo em searas outras, inclusive estiolando preceitos normativos de proteção a cidadania” (AGRA, 2012, p. 29).

Uma das críticas voltadas à judicialização da política é a de que fere a tripartição dos poderes, norma pétrea da Constituição Federal de 1988 (GALLI, 2016, p. 169), entretanto, parte da doutrina defende que, na verdade “[...] embora haja um Estado formado por três poderes distintos, estes devem agir em prol da garantia dos direitos constitucionais fundamentais previstos na Carta Magna” (MACEDO, 2014, p. 40).

É correto que a separação dos poderes não seja absoluta, “[...] a terminologia ‘separação’ pode ser enganosa, tendo em conta que os poderes são, sim, independentes, mas contribuem mutuamente para o exercício das mesmas competências” (SALGADO e NATIVIDADE, 2016, p. 213), devendo os poderes serem harmônicos entre si, o que “significa ainda não interferir na competência dos outros, possibilitando que cada um exerça suas funções com independência e, sobretudo, com excelência” (ARAGÃO, 2017, p. 31).

Deve-se ressaltar que a tripartição dos poderes é uma forma de garantia do Estado de Direito, pois

[...] uma forma de se proteger de qualquer abuso era a independência dos órgãos, especialmente do responsável pela elaboração do arcabouço legal, fato que afastava, em princípio, a preponderância da vontade de uma só pessoa (ARAGÃO, 2017, p. 32).

O sistema de freios e contrapesos (da teoria norte-americana *cheks and balances*)

[...] assentou no direito brasileiro a necessidade de implementação de controles recíprocos entre os poderes do estado, com fins de se evitar um indesejável quadro de abuso do poder provocado pela invasão desmesurada de um poder na esfera de competência de outro poder (AIETA, 2017, p. 43).

A harmonização dos Poderes como constante da Constituição não ocorre na prática, a judicialização da política conforme é aplicada pelo Poder Judiciário no Brasil faz com que a esfera pública seja visualizada

[...] como um setor débil e suscetível a manipulações por parte dos indivíduos ardilosos e dissimulados (os políticos), cabendo ao Judiciário a tarefa de conduzir uma sociedade hipossuficiente ao lugar por ele determinado como ideal (GALLI, 2016, p. 170).

Sendo que a judicialização da política

[...] pode implicar a transferência do poder decisório do Legislativo para as instâncias judiciais, resultando na perda da sua função de legislar e da capacidade de se autogovernar (NUNES JÚNIOR, 2016, p. 37).

Destacam-se entre os casos de judicialização da política:

O julgamento da questão da fidelidade partidária, a autorização para pesquisas, envolvendo células tronco-embrionária, o (não) uso de algemas, o direito de greve dos servidores públicos, o fim do nepotismo nos Poderes do Estado, a descriminalização do aborto em

caso de fetos anencefálicos, a demarcação da reserva Raposa Serra do Sol em Roraima, a possibilidade da união estável homoafetiva, as cotas raciais em universidades públicas, a aposentadoria especial dos servidores públicos, dentre outras decisões de relevante impacto, tanto na seara social, quanto política (LEAL e ALVES, 2015, p. 63).

As questões de judicialização da política referentes a direito eleitoral se destacaram nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos:

[...] a verticalização das coligações (2002), a fixação do número de vereadores (2004), a cláusula de barreira (2006), a distribuição do fundo partidário (2007), a prestação de contas eleitorais (2008), a vigência da Lei da Ficha Limpa (2010) (NUNES JÚNIOR, 2016, p. 16).

Nesses casos citados não houve a devida análise pelo Poder Legislativo (que representa o povo) e nem o amadurecimento da questão no seio da sociedade, sendo que a simples determinação do Poder Judiciário modificando a lei não tem o condão de gerar aceitação imediata e nem aplicação pela sociedade.

Existe um agravante quanto às normas eleitorais, que por estabelecerem as chamadas regras do jogo, “[...] não podem ser elaboradas em gabinetes ou salas de sessões. Sua fundamentação pública e sua construção democrática são essenciais para a legitimidade de suas imposições e restrições” (SALGADO, 2010, p. 231).

Tornou-se situação corriqueira no Brasil, nos casos de matéria eleitoral de difícil solução, o Poder Judiciário Eleitoral aplicar de forma excessiva a judicialização da política:

[...] os juízes e tribunais eleitorais, particularmente o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), e mesmo o Supremo Tribunal Federal (STF), este no exercício da jurisdição constitucional-eleitoral, são acusados de indevidamente judicializar a política (ANDRADE NETO, 2016, p. 277).

A referida situação deixa transparecer que nos temas sobre eleição e direitos políticos:

A extensão das decisões judiciais, invadindo searas antes restritas à incidência de decisões políticas, provocava uma elipse no principal ator do regime democrático que é o povo – já tantas vezes marginalizado ao longo de nossa história republicana (AGRA, 2012, p. 30).

Parte da doutrina entende que a “[...] imparcialidade e independência, fornecem ao juiz melhores condições para interpretar as exigências constitucionais e resguardar os direitos fundamentais contra eventuais políticas utilitaristas” (MORO, 2003, p. 88).

Entretanto é importante o fato de que “[...] não há garantia alguma de que a interpretação dada pelo Poder Judiciário seja melhor para a efetivação dos direitos fundamentais do que a interpretação levada a cabo pelos outros Poderes” (GODOY, 2017, p. 95). Nesse mesmo sentido, “[...] não há como medir se a transferência de determinadas decisões políticas para o Judiciário representa maior promoção da cidadania e da democracia” (CAMBI, 2016, p. 318)

Espera-se das proposições no âmbito do Poder Legislativo (pela própria natureza de representação desse Poder) nas questões político-eleitorais que estas sejam amplamente discutidas e com transparência, visto que

[...] as intervenções do TSE e do STF na área político-eleitoral não resultam de um amplo debate com a sociedade, com a exposição prévia das alternativas cogitadas às críticas dos segmentos sociais interessados (NUNES JÚNIOR, 2016, p. 129).

Na Constituição Federal de 1988 existe previsão para o controle do Poder Executivo e Legislativo pelo Poder Judiciário, não havendo, no entanto, previsão para intervenção (GALLI, 2016, p. 169) por isso é necessário “[...] evitar que a sociedade dirija ao direito demandas as quais ele não seja capaz de atender, não porque seja falha ou insuficiente, mas simplesmente porque não é esta sua função social no mundo contemporâneo” (RODRIGUEZ, 2013, p. 203).

A crítica não se faz no intuito de impedir o controle exercido pelo Poder Judiciário, que tem base constitucional, mas sim na amplitude que ela toma, evitando assim o abuso de poder jurisdicional (ANDRADE NETO, 2016, p. 304). A judicialização é positiva quando visa à concretização dos direitos humanos (AGRA, 2012, p. 30-31), mas não pode a judicialização ser usada como forma para que o Poder Judiciário sobreponha-se a outros poderes, sobre pena de ferir a tripartição dos poderes e a própria democracia.

4 A judicialização da eleição

No Brasil, com a abertura democrática depois do fim da ditadura na década de 80, houve um crescimento no número de ações na Justiça Eleitoral, em um primeiro momento “o referido fenômeno não pode ser analisado como um aspecto negativo e nem como algo ocasional, mas sim como efeitos decorrentes de um acesso maior ao Judiciário” (PAULA e SOUZA, 2016, p. 145).

Com a judicialização um “[...] grande número de questões que envolvem as mais diferentes relações (sejam de natureza trabalhista,

civil, penal, ambiental, científica, moral, religiosa e política) direcionaram-se à análise e decisão pelo Judiciário” (LEAL e ALVES, 2015, p. 62). Dessa forma,

[...] diversas questões que antes eram solucionadas por outros meios, como as relacionadas à esfera privada das famílias (adoção, pensão alimentícia, separação de casais, entre muitas outras) passaram a ser resolvidas através do Poder Judiciário (LIMA, 2011, p. 25).

Assim, as questões envolvendo os direitos políticos também passaram a ter mais espaço no judiciário. Esse fenômeno recebe o nome judicialização da eleição, também denominado como judicialização do processo eleitoral (AIETA, 2017, p. 12).

O aumento da judicialização do processo eleitoral é um fenômeno incontestável e com diversas causas:

Em vista da crescente importância do Estado na vida do cidadão – reflexo de uma política orientada ideologicamente pela social democracia –, da correlação legal do pleito eleitoral a fim de reafirmar a legitimidade da aquisição do poder pela via democrática e dos crescentes casos de corrupção, houve conseqüentemente um crescente aumento da judicialização do processo eleitoral (PAULA, 2013, p. 67).

Algumas posições doutrinárias defendem que a simples judicialização não denota nenhum preceito negativo: “o aumento do volume de provocações à Justiça Eleitoral, portanto, não parece revelar qualquer deformidade do sistema e nem tampou confere a ela, por si, qualquer protagonismo” (OLIVEIRA, 2016, p. 326).

Um dos efeitos da judicialização exacerbada é que “[...] tende a multiplicar as ações judiciais, assoberbando o judiciário, prejudicando a celeridade processual e até ameaçando levar à paralisia o referido Poder” (RODRIGUES e ALBUQUERQUE, 2015, p. 40).

Na prática “a opção tem sido sempre a de, quando se chega a alguma questão polêmica em matéria eleitoral, transferir a decisão à Justiça Eleitoral” (GUERZONI FILHO, 2004, p. 43), sendo importante a ressalva que são diversos os casos complexos que tramitaram e tramitam na Justiça Eleitoral.

A judicialização da eleição como um fator negativo é facilmente demonstrado:

No Brasil, o resultado das eleições tem ficado cada vez mais para que a Justiça Eleitoral diga a última palavra. São inúmeros mandatos e diplomas cassados e centenas de milhares de votos anulados, em decorrência de práticas que envolvem abusos de poder econômico, político e outros igualmente graves, praticados pelos mais variados meios, como a compra de votos por meio de entrega de dinheiro ou outras vantagens, distribuição de outros benefícios que, entrelaçados, como o poder econômico, conspurcam a vontade do eleitoral e deslegitimam o processo de escolha (COELHO, 2015, p. 65-66).

Ocorre que a judicialização das questões eleitorais deixa transparecer outra característica da atual situação da Justiça Eleitoral, que é “[...] a ausência de uniformidade nas decisões, ocasionando julgamentos que mais parecem um lance de sorte do que uma atividade estatal racionalizada e uniforme” (GALLI, 2016, p. 122).

Assim, no Brasil, “os candidatos, partidos e coligações acabam tomando a Justiça Eleitoral como arena para a realização do segundo ou terceiro momento da disputa política, fenômeno que já

vem sendo apelidado pelos estudiosos de ‘terceiro turno’ eleitoral” (COELHO, 2015, p. 27).

O que leva parte da doutrina à conclusão de que “[...] o excessivo número de ações eleitorais que proliferam em todas as circunscrições eleitorais parece indicar estarem essas sendo utilizadas mais com um viés político do que jurídico” (COELHO, 2015, p. 109).

E esse aumento do número de ações eleitorais gera uma demora e “[...] muitas vezes a demanda não tem solução em tempo razoável, ficando até mesmo, em alguns casos, prejudicada por conta da conclusão do mandato daquele que fora acusado de tê-lo conquistado com abuso” (FARIA, 2012, p. 130).

O princípio da celeridade no direito eleitoral é um dos mais relevantes e importantes, pois

[...] como o processo eleitoral é delineado por fases preestabelecidas e sucessivas (v.g., convenção, registro, propaganda etc.), com dia certo para início e término, os processos que correm perante a Justiça Eleitoral devem primar por um andamento célere (ZAULI, 2011, p. 33).

Por muitas vezes as questões eleitorais perduram até o fim do período de investidura do mandatário que é o objeto da presente demanda, situação em que não permite uma segurança jurídica para o exercício do mandato eleitoral (OLIVEIRA, 2010, p. 114-115).

A letargia no andamento processual das questões eleitorais faz com que “[...] as decisões tardias da Corte podem dar ensejo a outra situação igualmente ou talvez gravosa, posto que, mais uma vez, afastam, em certa medida, a vinculação entre o eleitor e o representante” (COELHO, 2015, p. 146).

A demora em uma decisão judicial eleitoral gera inúmeras consequências negativas, e

[...] para os candidatos, requerentes e requeridos em demandas judiciais eleitorais, resta a angustiante espera pela definição da Justiça Eleitoral a respeito da validade ou não de seus registros de candidatura ou dos votos e mandatos que conquistaram nas urnas (FARIA, 2012, p. 130).

Deve-se estar atento para que a Justiça Eleitoral não coloque “a vontade popular sob a tutela judicial, como se o colégio eleitoral fosse composto por um conjunto de infantes que necessitam de intervenção ‘paternal judiciária’” (ESPÍNDOLA, 2012, p. 462), pois “[...] o fim último do processo eleitoral e objeto principal de suas decisões é, em verdade, a soberania popular” (SALGADO et al., 2016, p. 344).

É certo que diante da judicialização das questões referentes à eleição, a Justiça Eleitoral,

[...] após o resultado das urnas, não pode se arvorar como o 3º turno dos pleitos, substituindo a preferência do eleitorado, titular que é da soberania, por escolhas pessoais, sem que se constatem violações contundentes e incontestes ao ordenamento eleitoral (FUX e FRAZÃO, 2016, p. 116).

Pode-se perceber a tentativa da legislação de combater essa prática, através da última reforma eleitoral de 2015, que passou a evitar a cassação enquanto perdura-se recurso, com a:

[...] outorga do efeito suspensivo a recursos ordinários interpostos contra as decisões de procedência (art. 257,§2º, do CE, com a redação que lhe deu a Lei nº 13.165, de 2015), buscando reduzir a abusiva prática de idas e vindas de titulares de mandatos eletivos [...] (COSTA, 2016, p. 306).

A sensação de que o resultado da eleição é de responsabilidade do Poder Judiciário, por sempre haver recurso sobre toda e qualquer eleição, coloca em segundo plano o povo que deveria sim ser o verdadeiro protagonista.

5 Conclusão

As críticas apresentadas por questões controversas advindas da judicialização da eleição não têm a função de depreciar ou menosprezar o Direito eleitoral e o Direito processual eleitoral, pelo contrário, ao evidenciar possíveis mazelas quer-se colaborar na busca por soluções, trazendo uma maior cientificidade para o estudo dessa matéria.

Trazendo o presente trabalho a judicialização da eleição como um fenômeno que decorre da própria democracia, restaurada em 1988 com a Constituição Federal. No entanto, a judicialização da eleição não pode ser vista como a panaceia de problemas que transcendem a esfera jurídica, como a violência, a corrupção, a desonestidade etc.

Devendo ter limites para que não tenhamos a soberania popular sendo destituída pelo poder do Poder Judiciário, sendo este elevado acima dos outros poderes, ferindo assim um dos alicerces da República Federativa do Brasil que é a harmonia entre os poderes.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Temas polêmicos do direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

AIETA, Vânia Siciliano. **Criminalização da política: a falácia da “judicialização da política” como instrumento político**. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2017.

ANDRADE NETO, João. Controle e judicialização das eleições: a legitimidade de juízes e tribunais eleitorais para decidirem “questões políticas”. In: MORAES, Filomeno; SALGADA, Eneida Desiree; AIETA, Vânia Siciliano. **Justiça eleitoral, controle das eleições e soberania popular**. Curitiba: Íthala, 2016.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Judicialização da política no Brasil**: influências sobre atos internos *corporis* do Congresso Nacional. Brasília: Câmara dos Deputados, 2017. (Série temas de interesse do legislativo, 24).

BARBOSA, Edmilson. **Perspectiva de moralização em questões político-eleitorais**: a partir do ativismo do STF. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2016.

BARROSO, Luiz Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. 2010. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2017.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CAMARGO, Gerson Ziebarth. Ativismo judicial e sua justificação: a democracia que o afaga é a mesma que o apedreja. Por quê? In: BASSO, Ana Paula; SARLO, Oscar. (Org.). **Teorias do direito e realismo jurídico**. Florianópolis: Conpedi, 2016. p. 138-158. (V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI Montevideu, Uruguai, 2016, v. 1). Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/33g9z461>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** São Paulo: Almedina, 2016.

COELHO, Margarete de Castro. **A democracia na encruzilhada: reflexões acerca da legitimidade democrática da justiça eleitoral brasileira para a cassação de mandatos eletivos.** Belo Horizonte: Fórum, 2015.

COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral.** 10. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Abuso do poder regulamentar do TSE: contas eleitorais rejeitadas e quitação eleitoral – as eleições de 2012 (reflexos do “moralismo eleitoral”). In: ROLLENBERG, Gabriela; DIAS, Joelson; KUFA, Karina. **Aspectos polêmicos e atuais no direito eleitoral.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 75-88.

FARIA, Fernando de Castro. **A perda de mandato eletivo: decisão judicial e soberania popular.** Florianópolis: Conceito, 2012.

FUX, Luiz.; FRAZÃO, Carlos Eduardo. **Novos paradigmas do direito eleitoral.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GALLI, Joel Eliseu. **Judicialização democrática: os novos atores da cena político-eleitoral republicana.** Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais.** Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GOMES, Emilio Thiago de Carvalho. **A atuação do Supremo Tribunal Federal e a judicialização**: entre eficiência e revisão da resposta. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GUERZONI FILHO, Gilberto. A justiça eleitoral no Brasil: a desconfiança como elemento fundamental de nosso sistema eleitoral. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 41, n. 161, p. 39-46, jan./mar. 2004.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. **Judicialização e ativismo judicial**: o Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais poderes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LIMA, Sídia Maria Porto. **O ativismo judicial eleitoral e a justiça eleitoral**: um estudo da atividade legislativa do Tribunal Superior Eleitoral. Recife. 2011. 198 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) Universidade Federal do Pernambuco. Recife, 2011.

LUTZ, Maria Scherer; FISCHER, Octavio Campos. Jurisdição constitucional do STF: judicialização da política e o papel contramajoritário. In: SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coelho de; CORDIOLLI, Marcos; FREITAS, Héliomar Jerry Dutra de. **Cultura & inclusão**. Curitiba: Instituto Memória, 2016. p. 41-52.

_____.; ULIANA JÚNIOR, Laércio Cruz. A judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. In: GOLDENSTEIN, Alberto Israel Barbosa de; ULIANA JÚNIOR, Laércio Cruz; FLORES, Pedro Henrique Brunken. **Direitos fundamentais & democracia**: estudos em homenagem aos 10 anos do mestrado em Direito do Unibrasil. Curitiba: Instituto Memória, 2016.

MACEDO, Rodrigo Niesprodzinski Riquelme. **A constitucionalidade da judicialização das políticas públicas**. 2014. 92 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual e Cidadania) - Universidade Paranaense – Unipar, Umuarama, 2014.

MORO, Sérgio Fernando. **Legislação suspeita?** Afastamento da presunção de constitucionalidade da lei. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

NASCIMENTO, Aline Trindade do; WEIERS, Karine Schultz. Considerações sobre o ativismo judicial no Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí, v. 12, n. 1, 1. quadr. de 2017. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 14 jan. 2017.

NUNES JÚNIOR, Armandino Teixeira. **A judicialização da política no Brasil**: estudo de casos de comissões parlamentares de inquérito e fidelidade partidária. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. (Série temas de interesse do legislativo, n. 30).

OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. **Controle das eleições**: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. Entre minimalismo e desafios. In: MORAES, Filomeno; SALGADA, Eneida Desiree; AIETA, Vânia Siciliano. **Justiça eleitoral, controle das eleições e soberania popular**. Curitiba: Íthala, 2016.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Sociologia do processo civil**: as novas lides e o processo civil. Curitiba: JM Editora, 2013.

_____. SOUZA, Leonardo Fernandes de. A questão da (i)legitimidade da soberania popular na jurisprudência eleitoral. **Populos: Revista Jurídica da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia**, Salvador, n. 2, p. 49-62, nov. 2016.

RODRIGUES, Rui Martinho; ALBUQUERQUE, Cândido Bittencourt de. A república entre a igualdade e a especificidade. In: RODRIGUES, Rui Martinho et al. **A (i)legitimidade das políticas públicas**: a república entre a igualdade e a especificidade. São Paulo: Malheiros, 2015.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SALGADO, Eneida Desiree; NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de. O princípio da separação de poderes e a crise da representação política: a dinâmica legislativa no município de Curitiba. **Ballot**. Rio de Janeiro: UERJ. v. 2, n. 1, pp. 207-225, jan./abr. 2016. Disponível em: < www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/ballot/article/download/25577/18260>. Acesso em: 23 jul. 2017.

_____. **Princípios constitucionais eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____.; VALIATI, Thiago Priess; BERNADERLLI, Paula. O livre convencimento do juiz eleitoral *versus* a fundamentação analítica exigida pelo novo Código de Processo Civil. In: TAVARAES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). **O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 335-358.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

ZAULI, Eduardo Meira. Justiça eleitoral e judicialização das eleições no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 102, p. 255-289, 2011.

O AGIGANTAMENTO REGULATÓRIO DA PROPAGANDA POLÍTICO-ELEITORAL E A MANUTENÇÃO DO *STATUS QUO* DA POLÍTICA NACIONAL

*Francisco Eimar Carlos dos Santos Júnior*¹

RESUMO

Com o passar dos anos, sob o pretexto de reduzir os gastos de campanha e de proporcionar isonomia entre os candidatos, a legislação pátria vem transformando a propaganda eleitoral em exceção. O manejo da lei para restringir, com tamanha intensidade, a propaganda eleitoral acaba por malferir a liberdade de expressão e a própria isonomia entre os atores político-eleitorais, de sorte que, com tempo e meios reduzidos, as novas potenciais lideranças políticas não conseguem apresentar, com efetividade, suas propostas e ideias aos eleitores, favorecendo, por conseguinte, a perpetuação no poder dos candidatos já detentores de mandato eletivo, que dispõem, ao longo do mandato, de inúmeras formas de permanecerem na mente do eleitor. Deve-se refletir sobre os impactos negativos à democracia brasileira dessa restrição extrema à propaganda eleitoral.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Propaganda eleitoral
2. Regulamentação
3. Liberdade de expressão
4. Isonomia

¹ Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC. Pós-graduado em Direito Eleitoral pela PUC-Minas. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Anhanguera/Uniderp. Membro da Comissão de Direito Eleitoral da OAB Ceará.

1 Notas introdutórias

O presente artigo não possui intuito de tratar, detalhadamente, das inúmeras regras vigentes acerca da propaganda eleitoral, ou mesmo de defender a não aplicação dessas normas – se estão vigentes, devem ser aplicadas –, mas de realizar uma breve provocação sobre determinadas questões subjacentes a tais regras, realizando um contraponto entre a, tão cara, liberdade de expressão e a necessidade regulamentação dessa liberdade no âmbito eleitoral.

Analisando a evolução (ou involução) da legislação eleitoral, pode-se asseverar, sem maiores esforços, que, hoje, há um *mix*, demasiadamente extenso, de normas restritivas da liberdade de expressão de candidatos, partidos políticos e eleitores, bem como que esse complexo de normas parece ser mais volátil do que o esperado, variando conforme a eleição.

A princípio, não haveria problema quanto à mencionada regulamentação legal restritiva, pois esta seria editada com escopo de tutelar a isonomia entre os candidatos e a legitimidade do prélio eleitoral. Todavia, duas reflexões podem ser formuladas: a) atualmente, há, de fato, necessidade dessa extensa regulamentação? b) as extensas restrições vigentes no âmbito da propaganda eleitoral são, realmente, benéficas ao eleitor e aos postulantes a cargo eletivo?

Passa-se a analisar, destarte, tais aspectos, com a intenção de expor ponto de vista um pouco mais crítico do que o veiculado pela opinião pública, que vem aplaudindo o aumento das restrições sem se indagar acerca das consequências das corriqueiras alterações legislativas na seara eleitoral.

2 A superação do fundamento histórico das exacerbadas restrições à propaganda eleitoral

Mesmo os que não militam na seara eleitoral, certamente, re-

cordam-se do período em que a probabilidade de vitória eleitoral do pretense candidato – quiçá sua capacidade administrativa – era medida pela grandiosidade de seu “showmício”. Se o candidato promovesse um comício com grande concentração de pessoas, significava que “a eleição estava ganha”. E, para atrair a maior quantidade de “adeptos”, os candidatos promoviam shows com os artistas mais badalados da época, entre a realização de outros gastos exorbitantes.

Tal metodologia que, inegavelmente, favorecia os candidatos (e seus investidores) detentores de vultosos recursos financeiros e prejudicava, sobremaneira, a isonomia, decorria do permissivo legal de que os partidos políticos, na ausência da lei, decidiriam o limite de gastos para cada cargo e informariam tal limite à Justiça Eleitoral, conforme disposição expressa da Lei nº 9.504/97. Referida lei nunca fora editada.

Vejamos, quanto a esse ponto, a evolução da Lei das Eleições:

Art. 17. As despesas da campanha eleitoral serão realizadas sob a responsabilidade dos partidos, ou de seus candidatos, e financiadas na forma desta Lei.²

Art. 17-A. A cada eleição caberá à lei, observadas as peculiaridades locais, fixar até o dia 10 de junho de cada ano eleitoral o limite dos gastos de campanha para os cargos em disputa; não sendo editada lei até a data estabelecida, caberá a cada partido político fixar o limite de gastos, comunicando à Justiça Eleitoral, que dará a essas informações ampla publicidade.³

Art. 18. Juntamente com o pedido de registro de seus

² Redação original ainda vigente.

³ Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006 e revogado pela Lei nº 13.165, de 2015.

candidatos, os partidos e coligações comunicarão à Justiça Eleitoral os valores máximos de gastos que farão por candidatura em cada eleição em que concorrerem.⁴

Art. 18. No pedido de registro de seus candidatos, os partidos e coligações comunicarão aos respectivos Tribunais Eleitorais os valores máximos de gastos que farão por cargo eletivo em cada eleição a que concorrerem, observados os limites estabelecidos, nos termos do art. 17-A desta Lei.⁵

No período histórico sob análise, não havia limites fixados para os gastos eleitorais, ficando, estes, ao alvedrio dos partidos políticos e, por óbvio, dos “caciques partidários”.

O panorama de ausência de limites de gastos, após fortes debates, foi alterado em 2015, com aplicação às eleições de 2016. Através da Lei nº 13.165/2015, o artigo 18 acima transcrito passou a ter a seguinte redação: “Os limites de gastos de campanha, em cada eleição, são os definidos pelo Tribunal Superior Eleitoral com base nos parâmetros definidos em lei”.

Já recentemente, a última – ao menos até o presente momento – reforma eleitoral alterou, novamente, o mencionado artigo 18, passando a consignar que “Os limites de gastos de campanha serão definidos em lei e divulgados pelo Tribunal Superior Eleitoral (Redação dada pela Lei nº 13.488, de 2017)”.

Conforme se percebe, para as eleições de 2016, a lei trouxe parâmetros de gastos fixos por cargos, inclusive, com edição de tabela pelo Tribunal Superior Eleitoral. Esses parâmetros, para as eleições de 2018, foram enrijecidos pela última reforma eleitoral, ao fixar que os limites de gastos serão fixados em lei.

⁴ Redação original, posteriormente alterada pela Lei nº 11.300, de 2006.

⁵ Redação dada pela Lei nº 11.300, de 2006; hoje já revogada pela Lei nº 13.165, de 2015.

Entrementes, na contramão da maior delimitação dos gastos, o período eleitoral está ainda mais restrito quanto à propaganda político-eleitoral.

Interessante observar que a maior restrição à liberdade de expressão dos candidatos, consistente na vedação a inúmeras formas de propaganda eleitoral, decorreu, precipuamente, da necessidade de se impedir que determinados candidatos – e “investidores” – extrapolassem o manejo razoável de recursos para promoção de suas campanhas, pois não havia limites de gastos preestabelecidos.

Não obstante, a legislação, desde 2015, passou a fixar os limites de gastos para os variados cargos eletivos em disputa. Ante tal quadro normativo, surge pertinente indagação: há necessidade, atualmente, desse agigantamento regulatório da propaganda político eleitoral? A resposta negativa parece ser a mais adequada ao panorama eleitoral vigente.

É que, se, para cada cargo, todos os candidatos podem gastar os mesmos valores (limitados por lei), não há, a princípio, necessidade de o Estado se imiscuir na criatividade propagandística dos concorrentes. O fundamento primordial antes utilizado para endossar a restrição mais acentuada não mais existe.

Ilustrativamente, se, em determinado município, dois candidatos a prefeito dispõem do mesmo limite de gastos, por que um deles não poderia escolher realizar sua propaganda em um só imóvel, ao passo que o outro poderia escolher gastar os recursos em ações de *marketing* espaçadas? Ora, cada candidato sabe qual propaganda enseja-lhe maior benefício lícito na corrida eleitoral.

Não se defende, por óbvio, a abstenção total do Estado – até porque a criatividade humana não possui limites, tendendo, inclusive, ao absurdo. A reflexão destas breves linhas diz respeito à exorbitância da ingerência estatal na propaganda eleitoral, substituindo, de forma desarrazoada, a vontade do candidato, quanto a qual propaganda gera maior captação lícita de votos, e dos eleitores, quanto à

liberdade de manifestação ou apoio ao candidato de sua preferência.

A propaganda eleitoral, conforme será detalhado adiante, parece haver adquirido um aspecto ditatorial, constituindo, hoje, a exceção.

Não se afigura correto limitar, de forma exagerada, a liberdade de expressão dos atores envolvidos na disputa eleitoral, inclusive, e principalmente, dos eleitores. Assim como os candidatos devem veicular suas propagandas dentro da legalidade, o Estado não deve editar normas desarrazoadas, restringindo, ao extremo, o acesso daqueles aos eleitores.

Não se pode perder de vista o principal fundamento limitador da propaganda eleitoral (isonomia), bem assim não se deve esquecer a finalidade desta propaganda (obtenção lícita de votos).

Atualmente, não parece haver proporcionalidade entre as inúmeras restrições à propaganda, seus fundamentos e sua finalidade. A ponderação entre os princípios da legalidade e da liberdade de expressão, ambos norteadores da propaganda eleitoral, encontra-se, manifestamente, claudicante, desproporcional, ensejando mais prejuízos do que o esperado pelo legislador, conforme se passa a detalhar.

3 *Out of sight, out of mind!* – o panorama ditatorial da corrida eleitoral e o prejuízo ao surgimento de novas lideranças políticas

Todos já devem ter ouvido a versão brasileira da expressão “*Out of sight, out of mind*”: “quem não é visto não é lembrado”. Trata-se de máxima que representa bem as relações sociais, significando que aquela pessoa em evidência tende a se sobressair em relação às demais.

Os representantes eleitos, assim como os pretensos, bons conhecedores das mentes humanas, valem-se dessa característica da memória para impressionar seus eleitores. Não sem razão, a realiza-

ção de obras e de eventos variados cresce à medida que se aproxima a eleição. É até trivial que o candidato inicie sua peregrinação eleitoral nas proximidades do pleito sob pena de ser “esquecido”.

Ocorre que o atual mandatário dispõe de inúmeras formas de “ser visto” pelo eleitor. O presidente da República pode intensificar programas assistencialistas, tais como “Bolsa Família” ou “Minha Casa, Minha Vida”. O deputado pode destinar emenda parlamentar para aquisição de ambulâncias ou instalação de poço profundo. O prefeito ou o vereador podem realizar obras ou implorar que aquele deputado destine referida emenda parlamentar a pedido da autoridade local.

Os mandatários podem se valer das tribunas das respectivas casas legislativas, sobejando, ainda, os convites para participação, a depender da autoridade, de toda sorte de eventos, de batizado a enterro. Se bem que a falta de convites para solenidades particulares em período eleitoral não parece ser motivo para ausência. Essa qualidade de “penetra”, *concessa venia*, parece ser inerente a mandatários e a não mandatários, não constituindo fator de menoscabo à isonomia.

Há, ainda, os meios de comunicação de massa, dos quais se valem os que detêm mandato eletivo. Hoje, são amplamente difundidos os canais governamentais, tais como TV Câmara, TV Senado, além das redes estaduais e das, cada vez mais comuns, transmissões de sessões e pronunciamentos oficiais pela internet. Isso para não falar do anacrônico e ditatorial programa “A Voz do Brasil”, que nada mais é do que um momento obrigatório de enaltecimento das realizações do executivo e do legislativo.

Salta aos olhos o fato de que o detentor de mandato eletivo dispõe de imenso leque de opções para atingir a grande massa. Pode alcançar o eleitor desde o comparecimento a sua residência, para aceitar aquele cafezinho rotineiro em campanhas, até de formas subliminares e indiretas, como ter seu nome atrelado à emenda parlamentar destinada ao carro pipa necessário à sobrevivência daquele povoado ou através de reiteradas participações nos meios de comunicação.

O fato é que o mandatário dispõe de largo acervo de propaganda político-eleitoral, direta e indireta, que o faz “ser lembrado” pelo eleitor. Pior: imensa parte desse acervo é financiada com recursos públicos: emendas parlamentares, programas governamentais, tribunas das casas legislativas, pronunciamentos em rádio, televisão etc.

Na outra ponta, está o candidato que ainda almeja o mandato eletivo. Este não dispõe das variadas formas de alcance dos eleitores, bem como, na maioria dos casos, não detém os vultosos recursos públicos para “ser visto” pelo eleitor, mormente aquele candidato que está surgindo no seio político, intentando conquistar espaço entre os figurões.

O candidato noviço, não detentor de mandato eletivo, possui indiscutível dificuldade de promover as mesmas condutas marqueteiras que os seus adversários já mandatários.

O problema é que, se não dispõe do aparato governamental para proporcionar sua aparição ao eleitor, o candidato que não está no poder deveria ter espaço, tempo, para, ao menos, tentar reduzir essa discrepância. Entrementes, na contramão dessa necessidade, a legislação eleitoral, conforme já mencionado, vem reduzindo, cada vez mais, os meios de propaganda político-eleitoral.

Ilustrativamente, desde 2016, o período de propaganda eleitoral foi reduzido à metade (Lei nº 13.165/2015), houve redução, ainda, do horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão; a partir de 2018, não mais haverá propaganda partidária em rádio e televisão (Lei nº 13.487/2017). Tais alterações reduzem, exatamente, aquilo que é tão precioso aos novos candidatos: tempo. Sem tempo, sem espaço para apresentar suas propostas e mostrar o motivo pelo qual os eleitores não deveriam votar nos “antigos mandatários”, a capacidade de influência dos novos candidatos é bem reduzida.

Vale observar que a difusão da *internet* e das redes sociais, infelizmente, ao invés de aguçar o senso crítico, vem promovendo indiscutível “efeito manada”. Poucos são os que refletem sobre temas relevantes, cingindo-se, a imensa maioria, a ler manchetes e a acom-

panhar o pensamento de celebridades momentâneas. Nesse ínterim, muito se viu, nos últimos tempos, pessoas demonizando, de forma genérica e indiscriminadamente, os “políticos”, e, como consequência, aceitando, de bom grado, qualquer alteração eleitoral que, a princípio, gerasse alguma perda para estes, como a redução da propaganda eleitoral e a extinção da propaganda partidária. Todavia, essa grande massa não parou para refletir que algumas dessas alterações, na verdade, propiciam a manutenção do atual status da política brasileira.

Não bastassem esses fatores, foi criado, recentemente, o Fundo Especial de Financiamento de Campanha – FEFC (Lei nº 13.487/2017). No que concerne ao objeto deste estudo, a lei estipulou a forma de divisão partidária do referido fundo, mas não estabeleceu como tais recursos serão distribuídos internamente nos partidos. Aqui há um gigantesco problema.

Não causa qualquer sobressalto afirmar que as agremiações partidárias nacionais vivenciam e proporcionam uma pseudodemocracia, sendo comandadas por caciques e seus homens de confiança. Nessa esteira, os valores em questão serão destinados, internamente, a quem os “donos” dos partidos determinarem. O novo fundo surge como mais uma medida que privilegia quem já está no poder e, de consequência, afasta a possibilidade de ascensão de novas lideranças político-eleitorais.

Conforme se percebe, os novos pretensos candidatos já não dispõem de espaço para veicular suas propostas e tecer suas críticas. Agora, após o desajeitado Fundo Especial de Financiamento de Campanha – FEFC, também não dispõem de recursos para impulsionar suas campanhas. Se não possuem tempo ou dinheiro, como esperar que as novas lideranças “sejam lembradas” pelos eleitores nas urnas?

Sobre o tema, Neisser (2016) importa interessantes exemplos do mercado comercial de cigarros e cerveja. No caso dos cigarros, em virtude do mal que causam à saúde, proibiu-se a veiculação de comercial. Assim, as grandes e antigas marcas foram beneficiadas, pois

aquelas que veicularam a propaganda quando havia permissão, continuam conhecidas, colhendo os frutos ao longo do tempo. “Ainda que no longo prazo a restrição reduza o mercado, é indiscutível que para os interesses imediatos da indústria não há do que reclamar: novos concorrentes simplesmente não existem”, consigna o eleitoralista.

Já em relação às cervejas, ocorre o inverso, um conglomerado econômico vem gastando tamanha soma financeira em suas propagandas (Ambev), sem que seus lucros decorram especificamente dessa propaganda em larga escala, que torna inviável que os concorrentes rivalizem em igualdade de condições, criando uma barreira ao ingresso de novos concorrentes no mercado cervejeiro.

Conclui, então, Neisser (2016):

Um cidadão que pretenda ingressar na atividade política, colocando seu nome à disposição da coletividade, encontrará hoje as portas hermeticamente fechadas. Com menos tempo e meios para se fazer conhecido, ele precisará torcer para cair nas graças da cúpula partidária. Só assim é que poderá, ao menos, dispor de parte do horário eleitoral gratuito.

[...]

A mudança legislativa teve um forte viés pró-incumbentes. Ao reduzir o tempo total de propaganda a um mês e meio e a de rádio e TV a pouco mais de um mês, além de limitar bruscamente os tipos de publicidade à disposição de candidatos, quis-se sair de um modelo “cerveja”, para outro “cigarro”, sem passar pelo meio termo.

Ambos beneficiam os incumbentes, ou seja, os que estão no mercado. Ambos alijam os concorrentes. E, enquanto isso, a opinião pública aplaude, achando que campanhas mais baratas são um bem em si, mesmo que sepultem a possibilidade de alternância no poder.

Não há dúvidas de que a legislação eleitoral vigente retrocedeu nesse aspecto, tolhendo – quiçá extinguindo – a possibilidade do surgimento de novas lideranças, pois, sem o apoio dos caciques partidários, “não serão vistas” e, portanto, “não serão lembradas” pelo eleitor, malferindo o princípio republicano, cuja principal métrica é a alternância de poder, não devendo a rotatividade de mandatários, quando existe, manter-se apenas no âmbito formal.

4 O reiterado problema da fiscalização precária e a restrição exacerbada como resposta à opinião pública – na ponderação entre princípios, a liberdade foi abocanhada pela legalidade

Não apenas na seara eleitoral, a opinião pública somente arrefece sua sede de sangue quando o Estado edita leis mais severas e amplia punições. Sempre que ocorre algum fato de maior repercussão, os poderes constituídos quase automaticamente adotam a solução imediatista que mais agrada à população: eleva a pena.

A despeito de se sentir essa dinâmica, com mais intensidade, no âmbito criminal, o Direito Eleitoral está repleto de exemplos de leis casuísticas, que parecem haver sido editadas apenas para acalantar a grande massa. Isso quando se trata de lei, porquanto, em determinados casos, é o Judiciário que altera o arcabouço legislativo vigente.

Ocorre que o problema do Brasil não é a ausência de leis ou a existência de leis brandas. Se existe algo em abundância no Brasil são leis! O problema é, e sempre foi, a manifesta deficiência na fiscalização. O estado prima pelo recrudescimento da lei, mas falha na fiscalização do seu cumprimento. Quando percebe que não está conseguindo fiscalizar a contento, o estado brasileiro restringe, ainda mais a liberdade e a participação política (no âmbito normativo, vez que fiscalização continua deficiente). Esse caminho é bem mais cômodo.

Tome-se, como ilustração, o financiamento de campanha elei-

toral por pessoa jurídica. Nas eleições de 1989, nas quais resultou vitorioso Fernando Collor de Mello, não era permitido o financiamento de campanha por pessoas jurídicas. Descobriu-se, todavia, posteriormente, um esquema de arrecadação ilícita de campanha: o conhecido “caixa dois”. Decidiu-se, então, regulamentar o tema, passando a permitir que pessoas jurídicas realizassem doações para campanha eleitoral, o que perdurou até as eleições de 2014. Para as eleições seguintes, de 2016, o Supremo Tribunal Federal, em malfadado esforço hermenêutico, pressionado pela opinião pública, optou por declarar inconstitucional referido tipo de financiamento, o que foi ratificado pela Lei nº 13.165/2015.

O tema da doação de campanha por pessoas jurídicas, em nosso sistema normativo, comporta-se como um ioiô, parecendo oscilar conforme a opinião pública. Atualmente, a grande massa passou a demonizar as empresas após os escândalos de corrupção descobertos.

O fato é que, em todos os casos, o que faltou ao Brasil não foram leis para assegurar ou proibir a doação por pessoas jurídicas, mas a fiscalização das referidas doações. Como o Estado entendeu não possuir aparato para fiscalizar a regularidade das doações, preferiu extingui-las, sob o pretexto de reduzir o “caixa dois”. Ora, o “caixa dois” independe de lei, pois é o número “dois”, justamente aquele não contabilizado. Somente se reduz ou se reprime referido ilícito através de intensa fiscalização.

O mesmo está ocorrendo, a olhos vistos, com a propaganda político-eleitoral. Sob o frágil – mas atrativo – pretexto de reduzir os gastos de campanha e prestigiar a isonomia, o legislador vem tolhendo, cada vez mais, os meios de propaganda, acarretando, como já explicitado, efeito inverso ao pretendido, de sorte a impedir ou, na melhor das hipóteses, dificultar a renovação política, a alternância no poder, beneficiando os candidatos que já são detentores de mandato eletivo.

Importa notar que a propaganda eleitoral é, indiscutivelmente, norteada pelo princípio da legalidade. Todavia, este não é o único.

A liberdade de expressão não pode ser, sumariamente, afastada, devendo, também o legislador, aplicar tais princípios através conhecida ponderação. Por óbvio, um princípio pode se sobressair a outro, mas sempre deve haver uma aplicação razoável, proporcional, de ambos.

Acerca da liberdade de expressão, Ribeiro (1993, p. 465) leciona:

A liberdade de propaganda mereceu compatível tratamento, como condição básica do processo eleitoral, garantindo a persistência de seguro esquema para funcionamento da competição democrática. As normas protetoras da liberdade aparecem em funcional implicação com os postulados de igualdade. Com a liberdade erguem-se as defesas dos eleitores, dos candidatos e dos partidos, impedindo os cerceamentos provindos das agências estatais. Por sua vez, com a igualdade, as defesas são mobilizadas para enfrentar as situações privilegiadas, as dominações sociais que possam de alguma maneira embaraçar e desnivelar o livre diálogo democrático.

Conforme se extrai da precisa lição transcrita, os princípios da liberdade de expressão e da legalidade devem se harmonizar, para atingir a igualdade efetiva de oportunidades, de sorte que a legalidade não pode ser utilizada como pretexto para tolher, indiscriminadamente, a liberdade de expressão, culminando na desigualdade entre os candidatos.

Ciente do salutar e necessário entrelaçamento dos princípios acima apontados, formula-se a seguinte indagação: qual país determina o material, o tamanho e o local em que é possível o eleitor veicular uma propaganda eleitoral em sua própria residência? Em resposta, os mais apressados, certamente, indicariam algum país subjugado a uma ditadura. Todavia, para o constrangimento dos que possuem o mínimo senso democrático, esse país é o Brasil.

Colaciona-se, por oportuno, o artigo 37, parágrafo 2º, da Lei nº 9.504/1997:

§ 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 dado 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). (grifo nosso)

Acredite ou não, essa é a legislação eleitoral vigente. Na República Federativa do Brasil, que se constitui em Estado Democrático de Direito, que adota, entre outros fundamentos, a cidadania e o pluralismo político, e que possui, como direito basilar, a livre manifestação do pensamento, o eleitor somente pode veicular propaganda eleitoral, na sua própria residência, se essa propaganda for elaborada em adesivo plástico, se for na janela da casa e se não exceder meio metro quadrado.

E se a propaganda for em papel? Não pode! E se for pintura? Não pode! E se for na porta? Não pode! Na parede? Não pode! No muro? Não pode! Não! Não! E não! Esse é apenas um exemplo do exagero restritivo à propaganda.

Agora adivinhe o motivo pelo qual a restrição à propaganda está tão exacerbada. Porque o Estado não consegue ou não quer ter o trabalho de fiscalizar a propaganda!

Não adianta bradar que a vedação da propaganda em muros decorreria, por exemplo, da poluição visual. Ora, está-se tratando de um período atípico, o período eleitoral, que deveria ser uma festa de-

mocrática na qual o eleitor, após conhecer os candidatos, decidiria, nas urnas, quem o representaria. Será, realmente, que não se poderia fazer uma concessão nesse período para esse tipo de propaganda?

Se a propaganda não for removida após o período eleitoral, mantendo a alegada poluição visual, devem ser aplicadas as sanções pertinentes. Se o eleitor estiver recebendo dinheiro para deixar que sua residência seja suporte para propaganda, devem ser aplicadas as sanções pertinentes. O mesmo se diga quanto aos carros de som (hoje de utilização bastante restrita).

Ocorre que a aplicação das sanções pertinentes, sejam eleitorais, civis ou criminais, depende, sempre, de efetiva fiscalização. E o Estado, deficiente, prefere abolir uma forma de manifestação política a fiscalizar determinada conduta.

Aquele desavisado pode, ainda, verberar: “mas não se ganha eleição por causa de propaganda em muros”. Ora, se esse eleitor acredita nisso, basta não votar nos candidatos que veicularem propagandas dessa forma. Essa sim é uma manifestação democrática e legítima. Mas há outros eleitores que aderem a essa propaganda. Por que a vontade daqueles seria mais importante que a vontade ou a liberdade de expressão política destes?

A bem da verdade, o candidato é quem detém legitimidade, dentro do leque de opções criativas e razoáveis de que dispõe (ou deveria dispor), e de acordo com o limite de gastos fixados em lei, para avaliar qual o meio de propaganda lhe será mais benéfico na captação lícita de votos. Não deveria o Estado intervir de modo tão intenso e desarrazoado na liberdade de expressão.

Ainda sobre o tema, Alvim (2016, p. 290) leciona:

(b) Princípio da liberdade da propaganda eleitoral

A liberdade de propaganda é um corolário do princípio da competitividade das eleições. Nesse diapasão, eleições verdadeiramente competitivas pressupõem possam os

contendores divulgar, com a maior amplitude possível, suas plataformas políticas, os seus planos de governo.

A regra, no Estado Democrático de Direito, tem que ser a liberdade. Restrição é uma exceção e não pode ser fundada na opinião pública ou na deficiência de aparato estatal. O estado é “de Direito”.

Tanto é que, da própria legislação eleitoral, pode-se extrair o princípio da liberdade de propaganda. A esse respeito, citam-se o artigo 53, da Lei nº 9.504/1997, e o art. 248 da Lei nº 4.737/1965 (Código Eleitoral):

Art. 53. Não serão admitidos cortes instantâneos ou qualquer tipo de censura prévia nos programas eleitorais gratuitos.

Art. 248. Ninguém poderá impedir a propaganda eleitoral, nem inutilizar, alterar ou perturbar os meios lícitos nela empregados.

Nesse ínterim, as balizas para propaganda eleitoral deveriam ser mais brandas, com a correta limitação dos gastos de campanha, ao passo que a fiscalização da referida propaganda deveria ser mais intensa e efetiva, punindo, com rigor, os autores de ilícitos. Se o estado assim atuasse, haveria harmonização entre os princípios da legalidade e da liberdade de expressão, propiciando o tão sonhado – atualmente, platônico – ambiente de igualdade entre os candidatos.

5 Conclusão

O presente artigo, conforme já mencionado, não possui o anárquico viés de defender a não aplicação da legislação vigente ou o afastamento do Estado da necessária regulamentação da propaganda

eleitoral e da participação política de candidatos e eleitores.

Não se pode permanecer silente, todavia, quando os poderes da República, sob o raso pretexto de tutelar a isonomia e reduzir os gastos eleitorais (pretexto esse que é saboreado sem moderação pela opinião pública), transformam a propaganda eleitoral em uma exceção, violando, justamente, o princípio da isonomia, impedindo que novas lideranças surjam no cenário político e interferindo, de forma ditatorial, na manifestação de pensamento do eleitor. Tal conduta viola, sobremaneira, o princípio da liberdade de expressão e decorre, principalmente, do fato de que os poderes constituídos não conseguem resolver um problema que se arrasta por várias décadas: a claudicante fiscalização quanto ao cumprimento das leis já existentes.

Deve-se aguçar o senso crítico, vencer a letargia, a fim de que medidas de aparência tão atrativa à opinião pública não acabem por privilegiar um pequeno grupo de mandatários, em detrimento de princípios tão caros à nossa Constituição, servindo de instrumento de manutenção do *status quo* da política nacional.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Frederico Franco. **Curso de direito eleitoral**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

NEISSER, Fernando. **Tempo reduzido de campanhas atuará contra a renovação política**. 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/colunas/e-leitor/e-leitor-a-reducao-do-tempo-das-campanhas-uma-regulacao-a-favor-dos-incumbentes-e-contra-a-renovacao-politica-10022016>>. Acesso em: 24 jan. 2018.

RIBEIRO, Fávila. **Abuso de poder no direito eleitoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

POR UMA NOVA REDAÇÃO DO INSTITUTO DA REELEIÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA: EM DEFESA DO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE E DO PLURALISMO POLÍTICO

Alexandre Baron Polanczyk¹

RESUMO

O objetivo do presente artigo é analisar o instituto da reeleição ilimitada para cargos do Poder Executivo na Constituição Federal Brasileira, demonstrando como o instituto ofende os Princípios Constitucionais da Impessoalidade e do Pluralismo Político. Compara-se também de que maneira funciona o instituto da reeleição no Brasil e nos outros Estados Estrangeiros. Por fim, sugere-se uma nova redação legal do instituto da reeleição na Constituição Federal Brasileira.

PALAVRAS-CHAVE:

1. Reeleição ilimitada
2. Poder executivo
3. Princípios constitucionais
4. Nova redação legal

¹ Técnico judiciário no TRE-RS, graduado em Direito pela Unijuí/RS e pós-graduado em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

1 Introdução

Segundo Montesquieu, não existem leis justas ou injustas, mas sim leis que se adaptam melhor ou pior a certo povo e a uma circunstância de lugar ou época (MONTESQUIEU, apud SILVA, 2010, p. 1). É ao Poder Legislativo aquele a quem a lei atribui o poder típico de legislar. Senão, vejamos:

A Constituição Federal consagrou em seu art. 2º a tradicional tripartição de Poderes, ao afirmar que são Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Com base nessa proclamação solene, o próprio legislador constituinte atribuiu diversas funções a todos os Poderes, sem, contudo, caracterizá-la com a *exclusividade absoluta*. Assim, cada um dos Poderes possui uma função *predominante*, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constitucional. São as chamadas funções típicas e atípicas. As funções típicas do Poder Legislativo são legislar e fiscalizar, tendo ambas o mesmo grau de importância e merecedoras de maior detalhamento. Dessa forma, se por um lado a Constituição prevê regras de processo legislativo, para que o Congresso Nacional elabore as normas jurídicas, de outro, determina que a ele compete a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Poder Executivo (CF, art. 70) (MORAES, 2009, p. 413, grifo nosso).

As escolhas feitas pelo legislador na elaboração das leis devem ser respeitadas, porquanto o legislador é o representante legítimo do povo. Entretanto, a tarefa institucional atribuída ao legislador não o

pode livrar das críticas, tendo em vista a existência de um ponto de vista divergente relativo ao conteúdo material de uma determinada lei.

Tal opinião divergente não visa afrontar a autoridade legislativa, mas tão somente trazer elementos que possam promover uma reflexão, dentro do campo democrático, com vistas à construção de uma nova legislação que seja mais benéfica à coletividade, pois “a democracia brasileira não é uma obra acabada. Ao contrário, nosso sistema político pode e deve ser aperfeiçoado. Hoje, temos uma democracia que se robustece, mas carente de aperfeiçoamento institucional” (FRANCO, apud BARRETO, 1998, p. 52).

Este artigo visa promover uma análise crítica do instituto da reeleição ilimitada, tal como existente hoje em nossa Constituição Federal, demonstrando de que maneira ofende os Princípios da Impessoalidade e do Pluralismo Político. Por reeleição ilimitada, entende-se a possibilidade de uma pessoa ocupar um mesmo cargo de Presidente, Governador ou Prefeito por mais de duas vezes.

A reeleição, a partir da Emenda Constitucional nº 16/1997, passou pela primeira vez na história a vigorar em nosso país para os chefes do Poder Executivo Municipal, Estadual e Federal, sendo que também, por falta de expressa vedação legal, é permitida a reeleição ilimitada, o que se constitui em grave ofensa ao Princípio Constitucional da Impessoalidade e do Pluralismo Político, conforme será demonstrado no decorrer deste trabalho. Em face de realidades existentes em outros países, propõe-se com este artigo uma nova redação legal para o instituto da reeleição, mais benéfica aos interesses dos cidadãos.

2 Princípio da impessoalidade

O Brasil é um Estado Democrático de Direito, sendo que a existência do princípio da impessoalidade é um corolário lógico desse fato:

O Estado de Direito fundamenta o princípio da impessoalidade na medida em que significa a superação das monarquias absolutistas, onde a vontade do Estado nada mais era que a vontade do soberano. No Estado de Direito o Estado é a pessoa e o Direito é a sua vontade, traduzindo os fins a serem perseguidos, previamente estabelecidos pelos próprios destinatários das normas (em se tratando também de Estado Democrático). No Estado de Direito funda-se a impessoalidade na medida em que a atividade estatal é pautada pela lei e deve levar em conta os interesses individuais e coletivos de todos os administrados, e não de pessoas determinadas (AMARAL, 2006, p. 1).

A existência legal do princípio aparece no diploma constitucional brasileiro em seu art. 37, que assim dispõe:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.

Este artigo dispõe que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes, de todos os entes federativos, deve obedecer a alguns princípios, entre os quais o da impessoalidade, que é aquele que impõe que todo o ato e conduta da administração devam ter por fim o interesse comum, e não o de uma determinada pessoa, ou de determinado grupo.

O agente público, no exercício de seu mister, é o destinatário da norma jurídica da Impessoalidade, a qual deve obediência incondicional. Isso porque exerce uma função pública e age em favor da coletividade e não de seu interesse próprio:

[...] o princípio da impessoalidade determina que o agente público proceda com desprendimento, atuando desinteressada e desapeadamente, com isenção, sem perseguir nem favorecer, jamais movido por interesses subalternos. Mais: postula-se o primado das ideias e dos projetos marcados pela solidariedade em substituição aos efêmeros cultivadores do poder como hipnose fácil e encantatória. Semelhante princípio guarda derivação frontal, inextirpável e, não raro, desafiadora com o princípio da igualdade de todos, sem distinção de qualquer natureza (CF, art. 5º, *caput*), salvo aquelas impostas pelo próprio sistema constitucional (DI PIETRO, apud VASCONCELOS, 2010, p. 1).

A impessoalidade possui sua razão de existir para evitar que determinado grupo de pessoas se apodere do Estado e desenvolva projetos de natureza personalista contrários à consecução do interesse público. Isso reflete a preocupação do legislador em equilibrar as forças políticas, de modo que todos possam se beneficiar indistintamente das ações estatais. Ela se apresenta de duas formas:

O caráter impessoal da administração pública pode se dar por duas maneiras, a primeira delas está relacionada à vedação de qualquer favorecimento ou prejuízo de pessoas ou grupos, isso porque há uma finalidade objetiva e esta direciona-se justamente em uma atuação coletiva, impessoal, voltada tão somente a uma finalidade pública, e se desrespeitada poderá ensejar na anulação do ato que fora praticado pela administração. Não obstante a segunda forma de se perceber o caráter impessoal está em se observar que os atos administrativos não devem ser atribuídos ao agente público que o está praticando, mas sim à administração pública. Portanto,

é vedado pela carta magna qualquer promoção pessoal ou benefício exclusivo com fins políticos ou pessoais desses agentes públicos, conforme disciplina o dispositivo 37 em seu parágrafo 1º (ANDRIOLLI, 2010, p. 1).

A promoção pessoal do agente político é o aspecto do Princípio da Impessoalidade mais ligado ao exercício dos mandados políticos e ao tema da reeleição, pois o detentor do poder procura de todas as maneiras se destacar no contexto político, por meio da publicidade e da exposição na mídia, para permanecer no poder pela reeleição ou retornar ao poder depois de cumprido o período de afastamento legal.

3 Pluralismo político

O pluralismo político significa que a sociedade é formada por muitos grupos, garantida a existência de várias opiniões e ideias com respeito a cada uma delas. Através disso, busca-se assegurar a liberdade de expressão, manifestação e opinião, garantindo-se a participação do povo na formação da democracia do país. O pluralismo político não pode ser confundido com o multipartidarismo, que é a existência de vários partidos políticos (ALBANESI, 2010, p. 1).

A sua existência legal está prevista no art. 1º, V da Constituição Federal, que o estabelece com um dos cinco fundamentos da República Federativa do Brasil. Historicamente, foi inscrito na Constituição Federal de 1988 como consequência do fim do regime ditatorial:

Tal inscrição, inédita em nossa história, insere-se em contexto de reconhecimento da alteridade e da legitimidade da diversidade presentes na sociedade brasileira, afastando exclusivismos e hegemonismos, tais como os que vigoraram durante o regime autoritário de 1964/1985.

A esse respeito, recordamos que o sistema jurídico-institucional daquele regime foi erigido sob inspiração direta da chamada doutrina de segurança nacional, ideologia estatista que não encontra paralelo na Constituição de 1988.

Na verdade, acreditamos que a inscrição do pluralismo como princípio fundante, na Lei Maior de 1988, constitui corolário da longa prática democrática que levou à superação do autoritarismo, a partir da ampla participação da cidadania, ativada, aquela participação, por diversas e diferentes forças políticas e que culminou nos trabalhos do processo constituinte de 1987/1988, quando as demandas reprimidas durante os mais de vinte anos de ditadura militar afluíram e para ali escoaram. Todos queriam participar da elaboração do novo pacto político do País, o que deu um grau de legitimidade social à Lei Maior de 1988, inédito entre nós (TRINDADE, 2004, p. 4).

Vários dispositivos existentes no diploma constitucional são reflexos do princípio do pluralismo político, tais como o art. 8º (liberdade da associação profissional e sindical), art. 17 (liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos), art. 45 (proporcionalidade na composição da Câmara dos Deputados).

O pluralismo está umbilicalmente ligado à renovação de ideias e valores, que são manifestadas livremente e contribuem para a evolução das instituições e da sociedade em geral. Segundo Bobbio (1990, p. 22), três aspectos identificam o Princípio do Pluralismo na Constituição Federal:

- O fato de que vivemos numa sociedade complexa, multipolar e desenraizada das tradições;
- A preferência por uma forma de organização polí-

tica que permita aos vários grupos ou camadas sociais a expressão política e a participação direta ou indireta na formação da vontade política;

- A rejeição a toda e qualquer forma de despotismo ou totalitarismo.

O primeiro aspecto é constatado facilmente com a observação do nosso meio social. Já o segundo e o terceiro referem-se a uma postura ativa da sociedade, que se organiza para participar da vida política (expressão política e participação direta ou indireta na formação da vontade política) e, ao mesmo tempo, se protege contra ideologias dominantes (despotismo ou totalitarismo).

No pluralismo político são diversos grupos detentores de uma parcela determinada de poder, com o objetivo de se evitar que um único setor adquira influência desproporcional e, conseqüentemente, controle os demais. A sociedade é dividida de forma que os interesses de um grupo serão ora conflitantes e ora concordantes com os interesses de outro grupo. Ou seja, não haverá em momento algum um setor inteiramente soberano, pois, em que pese poder existir um grupo social mais forte do que outro, ele terá que conviver com o pensamento e interesses de outros grupos sociais mais fracos, o que, por si só, evitará a tirania da maioria e, ainda, assegurará o respeito aos posicionamentos e direitos dos setores minoritários (MORELLI, 2010, p. 1).

O ambiente democrático é onde floresce o pluralismo, a democracia é o regime do povo. E homens são plurais em sua condição humana única. Pelo que o pluralismo político, constitucionalmente previsto, é princípio jurídico de acatamento obrigatório.

Em suma, conforme lição de Morelli (2010, p. 1),

[...] é possível afirmar que a concepção pluralista possui como objetivo principal evitar a concentração do poder decisório em um único grupo, buscando, assim, evitar que o Estado, controlado por determinado grupo, possa, unilateralmente, determinar os rumos que serão

seguidos pela Nação. No caso brasileiro, o pluralismo é inerente aos objetivos da própria constituição, quais sejam, a formação de uma sociedade *livre, justa e solidária, que garanta o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e o bem de todos* (artigo 3º, da Constituição Federal de 1988, grifo nosso).

4 A reeleição no ordenamento jurídico brasileiro

A Emenda Constitucional nº 16/1997 instituiu pioneiramente o instituto da reeleição em nosso ordenamento jurídico. Desde a primeira Constituição da República Federativa do Brasil, em 1891, até a Constituição de 1988, a reeleição era vedada aos detentores de mandato do Poder Executivo Municipal, Estadual e Federal, sendo sempre permitida aos ocupantes dos cargos legislativos (MORAES, 2009, p. 236).

A EC nº 16/1997 estabeleceu a seguinte redação para o §5º do art. 14:

§ 5º - O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1997).

É importante ressaltar a espécie de reeleição adotada pelo legislador brasileiro (reeleição ilimitada):

Note-se que não se proíbe constitucionalmente que uma mesma pessoa possa exercer três ou mais mandatos presidenciais, mas se proíbe a sucessividade indeterminada de mandatos. Assim, após o exercício de dois mandatos sucessivos, o Chefe do Poder Executivo não poderá ser candidato ao mesmo cargo, na eleição

imediatamente posterior, incidindo sobre ele a inelegibilidade relativa por motivos funcionais para o mesmo cargo (MORAES, 2009, p. 239).

A reeleição vai ao encontro dos interesses da coletividade, tendo em vista que a possibilidade de reeleição privilegia o princípio da participação popular porque confere ao povo a possibilidade de um duplo julgamento: o do programa partidário e o do agente executor desse programa (TEMER, apud MORAES, 2009, p. 238).

O Sr. Eduardo Alckmin, Ministro do STF, em voto proferido dentro de acórdão que tratava da reeleição, manifestou-se favoravelmente à opção feita pelo legislador brasileiro, nestes termos:

Nesse mister há de se ter em conta critérios de conveniência e oportunidade ínsitos ao trabalho de elaboração legislativa, exigindo-se, entretanto, que a distinção entre situações encontre justificativa razoável. No caso, o legislador constitucional fulcrou tal distinção com base no princípio da continuidade administrativa, entendendo como conveniente ao interesse público a possibilidade de o titular do Poder Executivo exercer mais de um mandato.

[...]

No que respeita à violação do princípio da isonomia, tenho que a lei pode estabelecer tratamento diverso para hipóteses diversas. No caso, ao se prestigiar o princípio da continuidade, teve em mira a lei a conveniência de se possibilitar à Administração Pública certa estabilidade de rumos, tornando viável que o Chefe do Poder Executivo permaneça no exercício do cargo por mais de um período.

Há, pois, uma razoável justificativa para o tratamento específico conferido aos titulares do Poder Executivo e

que reside exatamente nessa conveniência vislumbrada pela lei. Entendeu-se que a alternância de comando no Poder Executivo enseja, não raro, uma paralisia administrativa, ficando toda a máquina estatal à espera de definição das novas diretrizes a serem seguidas, procrastinando a solução de pendências de alto interesse público, com grave prejuízo à sociedade.

A adoção da reeleição também se justifica pela curta duração dos mandatos para os Chefes do Executivo no Brasil. O período de quatro anos foi introduzido apenas por ocasião da revisão da Constituição de 88, sendo que tal período,

mostrou-se demasiadamente curto frente à continuidade administrativa necessária para implementar uma proposta de governo consistente e voltada para o futuro, fundamental em uma fase histórica de tantas e tão profundas mutações na política e na economia mundiais. O reduzido período, subtraído ainda pelo tempo de instalação de uma nova administração e pela natural perda de velocidade ao aproximar-se o fim de um mandato, acarreta uma atenuação de efetividade do poder presidencial (BARRETO, 1998, p. 14).

Entretanto, o mandato curto protege os cidadãos contra eventuais desacertos de um governante medíocre. A alternativa à reelegibilidade seria um único mandato longo, de cinco, seis ou mais anos. Mas como já percebido pelos norte-americanos, daria um mandato muito longo a um mau governante e muito curto a um bom (FRANCO, apud BARRETO, 1998, p. 57). Logo, o mandato curto de quatro anos, com a possibilidade de reeleição, mostra-se como a solução mais adequada.

Em nosso meio político, as opiniões relativas à duração do mandato e à reeleição não são unânimes, pois na última eleição pre-

sidencial de 2010 houve divergência de opiniões entre os candidatos e o Presidente da República à época:

O pré-candidato do PSDB à Presidência da República, José Serra, afirmou nesta quarta-feira (21), por meio de seu Twitter, que é contra a reeleição. A afirmação foi em resposta a questionamentos de dois de seus seguidores no serviço de microblog.

[...]

Nesta quarta, em entrevista concedida aos Diários Associados, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva defendeu a manutenção da reeleição ao dizer que um mandato de quatro anos é muito curto. Na entrevista, Lula disse ter defendido seu ponto de vista em uma conversa com um interlocutor de outro partido.

“Olha, eu era contra a reeleição. Agora, eu quero que tenha a reeleição, mesmo se você ganhar, porque em quatro anos você não consegue fazer nenhuma obra estruturante neste país. Nenhuma, nenhuma. Entre você pensar uma grande obra, fazer projeto básico, projeto executivo, tirar licença ambiental, enfrentar o Poder Judiciário, enfrentar o Tribunal de Contas da União e vencer todos esses obstáculos, termina o teu mandato e você não começa a obra”, afirmou.

[...]

Nesta tarde, durante entrevista ao programa do jornalista José Datena, na TV Bandeirantes, a pré-candidata do PT, Dilma Rousseff, repetiu as palavras de Lula. “Em quatro anos você dá início ao processo, mas não esgota o processo. Eu acredito que é importante manter essa questão da continuidade dos dois mandatos”, disse Dilma. “Não significa que se esteja alijando pessoas da

disputa política, porque todo mundo pode concorrer.” Dilma afirmou que a reeleição permite formar uma base no primeiro mandato para um segundo. “Nossa experiência é que construímos no primeiro mandato as condições para o segundo mandato”, declarou. A ex-ministra afirmou que já foi contra a reeleição. “Eu achava que não estava certo. Agora que fizeram [aprovaram a reeleição] aprendemos que está bom, porque você consegue fazer um bom governo. O que não está certo é o que acontece em países da América Latina, de querer fazer três mandatos”, afirmou (FAUSTO, 2010, p. 1).

A reeleição também funciona como um juízo de aprovação ou reprovação de um governo, possibilitando que as políticas públicas possam ser pensadas para que produzam resultados a médio e longo prazo, não voltadas exclusivamente ao imediatismo das eleições:

A reelegibilidade amplia de maneira significativa as possibilidades de escolha à disposição do eleitorado. Com a reeleição, não se limitará a escolher entre os participantes do momento. Poderá votar pela recondução de uma autoridade do Executivo ao seu cargo, para continuar uma obra de governo. Ou poderá dar-lhe o claro recado de que não a quer. Aprovará ou desaprová um programa já em parte testado na prática, cujos efeitos, portanto, já conhece.

Quando vota pela primeira vez num candidato, o eleitor faz uma aposta sobre o futuro. Dá o que poderíamos chamar um voto prospectivo. Se o candidato for eleito, terá condições de, pelo seu desempenho, confirmar ou não o acerto do eleitor. Se dermos ao eleitor, com a norma de reelegibilidade, a opção de reconduzir o manda-

tário, estaremos ampliando-lhe os direitos políticos. [...] Com a reelegibilidade, além do direito ao voto prospectivo, o eleitor terá também o que poderíamos chamar de voto retrospectivo.

O princípio da reelegibilidade tem outras funções positivas a recomendá-lo no aprimoramento de nossa democracia presidencial. O princípio permitirá – caso o voto do eleitor o consinta – a continuidade de um programa governamental. O governante autorizado a disputar a reeleição pode administrar com uma perspectiva mais longa de tempo, no seu primeiro mandato. Pode empreender políticas de longo prazo de maturação, contando com a probabilidade de continuá-las em um segundo mandato, caso aprovado pelo eleitorado.

[...]

Ao tópico anterior, acrescenta-se que a reelegibilidade, conforme já o haviam observado os fundadores da democracia norte-americana, nos clássicos Artigos Federalistas, representa forte estímulo ao governante para que se esmere na gestão, se aspira a um segundo mandato.

Por outro lado, a possibilidade de reeleger bons governantes aos cargos permite ao sistema político aproveitar o talento gerencial e as qualidades de liderança comprovadas pelo bom desempenho. A democracia, como qualquer forma organizada de convívio, não pode dar-se ao luxo de desperdiçar talentos, quando os encontra (FRANCO, apud BARRETO, 1998, p. 55-56).

Ademais, a reeleição é uma realidade nas democracias desenvolvidas do nosso mundo:

Nenhuma democracia na Europa Ocidental ou na América do Norte proíbe seus chefes de governo de se reelegerem à própria sucessão pelo menos uma vez, por meio de eleições livres e pluripartidárias.

[...]

Leis que negam o direito a pelo menos um segundo mandato imediato debilitam o princípio da responsabilidade democrática perante os cidadãos e os incentivos para desempenho honesto e de alta qualidade no período final de um mandato de governo (STEPAN, apud BARRETO, 1998, p. 77).

Pode-se afirmar que a reeleição para os detentores de cargos eletivos no Poder Executivo é necessária e benéfica aos interesses da coletividade, pois se constitui em um prêmio ao bom administrador, cujo trabalho foi referendado pelos eleitores por meio do voto popular. Ademais, possibilita a continuidade administrativa, a fim de que o plano de governo possa ser pensado e executado em um prazo maior.

5 A reeleição na Constituição dos outros Estados

As escolhas feitas pelos legisladores nos outros Estados são feitas conforme a realidade social e política de cada país. A título de análise, genericamente, delinea-se um comparativo entre os contornos que o instituto da reeleição assume em alguns países (MORAES, 2009, p. 239-240):

- Áustria: o mandato presidencial terá seis anos, admitindo-se somente uma reeleição para o período presidencial seguinte.
- Argentina: admite a possibilidade de reeleição por um só período consecutivo. Entretanto, pode haver,

após o intervalo de um período, um único terceiro mandato.

- Portugal: permite a reeleição para um segundo mandato consecutivo, prevendo expressamente sua inadmissibilidade para um terceiro mandato consecutivo ou ainda, durante um período de cinco anos imediatamente subsequente ao termo do segundo mandato consecutivo.
- China: o presidente não poderá cumprir mais de dois mandatos consecutivos, não havendo vedação expressa para mais mandatos, desde que não consecutivos.
- Estados Unidos: ninguém poderá ser eleito mais de duas vezes para o cargo de presidente.

6 A reeleição e a ofensa ao princípio da impessoalidade e ao pluralismo político

Existe hoje no cenário político brasileiro a figura do político profissional, que é aquele que exerce mandatos executivos durante quase toda a sua vida.

Essa defesa se insere na lógica em vigor em vários países que seguem o modelo de democracia representativa copiado dos Estados Unidos: ser político é uma forma de ascensão social, não uma atividade episódica. Aqui não há espaço para um profissional liberal de alguma área arriscar-se na vida pública para de fato colaborar com o país por apenas quatro anos.

No Brasil, ser político é coisa para profissional (RODRIGUES, 2010, p. 1).

Isso é muito problemático em um país latino-americano, como é o Brasil, que à semelhança dos países vizinhos, possui uma democracia jovem, recém-saída de um período ditatorial, devendo ficar alerta, pois “a tentação caudilhesca tem sido uma constante na América Latina e, para ajudá-la, valem todos os pretextos” (ANDRADE, apud BARRETO, 1998, p. 14).

Há um personalismo exagerado na eleição brasileira, no qual o eleitor acaba votando em um candidato influenciado pelas suas características pessoais (carisma, empatia), em detrimento de questionar a qual projeto político pertence o candidato, quem será a sua equipe de governo, o que costuma fazer o partido desse candidato quando chega ao poder etc. Já nos advertia Singer (apud BARRETO, 1998, p. 107), quanto a esse fenômeno:

O resultado será a reeleição generalizada de presidentes, governadores e prefeitos e, portanto, a queda vertical da taxa de renovação das chefias de governo e da rotatividade dos partidos e coligações partidárias que as dominam.

Nossa cultura política leva o eleitorado a votar sobretudo em “nomes” para cargos executivos, dando pouca ou nenhuma importância aos programas dos candidatos e às correntes partidárias que representam. Cada candidato procura convencer o eleitor que é mais honesto, sincero e competente. E a chave da vitória está na credibilidade assim conquistada.

Nesse tipo de competição, o fator decisivo é o grau de conhecimento, de familiaridade, quase diríamos de intimidade que os eleitores possuem em relação à pessoa do candidato. Daí a vantagem dos que já exerceram cargos públicos, que podem lembrar o eleitor de que “esse você conhece”. E a desvantagem dos que estreiam na política,

a não ser que tenham sido previamente repórteres de televisão ou rádio, atores ou atrizes de telenovelas etc.

Os resultados de nossas disputas eleitorais comprovam o hábito brasileiro já arraigado de votar em nomes e não em programas de governo, muito menos em função de uma identidade pessoal, ideológica e programática com algum partido. Nossas agremiações partidárias são caracterizadas por uma grande artificialidade: a maioria das legendas tem uma existência meramente cartorial, não se materializando através de base sólida ou de militância ideológica ou participativa (BARRETO, 1998, p. 109).

Esse personalismo ofende um dos princípios constitucionais mais importantes, que é o princípio da impessoalidade, pois permite que um grupo de pessoas, com base no carisma pessoal e do clientelismo praticado por um candidato, apodere-se do aparelho estatal e desenvolva projetos para se manter no poder, não efetuando as melhorias e reformas necessárias à evolução do Estado. Ademais, as estruturas partidárias não se preocupam em renovar as suas lideranças e oxigenar as ideias políticas, mas sim em reconduzir indefinidamente esse candidato ao poder, o que pessoaliza as relações políticas.

De igual maneira, o princípio constitucional do pluralismo político é desrespeitado, porque ocorre uma concentração do poder decisório em um único grupo por vários anos consecutivos, sendo que o partido político é relegado a segundo plano pela figura do candidato, que é maior que o partido, produzindo efeitos indesejáveis ao país:

A história mostra que aumento de corrupção, desordem na economia e restrição às liberdades costumam ser o legado dos governantes que resistem a deixar o cargo. “A manutenção no poder, por longo período, de um governante ou grupo político potencializa o risco de retrocesso econômico”, diz o professor da Universidade de

São Paulo, Júlio Pimentel Filho, especialista em América Latina. No México, os 71 anos ininterruptos de domínio do Partido Revolucionário Institucional (PRI) atrasaram em décadas o avanço do país. Nos anos 50, enquanto seus vizinhos latinos ingressavam em um ciclo de desenvolvimento, os mexicanos sofriam com a teimosia do partido na continuidade de uma política agrária voltada para a subsistência. No Paraguai, o longo reinado do Partido Colorado, que permanece no poder até hoje, ajudar a florescer a corrupção, o contrabando e o narcotráfico.

“A alternância de poder é essencial, também, porque permite a renovação de ideias e a vigilância sobre o uso da máquina do estado. Além disso, evita um grande perigo: o de um vácuo de lideranças – condição fundamental para perenizar ditadores”, afirma a cientista política Lucia Hippolito. Para o jurista Saulo Ramos, a perpetuação de um presidente ou de um único partido tem como corolário a deterioração dos princípios éticos. “A corrupção aumenta e generaliza-se, porque os governantes e seus acólitos adquirem a certeza da impunidade que o poder político infunde aos que fazem dele um meio de servir-se” (CARNEIRO e CABRAL, 2008, p. 60).

A alternância do poder é um dos efeitos do pluralismo político e isso deve ser respeitado, quando se alterna o poder, a democracia realmente funciona, pois nenhuma ideia é infalível e inesgotável para que perdure, pois há a necessidade de uma oxigenação nos prédios públicos no sentido de haver novas pessoas com novas ideias, todas convergindo para o senso democrático. A reeleição ilimitada perpetua o *status quo* e sufoca a renovação política (MARTINS, 2010, p.

1). Esse princípio é de suma importância:

O princípio da alternância é vital para a democracia, regime que, como dizia Margaret Thatcher, ex-primeira-ministra britânica (ficou onze anos no poder), “tem sua maior virtude não na escolha dos melhores, mas na capacidade de impedir que os eleitos governem para sempre” (QUE..., 2008, p. 9).

Cabe destacar que, historicamente, os Estados Unidos foram pioneiros no século XX ao colocar um fim na reeleição sucessiva. Conforme relata Vasconcellos (2010, p. 1):

Após conseguir um quarto mandato consecutivo em 1942, o presidente Roosevelt abriu uma crise política. Ao morrer em pleno exercício do cargo presidencial, Roosevelt deu à oposição oportunidade política para que a Constituição fosse modificada. Diante disso, aprovou-se uma emenda constitucional que permitia uma única reeleição, proibindo ao presidente reeleito a possibilidade de retornar ao poder, mesmo que anos depois. Com isso, a democracia norte-americana vetou o personalismo proveniente do poder político individual, diminuiu o uso da máquina pública em benefício do presidente e atenuou a corrupção eleitoral.

O modelo norte-americano de reeleição poderia ser aplicado ao Brasil, pois os americanos já entenderam que deve haver uma limitação nos mandatos para o aperfeiçoamento da democracia e, conforme brilhante lição de Toledo (2010, p. 154):

Falta ao Brasil o instituto da Ex-Presidência. Copiamos

dos Estados Unidos o instituto da Presidência. Recentemente, chegamos ainda mais perto do modelo ao instituir a reeleição. Esquecemos de copiar o instituto da Ex-Presidência. Este tem sua base na proibição de o presidente concorrer uma terceira vez ao cargo. Elegeu-se e reelegeu-se, acabou. Não lhe sobra a possibilidade de, passados quatro anos, voltar a candidatar-se. Dada essa premissa, o costume fez o resto. Cabe ao ex-presidente o papel de político aposentado, por isso mesmo de estadista acima do bem e do mal, chamado eventualmente para missões internacionais ou para dar palpites em momentos críticos, e de resto dedicado às conferências, ao livro de memórias e à gestão de sua “Biblioteca”, como é conhecida por lá a instituição que cuidará dos papéis, das fotos, dos filmes e das tralhas diversas que lhe documentaram o período presidencial. No Brasil, a possibilidade de voltar a candidatar-se joga a aposentadoria para seus limites biológicos. Um presidente que deixa o cargo bem avaliado descenderá da cadeira candidato à volta.

7 Conclusão

O instituto da reeleição em si é benéfico, pois permite a continuidade e a execução de um plano de governo em médio e longo prazos, servindo também como um referendo de aprovação ou reprovação a esse governo. Entretanto, a reeleição ilimitada aos cargos executivos (a possibilidade de uma pessoa ocupar um mesmo cargo por mais de duas vezes) ofende o princípio da impessoalidade e o pluralismo político, permitindo que um mesmo grupo se perpetue no poder por vários anos, o que sempre é perigoso em

uma sociedade democrática.

A reeleição ilimitada criou uma casta de políticos que se alternam nos cargos do Poder Executivo, em que existem casos de políticos que ocupam o mesmo cargo por três ou quatro vezes, enfraquecendo os partidos políticos, fortalecendo o Poder Executivo e engessando a renovação de ideias na gestão pública.

Isso é mais grave em um país como o Brasil, em que o Poder Executivo é o principal responsável pelos investimentos em infraestrutura, pois mediante a perspectiva de continuidade do governante, os partidos políticos se fragilizam e se tornam satélites de uma única figura: o detentor do poder estatal. Em troca de cargos e benesses, abandonam ideais e se refugiam no exclusivo projeto de continuidade do grupo no poder. Em face disso, defende-se uma nova redação legal ao §5º do art. 14 da Constituição Federal:

§ 5º - O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente, **vedada, em qualquer caso, a eleição por mais de duas vezes para o mesmo cargo.**

É hora de perceber que o amadurecimento do país passa por uma ampla reforma política e pela valorização dos partidos, que deve superar o personalismo e as ambições pessoais de quem quer que seja.

REFERÊNCIAS

ALBANESI, Fabrício Carregosa. **O que se entende por pluralismo político?** 2010. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=200911031530_39742>. Acesso em: 10 jan. 2011.

AMARAL, Jasson Hibner. Breves notas sobre o princípio da impessoalidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1064, 31 maio 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8387/breves-notas-sobre-o-principio-da-impessoalidade>>. Acesso em: 6 jan. 2011.

ANDRIOLLI, Aline Francieli. **O princípio da impessoalidade no ordenamento jurídico brasileiro: letra morta ou preceito despercebido?** 2010. Disponível em: <<http://www.jusvox.com.br/mostra-Artigo.asp?idNoticia=302>>. Acesso em: 6 jan. 2011.

BARRETO, Lauro. **Reeleição e continuísmo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. Brasília: EdUnB, 1990.

CARNEIRO, M.; CABRAL, O. A assombração do continuísmo. **Veja**, São Paulo, n. 2.056, p. 56-64, 16 abr. 2008.

FAUSTO, Carneiro. **Serra diz ser contra a reeleição e a favor de mandato de cinco anos**. 21 abr. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2010/04/serra-diz-ser-contra-reeleicao-e-favor-de-mandato-de-cinco-anos.html>>. Acesso em: 11 jan. 2011.

MARTINS, Antônio Alvez. **A alternância do poder como característica do regime democrático**. 2010. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/a-alternancia-do-poder-como-caracteristica-do-regime-democratico/33956>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORELLI, Daniel Nobre. **Notas sobre pluralismo político e estado democrático de direito**. 2010 Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/4629/Notas_sobre_PluralismoPo>. Acesso em: 1 set. 2010.

QUE assim seja. **Veja**, São Paulo, n. 2.056, p. 9, abr. 2008.

RODRIGUES, Fernando. **Ser político, no Brasil, é uma forma de obter ascensão social**. 2010. Disponível em: <<http://dinarteassuncao.blogspot.com/2010/12/ser-politico-no-brasil-e-uma-forma-de.html>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

SILVA, Sérgio Amaral. **Aos 320 anos, em plena forma**. 2010. Disponível em: <<http://conhecimentopratico.uol.com.br/filosofia/ideologia-sabedoria/21/imprime179397.asp>>. Acesso em: 5 jan. 2011.

TOLEDO, Roberto Pompeu. O dia seguinte. **Veja**, São Paulo, ano 43, n. 40, p. 154, out. 2010.

TRINDADE, Fernando. **Financiamento eleitoral e pluralismo político**. Brasília: Senado Federal. Consultoria Legislativa, 2004. 23p. (Textos para discussão). Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/88/texto4%20-%20financiamento%20eleitoral.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 2 set. 2010.

VASCONCELLOS, Lúcio Flávio. **Reeleição e personalismo**. 2010. Disponível em: <<http://www.wscom.com.br/blog/lucioflavio/post/post/ReeleiC3%A7%C3%A3o+e+Personalismo-145>>. Acesso em: 2 set. 2010.

VASCONCELOS, Telmo da Silva. **O princípio constitucional da impessoalidade e a privatização dos espaços públicos**. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4099/o-principio-constitucional-da-impessoalidade-e-a-privatizacao-dos-espacos-publicos>>. Acesso em: 6 jan. 2011.

PROPAGANDA ELEITORAL: NOVOS TEMPOS, NOVOS DESAFIOS

José Luís Blaszak¹

RESUMO

Este artigo é um passeio desde o ano de 2012 nas principais regras da propaganda eleitoral, tendo como pano de fundo as Resoluções do TSE para cada eleição. Pode-se constatar a (in)evolução da propaganda com o passar dos anos. Antes, a propaganda era facilmente percebida porque se resumia em mecanismos físicos como bandeiras, santinhos, cartazes, faixas, adesivos, publicações em jornais. Agora, com diversas restrições para as propagandas de rua, a propaganda eleitoral ganhou espaço sobremaneira na mídia digital. O alcance da propaganda digital é incalculável, e, por conta disso, na mesma proporção, a dificuldade de seu controle. Os robôs, *fake news*, *junk news*, *big data*, são algumas das ferramentas que poderão ser utilizadas de forma indevida, prejudicando as disputas democráticas. Uma vez potencializada a divulgação de perfis falsos dos adversários, há a quebra da disputa equânime entre os candidatos. A propaganda eleitoral precisa ser repensada hoje a partir dos seus sinais de ontem, projetando-a para um futuro melhor.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Direito eleitoral 2. Propaganda eleitoral
3. Propaganda digital 4. Internet
5. Eleições

¹ Advogado e professor de Direito Eleitoral e de Direito Administrativo. Foi juiz-membro do TRE/MT na classe jurista e presidente da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/MT. É membro do Copeje - Colégio Permanente de Juristas da Justiça Eleitoral.

A propaganda eleitoral tem um histórico interessante na política brasileira. Com a abertura política em 1985 e com a consequente consolidação das votações diretas como marco de democracia, a propaganda eleitoral passou a ser vista como um dos principais sinais dos atos democráticos e políticos no país. Antes disso, colocar a candidatura nas ruas de forma ampla e irrestrita era o sonho de qualquer candidato.

Após a abertura política, as eleições começaram a ganhar corpo e em seguida surgiram as regras da propaganda eleitoral. No ano de 1997, surgiu a Lei nº 9.504, apelidada de Lei das Eleições, a qual traçou procedimentos desde as convenções partidárias até o pós-eleição. Destacamos da Lei nº 9.504/1997 as regras para a propaganda eleitoral, que sempre estiveram insculpidas nos artigos 36 seguintes.

Inicialmente, a propaganda era a mais ampla possível, com distribuição de santinhos, broches, dísticos, bonés, camisetas, bandeiras, adesivos, panfletos, informativos, visita de casa em casa, fixação de outdoors, pinturas em muros, fixação de cartazes em pontos de ônibus, fixação de placas em árvores, viadutos, pontes, carreatas, carros de som, comícios, showmícios, reuniões de bairros.

Durante o período permitido, em todos os dias da semana, havia distribuição de material de propaganda eleitoral nas ruas, nas praças, nas casas dos eleitores. Cada candidato com o seu exército de cabos eleitorais fazia uma jornada exaustiva de propagação da sua candidatura. O lapso temporal era de 6 de julho até às 22 horas do dia que antecedia a eleição. No dia das eleições, inclusive, era garantida a manifestação individual e silenciosa da preferência do eleitor por partido político, coligação ou candidato, revelada exclusivamente pelo uso de bandeiras, broches, dísticos e adesivos.

Defendia-se a ampla propaganda eleitoral como sinal externo de uma democracia recém-conquistada. Era muito comum se ouvir e ler que se tratava da *feira da democracia*.

Em 2008, precisamente, sob o discurso de que as propagandas sujavam muito as cidades e os barulhos dos carros de som incomo-

davam a população, o Ministério Público Eleitoral, país afora, fez nascer uma figura denominada Termo de Ajustamento de Condutas eleitorais – TAC.

Tal instrumento se mostra de certa forma anômalo, pois sua aplicabilidade acontece antes mesmo de qualquer irregularidade praticada. Não há lei de cunho eleitoral com previsão para tal instrumento.

A inspiração dos TACs de forma geral pode ser obtida no site do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP que lá estampa:

O termo de ajustamento de conduta é um acordo que o Ministério Público celebra com o violador de determinado direito coletivo. Este instrumento tem a finalidade de impedir a continuidade da situação de ilegalidade, reparar o dano ao direito coletivo e evitar a ação judicial (BRASIL, 2018).

O CNMP aborda os termos de ajustamento sob a ótica da violação de direito coletivo, de forma a impedir a continuidade de situação de ilegalidade. No direito eleitoral nada disso é realidade. A aplicabilidade dos TACs eleitorais tal como são realizados até hoje não pressupõe uma conduta irregular ou ilícita praticada. A incongruência está no fato de que na esfera eleitoral os termos são realizados antes de qualquer conduta ilícita ser praticada. A lógica induz ao pensamento de que se não há conduta violadora não há que se falar em termos de ajustamento de conduta.

Diz ainda o CNMP:

O termo de ajustamento de conduta está previsto no § 6º do art. 5º da Lei 7.347/85 e no art. 14 da Recomendação do CNMP nº 16/10: Lei nº 7.347/85, § 6º - Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interes-

sados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. Recomendação do CNMP nº 16/10, art. 14 - O Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados (BRASIL, 2018a).

Destaca-se, que o próprio CNMP recomenda a necessidade de previsão legal para a utilização de termos de ajustamento. Fica claro que a manifestação do CNMP diz respeito à lei das ações civis públicas. Portanto, sem nenhuma relação com o direito eleitoral, uma vez que não há previsão de ação civil pública no ordenamento eleitoral.

Os TACs eleitorais foram os embriões das reduções da propaganda eleitoral na Lei das Eleições em vigência. Frisa-se, que, anteriormente, a distribuição de material tinha previsão e embasamento unicamente na Lei das Eleições. Eram propagandas permitidas, com controle legal, facilmente identificadas e quando em desacordo com a norma se determinava a sua imediata retirada, o que não demorava mais do que algumas horas ou no máximo um dia.

As propagandas com conteúdo inverídico, de igual modo, eram facilmente identificadas e de simples delimitação do seu alcance, o que viabilizava com justiça a reparação por meio de direito de resposta.

Com as tantas proibições que ganharam corpo e repercutiram, inclusive, na legislação atual, os marqueteiros da política não se deram por satisfeitos. A mídia digital virou, então, a principal ferramenta para driblar as tantas proibições, proporcionando endereços eletrônicos para os candidatos se mostrarem à uma nova comunida-

de: a comunidade virtual.

Substituiu-se o público-alvo, deixando-se para trás o povo das ruas – o povo físico, para atingir o povo das mídias sociais – o povo digital. Tal advento foi comemorado pelos que não gostavam do lixo eleitoral das ruas.

No ano de 2012, em franco desenvolvimento de novas alternativas de propaganda eleitoral, com as mídias eletrônicas se robustecendo, Irineu Francisco Barreto Junior e Marcel Machado Muscat escreveram interessante artigo intitulado *Aspectos Normativos da Propaganda Eleitoral na Internet*, do qual destacamos da parte inicial a seguinte assertiva:

Este artigo trata da aplicação das novas tecnologias informáticas, originárias da Sociedade da Informação, e sua relação com a Legislação Eleitoral Brasileira, particularmente no que concerne à utilização da Internet e das Redes Sociais como instrumento para propaganda eleitoral. As novas tecnologias são utilizadas para campanhas e propagandas eleitorais, o que muitas vezes ultrapassa a tênue linha entre o que admite a legislação brasileira e aquilo que é considerado uma infração eleitoral. Desta forma, a utilização de ferramentas tecnológicas e a hospedagem de propaganda eleitoral em sítios eletrônicos constitui-se uma realidade patente, porém, muitas vezes, no limiar das restrições normativas. A pesquisa pautou-se em análise hermenêutica da regulamentação eleitoral brasileira e na revisão doutrinária. O tema provoca uma série de abordagens, frente à característica irregular da propaganda que por fim culminou no advento da Lei 12.034/2009. Conclui-se que a normatividade brasileira é insuficiente para dirimir os conflitos que advém do uso da Internet nos sufrágios

brasileiros. A dogmática não consegue acompanhar o célere ritmo das inovações tecnológicas, mas principalmente de uma sociedade cada vez mais conectada, que faz surgir fenômenos como o ativismo político virtual e a militância política na Internet (BARRETO JÚNIOR e MUSCAT, 2012).

Ao se analisar as nuances entre ontem e hoje, a assertiva acima se confirma sob as recentes preocupações da Justiça Eleitoral brasileira pelo que se lê sobre as últimas eleições dos EUA e pelo que se avizinha para as Eleições Gerais no Brasil.

A propaganda eleitoral, uma das faces das campanhas políticas submetidas à mutações advindas da Internet e das novas tecnologias, encontra-se regulada, em linhas gerais, no Código Eleitoral e na Lei nº 9.504/97 – Lei das Eleições, os quais, originalmente, não dispuseram sobre a propaganda eleitoral na rede mundial de computadores, tendo em vista que, quando foram editados, a rede mundial de computadores não existia ou tinha uma utilização muito restrita. Sem embargo, deve-se salientar que os princípios que regem a propaganda em geral, e os limites que lhes são impostos pela legislação eleitoral e pelas resoluções do TSE, devem ser aplicados, naquilo que for cabível, à propaganda em meio virtual.

Em virtude da inexistência de lei específica sobre esse tipo de propaganda eleitoral, a partir das eleições de 2000, o TSE, no uso do seu poder normativo, dispôs por intermédio da Resolução n.º 20.684, que os candidatos poderiam fazer uso do domínio www.nomedocandidatonumerodocandidato.com.br, para divulgação

de propaganda na Internet, contudo, não trouxe outras disposições mais específicas.

Em 2002, o TSE expediu a Resolução n.º 20.988, que estabeleceu que a propaganda na internet estivesse sujeita às mesmas restrições impostas à programação normal do rádio e da televisão, inclusive quanto aos debates, além de manter a propaganda por meio do domínio www.nomedocandidato.numerodocandidato.com.br e vedar a realização de qualquer tipo de propaganda em página de provedores de acesso à internet, em qualquer período.

Nas eleições que se seguiram tais disposições foram praticamente repetidas. Nas eleições municipais de 2008, diversas consultas foram formuladas ao TSE, no entanto, aquela Corte decidiu não conhecê-las, sob o argumento de que questionamentos múltiplos elaborados de maneira esmiuçada e ampla ou que incidam em caso concreto não mereciam conhecimento, deixando que os casos concretos fossem resolvidos individualmente nos respectivos processos.

Em 2009, o Congresso Nacional editou a Lei n.º 12.034, de 29 de setembro de 2009, que alterou as Leis n.º 9.504/97 e n.º 9.096/95, trazendo algumas disposições sobre a propaganda eleitoral na internet (BARRETO JÚNIOR e MUSCAT, 2012).

A verdade é que a propaganda eleitoral está em novos tempos e com novos desafios, exigindo-se um controle eficiente para garantir a paridade de armas entre candidatos no tocante à divulgação dos seus nomes e plataformas. Olhar a (in)evolução das normas aplicadas e aplicáveis à propaganda é mister para formar visão crítica sobre este importante tema das eleições brasileiras.

Para as **Eleições 2012** a normativa se deu por meio da Resolu-

ção do TSE nº 23.370/11, fixando a propaganda eleitoral pela internet como permitida nos *sites* dos candidatos, dos partidos ou coligações, blogs, redes sociais, *sites de* mensagens instantâneas e assemelhados.

Os endereços eletrônicos deveriam ser, obrigatoriamente, informados à Justiça Eleitoral. A hospedagem dos sites precisava se dar em provedor de serviço de internet situado no Brasil.

A utilização de mensagens eletrônicas para fins de propaganda eleitoral pela internet era feita por meio de envios a endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, partido ou coligação. Era terminantemente proibido a comercialização de bancos de dados de endereços eletrônicos, bem como era vedada na internet qualquer tipo de propaganda eleitoral paga, assim como não poderia utilizar sites de pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos, nem tampouco sites oficiais ou hospedados por órgãos ou entidades da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Para todas as mensagens eletrônicas enviadas era necessário mecanismo de descadastramento, caso o destinatário não quisesse receber a propaganda.

As ferramentas como *home pages*, *ate-papo* ou *chat*, eram vistas sob às considerações das normas das Eleições de 2002. Pode-se destacar as considerações expressas daquela época em voto² do ex-Ministro Fernando Neves, citada em artigo do Conjur (sem menção de autor), sob título *Candidato deve usar bom senso para se promover na Internet* :

Equiparo, no que é possível, o bate-papo pela Internet a um comparecimento em um veículo de comunicação, só que de forma virtual. Com uma dificuldade maior, ao invés de simplesmente ligar a televisão ou o rádio,

² TSE - Acórdão 2.715-SP.

ou adquirir um exemplar de jornal, é necessário primeiro acessar a página do provedor e, depois, buscar os caminhos para a sala de bate-papo virtual. Assim, o contato depende da vontade do interessado. O candidato fica apenas à disposição para responder as perguntas que lhe forem dirigidas (CANDIDATO..., 2002).

Maciçamente, em 2012, o correio eletrônico (e-mail) foi um dos modos mais utilizados de chegar aos eleitores. Inúmeros bancos de dados de e-mails foram comercializados, ainda que não permitido. Os e-mails indesejados disparados pelos candidatos no período eleitoral foram considerados *spam*.

Nas **Eleições de 2014**, com o advento da Lei nº 12.891/2013, o art. 36-A da Lei nº 9.504/97, passou a ter a seguinte redação, *verbis*:

não serão consideradas propagandas antecipadas e poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet: a realização de prévias partidárias e sua divulgação pelos instrumentos de comunicação intrapartidária e pelas redes sociais; e a manifestação e o posicionamento pessoal sobre questões políticas nas redes sociais”.

I - a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico; (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013)

II - a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleito-

rais, discussão de políticas públicas, planos de governo ou alianças partidárias, visando às eleições, podendo tais atividades ser divulgadas pelos instrumentos de comunicação intrapartidária; (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013)

(...)

IV - a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se faça pedido de votos; (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013)

V - a manifestação e o posicionamento pessoal sobre questões políticas nas redes sociais. (Incluído pela Lei nº 12.891, de 2013)

O então presidente do TSE, ministro Marco Aurélio chegou a declarar em entrevista para diversos veículos de comunicação que “o ideal seria uma disciplina explícita sobre a utilização da internet. Mas há na Lei nº 9.504 preceitos que conduzem a se considerar, por exemplo, uma propaganda via internet e chegar-se à glosa dessa mesma propaganda”.

De acordo com a Resolução nº 23.404/2014 do TSE se afirmou que havia, no uso das mídias, a possibilidade da livre manifestação do pensamento do eleitor identificado na internet e que somente sofreria limitação quando ocorresse ofensa à honra de terceiros ou divulgação de fatos sabidamente inverídicos .A proibição da propaganda eleitoral paga na internet continuava sendo aplicada.

Era possível fazer propaganda eleitoral na internet em *sites* dos candidatos, dos partidos ou coligações. Também, era permitida a propaganda por meio de mensagem eletrônica para endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, pelo partido ou coligação, bem como por meio de *blogs*, redes sociais, *sites* de mensagens instantâneas e assemelhados, cujo conteúdo seria gerado ou editado por candidatos, partidos, coligações ou de iniciativa de qualquer pessoa natural.

Em 2014, repetiu-se a regra de 2012 tocante à proibição de propaganda eleitoral pela internet, ainda que gratuita, em *sites* de pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos, bem como em *sites* oficiais ou hospedados por órgãos ou por entidades da administração pública direta ou indireta da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios. Da mesma forma, nas mensagens indesejadas era obrigatório constar mecanismo de descadastramento.

Para as **Eleições de 2016**, conforme informações no *site* do TSE, a internet passou a ser uma importante ferramenta de comunicação com os eleitores, em virtude do limite de gastos imposto pela legislação (BRASIL, 2016).

A Resolução do TSE nº 23.457/2015 estabeleceu as regras a serem respeitadas para a realização de propaganda na internet e nas redes sociais.

De acordo com a norma, a propaganda eleitoral na internet poderia ser feita em sites dos candidatos, dos partidos ou das coligações, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral. O *site* deveria estar hospedado em provedor de serviço de internet estabelecido no Brasil. Também, era permitido o envio de mensagens eletrônicas para endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, partido ou coligação. Nesses casos, a comunicação deveria dispor de mecanismo que permitia o descadastramento, caso indesejada.

A legislação também permitia a veiculação em blogs, redes sociais e *sites* de mensagens instantâneas de conteúdo gerado ou editado por candidatos, partidos ou coligações ou de iniciativa de qualquer pessoa.

A legislação continuou a proibir a veiculação de qualquer tipo de propaganda eleitoral paga na internet e nas redes sociais, bem como a veiculação de propaganda eleitoral, mesmo que gratuitamente, em *sites* de pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos, e em sites oficiais ou hospedados por órgãos ou entidades da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A venda de cadastro de endereços eletrônicos e a realização de propaganda via *telemarketing*, em qualquer horário, também eram proibidas. A legislação ainda impedia a atribuição indevida de conteúdo a terceiro, inclusive candidato, partido ou coligação. O crescimento assustador da utilização das mídias sociais nas Eleições de 2016 obrigou severa fiscalização.

O Ministro do TSE Admar Gonzaga alertou, na época, que

As pessoas que participam do processo eleitoral, ainda de forma oculta, podem ser rastreadas. Hoje em dia, há ferramentas que possibilitam esse tipo de busca. O TSE tem convênio com a Polícia Federal, que permite o rastreamento da fonte de determinada propaganda ilegal. Nos casos de propaganda irregular, há imposição de multa, que pode variar de R\$ 5 mil a R\$ 30 mil, assim como a repercussão criminal do autor de propaganda acusando alguém de um crime que não cometeu.

Para as **Eleições de 2018**, que se avizinha, o TSE já publicou a Resolução nº 3.551/2017, a qual fixa os parâmetros para a propaganda eleitoral na internet.

A Resolução diz que é livre a manifestação do pensamento do eleitor identificado ou identificável na internet, sendo somente passível de limitação quando ocorrer ofensa à honra de terceiros ou divulgação de fatos sabidamente inverídicos.

É dito, inclusive, que são permitidas as manifestações na internet ocorridas antes da data prevista para o início da propaganda eleitoral (16/08/2018), podendo delas constar mensagem de apoio ou crítica a partido político ou a candidato, próprias do debate político e democrático.

A Resolução do TSE nº 23.551/2017, no art. 23, elenca as for-

mas de propaganda eleitoral na internet em consonância com a Lei nº 9.504/1997, art. 57-B, incisos I a IV:

- em sítio do candidato, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no País;
- em sítio do partido político ou da coligação, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no País;
- por meio de mensagem eletrônica para endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, pelo partido político ou pela coligação;
- por meio de blogues, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e aplicações de internet assemelhadas cujo conteúdo seja gerado ou editado por:
 - candidatos, partidos políticos ou coligações; ou qualquer pessoa natural, desde que não contrate impulsionamento de conteúdos.

De igual modo às eleições anteriores, os endereços eletrônicos das aplicações, salvo aqueles de iniciativa de pessoa natural, de eleitores, deverão ser comunicados à Justiça Eleitoral, podendo ser mantidos durante todo o pleito eleitoral os mesmos endereços eletrônicos em uso antes do início da propaganda eleitoral (Lei nº 9.504/1997, art. 57-B, § 1º).

Chama a atenção na Resolução em comentário que não será admitida a veiculação de conteúdos de cunho eleitoral mediante cadastro de usuário de aplicação de internet com a intenção de falsear

identidade (Lei nº 9.504/1997, art. 57-B, § 2º), visando, sobretudo, a combater as *fake news*.

Na tentativa de impedir a utilização de mecanismos que causem desequilíbrio entre os candidatos, a Resolução do TSE estipula que é vedada a utilização de impulsionamento de conteúdos e ferramentas digitais (com objetivo de alterar o teor ou a repercussão de propaganda eleitoral) que não sejam disponibilizadas pelo provedor da aplicação de internet, ainda que gratuitas, tanto próprios quanto de terceiros (Lei nº 9.504/1997, art. 57-B, § 3º).

Destaca-se que a manifestação espontânea na internet de pessoas naturais em matéria político-eleitoral, mesmo que sob a forma de elogio ou crítica a candidato ou partido político, não será considerada propaganda eleitoral na forma do inciso IV, do art. 23 da Resolução.

O art. 24, §1º da citada Resolução dispõe que é vedada, ainda que gratuitamente, a veiculação de propaganda eleitoral na internet em sítios de pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos, bem como os sítios oficiais ou hospedados por órgãos ou por entidades da administração pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O art. 25 diz que é livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato durante a campanha eleitoral, por meio da internet, assegurado o direito de resposta, nos termos dos arts. 58, § 3º, inciso IV, alíneas a, b e c, e 58-A da Lei nº 9.504/1997, e por outros meios de comunicação interpessoal mediante mensagem eletrônica.

São vedadas às pessoas relacionadas no art. 24 da Lei nº 9.504/1997 a utilização, doação ou cessão de cadastro eletrônico de seus clientes, em favor de candidatos, de partidos políticos ou de coligações³.

³ I - entidade ou governo estrangeiro;

II - órgão da administração pública direta e indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do Poder Público;

O art. 29 dispõe que é vedada a realização de propaganda via *telemarketing*, em qualquer horário, em obediência à Constituição Federal, art. 5º, incisos X e XI e ao Código Eleitoral, art. 243, inciso VI.

A Resolução, no seu art. 32, conceitua:

- **internet:** o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes;
- **terminal:** o computador ou qualquer dispositivo que se conecte à internet;
- **endereço de protocolo de internet (endereço IP):** o código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais;
- **administrador de sistema autônomo:** a pessoa física ou jurídica que administra blocos de endereço IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento, devidamente cadastrada no ente nacional responsável pelo registro e pela distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao País;
- **conexão à internet:** a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela

III - concessionário ou permissionário de serviço público;

IV - entidade de direito privado que receba, na condição de beneficiária, contribuição compulsória em virtude de disposição legal;

V - entidade de utilidade pública;

VI - entidade de classe ou sindical;

VII - pessoa jurídica sem fins lucrativos que receba recursos do exterior.

VIII - entidades beneficentes e religiosas;

IX - entidades esportivas;

X - organizações não governamentais que recebam recursos públicos;

XI - organizações da sociedade civil de interesse público.

internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP;

- **registro de conexão:** o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados;
- **aplicações de internet:** o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet;
- **registros de acesso a aplicações de internet:** o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP;
- **sítio hospedado diretamente em provedor de internet estabelecido no País:** aquele cujo endereço (URL – Uniform Resource Locator) é registrado no organismo regulador da internet no Brasil e cujo conteúdo é mantido pelo provedor de hospedagem em servidor instalado em solo brasileiro;
- **sítio hospedado indiretamente em provedor de internet estabelecido no País:** aquele cujo endereço é registrado em organismos internacionais e cujo conteúdo é mantido por provedor de hospedagem em equipamento servidor instalado em solo brasileiro;
- **sítio:** o endereço eletrônico na internet subdividido em uma ou mais páginas que possam ser acessadas com base na mesma raiz;
- **blogue:** o endereço eletrônico na internet, mantido ou não por provedor de hospedagem, composto por uma única página em caráter pessoal;
- **impulsioneamento de conteúdo:** o mecanismo ou

serviço que, mediante contratação com os provedores de aplicação de internet, potencializem o alcance e a divulgação da informação para atingir usuários que, normalmente, não teriam acesso ao seu conteúdo;

- **rede social na internet:** a estrutura social composta por pessoas ou organizações, conectadas por um ou vários tipos de relações, que compartilham valores e objetivos comuns;
- **aplicativo de mensagens instantâneas ou chamada de voz:** o aplicativo multiplataforma de mensagens instantâneas e chamadas de voz para smartphones;
- **provedor de acesso ou de conexão à internet:** a pessoa jurídica fornecedora de serviços que consistem em possibilitar o acesso de seus consumidores à internet;
- **provedor de aplicação de internet:** a empresa, organização ou pessoa natural que, de forma profissional ou amadora, forneça um conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet, não importando se os objetivos são econômicos;
- **provedor de conteúdo na internet:** a pessoa natural ou jurídica que disponibiliza na internet as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação (ou autores), utilizando servidores próprios ou os serviços de um provedor de hospedagem para armazená-las.

A Resolução nº 23.551/2017 inova com a disciplina da remoção de conteúdo da internet.

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 (Lei nº 9.504/1997, art. 57-J).

§ 1º Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, as ordens judiciais de remoção de conteúdo divulgado na internet serão limitadas às hipóteses em que, mediante decisão fundamentada, sejam constatadas violações às regras eleitorais ou ofensas a direitos de pessoas que participam do processo eleitoral.

§ 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.

§ 4º Em circunstâncias excepcionais devidamente justificadas, o prazo de que trata o parágrafo anterior poderá ser reduzido.

§ 5º O provedor responsável pela aplicação de internet em que está hospedado o material deverá promover a sua remoção dentro do prazo razoável assinalado, sob pena de arcar com as sanções aplicáveis à espécie.

§ 6º Findo o período eleitoral, as ordens judiciais de remoção de conteúdo da internet deixarão de produzir

efeitos, cabendo à parte interessada requerer a remoção do conteúdo por meio de ação judicial autônoma perante a Justiça Comum.

§ 7º As sanções aplicadas em razão da demora ou descumprimento da ordem judicial reverterão aos cofres da União.

A rapidez com que a propaganda digital avançou é proporcional aos incrementos que cada dia nasce no meio *Web*. Logo, plataformas como Facebook, Twitter, Instagram, WhatsApp, para citar alguns, passaram a ser as ferramentas não só dos candidatos certos como de pessoas aparentemente sem pretensões políticas, mas que aos olhos de marqueteiros e partidos reúnem o mínimo de perfil.

Pessoas especializadas oferecem aos partidos e candidatos tanto serviços amparados pela lei quanto os que vão na contramão da legalidade. Atualmente, é possível impulsionar positivamente um perfil sem apelo direto de cunho eleitoral, bem como se pode realizar postagens de conteúdo falso contra alguém, chamadas de *fake news*, lixo eletrônico, lixo digital. Essas mensagens chegarão até as pessoas disfarçadas de notícia e perfil verdadeiros.

Quando se lança mão antecipadamente dessas ferramentas se tem como objetivo realizar certa preparação de terreno de desconhecidos, caso venham a decidir pela candidatura. Tal possibilidade fica facilitada pela ausência ainda de maior controle da Justiça Eleitoral do mundo virtual. Além disso, pode-se testar antecipadamente ao período eleitoral permitido o perfil de neófitos com potencial político, facilitando às agremiações as escolhas de nomes que valeria a pena apostar as fichas.

Enquadrar tais práticas como propaganda antecipada virou matéria obsoleta, desnecessária, diante da magnitude e ao mesmo tempo sutileza do alcance.

Porém, a realidade é mais séria do que aparenta. A última eleição dos EUA está ainda sob suspeita de que o vencedor tenha se bene-

ficiado do uso das ferramentas digitais de forma ilegal. As pesquisas apontavam, na reta final, a vitória de Hillary Clinton. Comenta-se que o resultado de Trump como vencedor tenha sido por conta das avalanches de *fake news*, ou seja, notícias falsas encaminhadas às vésperas da eleição para milhões de eleitores, e, que boa parte destes destinatários mudaram sua preferência por conta do conteúdo distorcido.

É dito que já se importou para as próximas Eleições Gerais no Brasil em 2018 a tecnologia de manipulação digital de informações para a prática de propaganda eleitoral fora das normas e dos limites controláveis da Justiça Eleitoral.

Robôs, *fake news*, *junk news*, *big data*, são algumas das ferramentas que podem ser utilizadas na propagação da propaganda eleitoral digital fora das regras e do controle da Justiça Eleitoral. A utilização de forma indevida dessas ferramentas são prejudiciais ao sistema democrático de disputas eleitorais porque potencializam a divulgação de perfis tanto verdadeiros dos candidatos quanto falsos dos adversários.

A reparação se tornou medida difícil ao tempo em que a notícia se propaga. O direito de resposta é uma incógnita ainda por conta da imprecisão do alcance de uma *fake news*, por exemplo.

No dizer do professor Diogo Rais, há uma distinção entre o que seria *fake news* e a mera desinformação, segundo os parâmetros do dolo na divulgação, a escala alcançada e o dano causado às reputações. Segundo ele, muito pouco pode ser feito em relação à polarização; mas a desinformação, por outro lado, que é o seu fruto mais conhecido, pode ser combatida por meio da disseminação mais assertiva de informações legítimas (BRASIL, 2018).

Ele defende que não é a hora de se tentar regular as *fake news* porque, na prática, isso seria um trabalho infrutífero. Segundo Rais, a legislação já dispõe de dispositivos para coibir a calúnia, injúria ou difamação, sendo a solução para a nossa realidade o reforço na divulgação de notícias confiáveis.

Em recente Fórum Nacional promovido pelo Colégio de Pre-

sidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais tivemos a honra de ser convidado para compartilhar nossas ideias sobre a propaganda eleitoral digital, no qual se concluiu que é necessário e urgente o aprofundamento da matéria, o aparelhamento, os trabalhos de parcerias, especialmente, no que tange ao combate à proliferação das notícias falsas, as *fake news*. A identificação nas redes sociais, bem como os respectivos rastreamentos, identificando quem as promove é política imperativa à Justiça Eleitoral e seus parceiros institucionais.

Frisa-se, o poder de fogo dessas ferramentas, ou seja, a capacidade de elas disparar uma notícia avassaladora e em um segundo de tempo alcançar milhões de eleitores que possuam uma das plataformas de acesso é fator de desequilíbrio certo em uma eleição. Como já dito, são manobras digitais capazes de manipular a marcha eleitoral, ferindo o processo democrático de paridade de armas nas disputas entre candidatos.

Para concluir, é importante retomar a dicotomia entre propaganda do passado e do presente, em uma análise singela, firmando que ao se enfraquecer os métodos tradicionais das ruas, do corpo a corpo, fortaleceu-se o ambiente virtual sem aparente dimensão. Antes, se produzia lixo físico, palpável, reciclável; agora, se produz lixo eletrônico, sem controle, impossível de se tocar, de ser delimitado.

O momento é de reflexão sobre os objetivos da propaganda eleitoral. Entre passado e presente há elementos em comum e a Democracia é o principal deles. A Democracia precisa ser preservada mesclando-se as práticas de origem, do corpo a corpo, por exemplo, com as ferramentas virtuais de hoje – dentro da legalidade e do controle de equidade. Ao eleitor se alerta para uma simples precaução, ou seja, o cuidado em responder pedidos de perfis na internet e rede sociais. Observar se há como proibir o compartilhamento de seus dados para terceiros é uma das primeiras medidas a se fazer. Ao se evitar o compartilhamento de cadastro se consolida a primeira atitude para dificultar a propagação de algo ilícito.

REFERÊNCIAS

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; MUSCAT, Marcel Machado. Aspectos normativos da propaganda eleitoral na internet. **Redesg:** Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global, v. 1, n. 2, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/index.php/RE-DESG/article/download/6839/pdf_1>. Acesso em: 10 mai. 2018

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Portal dos direitos coletivos**. 2018. Disponível em: <<http://www.cnmp.gov.br/direitoscoletivos/index.php/4-o-que-e-o-termo-de-ajustamento-de-conduta>>. Acesso em: 10 maio 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Eleições 2016**: confira as regras para a veiculação de propaganda eleitoral na internet. 17 out. 2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Agosto/eleicoes-2016-confira-as-regras-para-a-veiculacao-de-propaganda-eleitoral-na-internet>>. Acesso em: 10 maio 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Juristas e representantes das redes sociais debatem propaganda eleitoral na internet em evento da EJE/TSE**. 20 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Abril/juristas-e-representantes-das-redes-sociais-debatem-propaganda-eleitoral-na-internet-em-evento-da-eje-tse>>. Acesso em: 10 maio 2018.

CANDIDATO deve usar bom senso para se promover na Internet. **Revista Consultor Jurídico**, 25 set. 2002. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2002-set-25/propaganda_eleitoral_internet>. Acesso em: 10 maio 2018.

**QUAL O ALCANCE DO
ARTIGO 16 DA CF/88?
BREVES NOTAS SOBRE A SEGURANÇA
JURÍDICA NO DIREITO ELEITORAL À LUZ DA
DOCTRINA DE R. DWORKIN E F. MULLER**

Rodrigo Terra Cyrineu¹

RESUMO

O artigo tem o propósito de verificar a aplicabilidade do artigo 16 da Constituição Federal às alterações jurisprudenciais promovidas pelos Tribunais Eleitorais, e em especial ao Tribunal Superior Eleitoral, em razão da necessidade de se proteger a legítima expectativa dos *players* do processo eleitoral em relação às diretrizes estabelecidas pelas Cortes no que toca à interpretação e aplicação da legislação eleitoral.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Anterioridade
2. Segurança jurídica
3. Alteração de jurisprudência

¹ Advogado. Especialista em Direito Eleitoral, Direito Administrativo e Direito Constitucional pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso. Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Público de Brasília (IDP/DF). Membro-fundador e atual tesoureiro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (Abradep).

A proposta do presente artigo é responder a uma indagação bem simples: a “lei” a que se refere o artigo 16 da Constituição Federal² deve ser lida de maneira meramente gramatical ou de forma a se alcançar a interpretação dada pelos tribunais pátrios aos atos normativos editados pelos órgãos competentes? Simples indagação, difícil resposta.

O ponto de partida é: não é possível falar-se em eleição, no contexto de um Estado de Direito, sem uma definição segura das regras da disputa eleitoral. Aliás, como tudo em Direito, a segurança jurídica é fator *sine qua non*. Nas palavras de Almiro do Couto e Silva, “a noção de segurança jurídica é conatural e, pois, indissociável da própria noção de direito, só existindo direito onde existe segurança jurídica” (SILVA, 2013, p. 21). Nas de Celso Antônio Bandeira de Mello, “Direito e segurança jurídica são noções literalmente inseparáveis” (MELLO, 2013, p. 41).

Gustav Radbruch vaticina que justiça e segurança são os únicos “elementos universalmente válidas da ideia de direito” (RADBRUCH, 1979, p. 162), ou seja, em qualquer parte dos domínios terrestres em que se pense em Direito, há de se fazer presente, sempre e necessariamente, o sentimento de confiabilidade nas regras jurídicas e nas instituições que as criam e as aplicam.

Não é por menos que J. J. Gomes Canotilho, em sua clássica lição, adverte que a segurança jurídica é decorrência da própria ideia de Estado de Direito. Isto é, sendo o Estado de Direito, no seu escólio, um princípio, a segurança jurídica (juntamente com a ideia de proteção à confiança) – ao lado da legalidade, da proibição do excesso e da proteção jurídica e das garantias processuais – é um “subprincípio concretizador” (CANOTILHO, 2003, p. 257).

Logo, demasia alguma é afirmar que a segurança jurídica assume, ou pelo menos deveria assumir (e essa é a crítica que se fará ao

² “Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”.

longo do texto³), papel sobranceiro no Direito Eleitoral.

Isso porque, é bom que se registre, com o crescimento significativo das causas de inelegibilidade introduzidas pela Lei Complementar nº 135/2010, em redações nada claras e precisas, os partidos políticos e candidatos se escoram, não é exagero dizer, totalmente nas decisões do Tribunal Superior Eleitoral, instituição que, sendo o intérprete e guardião final da legislação infraconstitucional eleitoral, dá significado às normas que regem o processo eleitoral.

O que acontece, entretanto, e sobretudo nos Tribunais Regionais Eleitorais, é a constante alteração da jurisprudência entre um pleito e outro ou, pior, no curso de um mesmo pleito eleitoral, a ferir de morte a faceta da proteção à confiança inerente à segurança jurídica.

Não é por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária proferida no julgamento do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº. 637.485/RJ fixou o seguinte entendimento (destaca-se, da ementa, apenas o que interessa ao presente texto) – *verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. REELEIÇÃO. PREFEITO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 14, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA ELEITORAL. SEGURANÇA JURÍDICA. I. REELEIÇÃO. MUNICÍPIOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 14, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. PREFEITO. PROIBIÇÃO DE TERCEIRA ELEIÇÃO EM CARGO DA MESMA NATUREZA, AINDA QUE EM MUNICÍPIO DIVERSO.

³ Ruy Samuel Espíndola, invocando Adriano Soares da Costa, é categórico: “O Direito Eleitoral, como nos ensina o Mestre, está ainda a reboque do que chama de ‘infantilismo teórico da doutrina eleitoral’, que se propõe a abordar o Direito eleitoral a partir da jurisprudência casuística, movediça e insegura do Tribunal Superior Eleitoral, tudo sem lastro científico e sem adequadas raízes constitucionais” (COSTA apud SPÍNDOLA, 2018, p. 173).

(...)

II. MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA ELEITORAL. SEGURANÇA JURÍDICA. ANTERIORIDADE ELEITORAL. NECESSIDADE DE AJUSTE DOS EFEITOS DA DECISÃO. Mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica. Não só a Corte Constitucional, mas também o Tribunal que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral devem adotar tais cautelas por ocasião das chamadas viragens jurisprudenciais na interpretação dos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral. Não se pode deixar de considerar o peculiar caráter normativo dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, que regem todo o processo eleitoral. Mudanças na jurisprudência eleitoral, portanto, têm efeitos normativos diretos sobre os pleitos eleitorais, com sérias repercussões sobre os direitos fundamentais dos cidadãos (eleitores e candidatos) e partidos políticos. No âmbito eleitoral, a segurança jurídica assume a sua face de princípio da confiança para proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que de alguma forma participam dos prélios eleitorais. A importância fundamental do princípio da segurança jurídica para o regular transcurso dos processos eleitorais está plasmada no princípio da anterioridade eleitoral positivado no art. 16 da Constituição. O Supremo Tribunal Federal fixou a interpretação desse artigo 16, entendendo-o como uma garantia constitucional (1) do devido processo legal eleitoral, (2) da igualdade de chances e (3) das minorias (RE 633.703). Em razão do caráter

especialmente peculiar dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, os quais regem normativamente todo o processo eleitoral, é razoável concluir que a Constituição também alberga uma norma, ainda que implícita, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE. Assim, as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior.

III. REPERCUSSÃO GERAL. Reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais atinentes à (1) elegibilidade para o cargo de Prefeito de cidadão que já exerceu dois mandatos consecutivos em cargo da mesma natureza em Município diverso (interpretação do art. 14, § 5º, da Constituição) e (2) retroatividade ou aplicabilidade imediata no curso do período eleitoral da decisão do Tribunal Superior Eleitoral que implica mudança de sua jurisprudência, de modo a permitir aos Tribunais a adoção dos procedimentos relacionados ao exercício de retratação ou declaração de inadmissibilidade dos recursos repetitivos, sempre que as decisões recorridas contrariarem ou se pautarem pela orientação ora firmada.

IV. EFEITOS DO PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Recurso extraordinário provido para: (1) resolver o caso concreto no sentido de que a decisão do TSE no RESPE 41.980-06, apesar de ter entendido corretamente que é inelegível para o cargo de Prefeito o cidadão que exerceu por dois mandatos consecutivos cargo de mesma natureza em

Município diverso, não pode incidir sobre o diploma regularmente concedido ao recorrente, vencedor das eleições de 2008 para Prefeito do Município de Valença-RJ; (2) deixar assentados, sob o regime da repercussão geral, os seguintes entendimentos: (2.1) o art. 14, § 5º, da Constituição, deve ser interpretado no sentido de que a proibição da segunda reeleição é absoluta e torna inelegível para determinado cargo de Chefe do Poder Executivo o cidadão que já exerceu dois mandatos consecutivos (reeleito uma única vez) em cargo da mesma natureza, ainda que em ente da federação diverso; (2.2) as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral ou logo após o seu encerramento, impliquem mudança de jurisprudência, não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior.⁴

Nada obstante o referido julgado acima transcrito, dado, como já dito, sob a égide da repercussão geral, o entendimento a propósito da temática não é nada pacífico. Basta ver, a título exemplificativo, a apertada decisão (4 votos contra 3) tomada pelo Tribunal Superior Eleitoral no julgamento do REspe nº. 550-80⁵ proveniente de

⁴ RE 637485, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-095 DIVULG 20-05-2013 PUBLIC 21-05-2013.

⁵ “ELEIÇÕES 2016. RECURSO ESPECIAL. RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA - RCED. VEREADOR. CONDENAÇÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SUPOSTA INELEGIBILIDADE DA ALÍNEA L DO INCISO I DO ARTIGO 1º DA LC N. 64/90. JULGAMENTO COLEGIADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO SUSPENSO POR FORÇA DE LIMINAR. ART. 26-C DA LC N. 64/90. REVOGAÇÃO DA TUTELA, COM A NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL PELO STJ, EM DATA POSTERIOR À DAS ELEIÇÕES, EMBORA ANTERIOR À DA DIPLOMAÇÃO DOS ELEITOS. SÚMULA N. 47/TSE. INCIDÊNCIA. TESE TRAZIDA EM CONTRARRAZÕES. ACÓRDÃO RECORRIDO. MANUTENÇÃO. FUNDAMENTO DIVERSO. DESPROVIMENTO. 1.

Guaxupé/MG, no qual a corrente vencida, encabeçada pelo Ministro Luiz Fux, assim se posiciona – *verbis*:

VOTO (vencido)

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (vice-presidente no exercício da presidência): Senhores Ministros, façõ

O argumento da defesa, de não cabimento do RCED, dado o marco temporal final para a verificação da causa de inelegibilidade, foi trazido em contrarrazões ao recurso especial, pelo que cognoscível. 2. In casu, a candidata eleita teve o seu diploma impugnado na via do recurso contra expedição de diploma (art. 262 do Código Eleitoral) porque condenada por improbidade administrativa, em decisão colegiada, cujos efeitos, suspensos por força de medida liminar deferida pelo STJ com base no art. 26-C da LC n. 64/90, foram restaurados em data posterior à do pleito, embora anterior à da diplomação. 3. O TRE, por entender que inelegibilidade suspensa não equivale à inelegibilidade superveniente, para fins do marco temporal previsto na parte final do Enunciado Sumular nº 47/TSE, rejeitou a preliminar de não cabimento do presente RCED. No mérito, porém, a ele negou provimento, pois ausente um dos requisitos da inelegibilidade do art. 1º, I, 1, da Lei Complementar nº 64/90, qual seja, o do enriquecimento ilícito. 4. O acórdão recorrido não está em conformidade com o posicionamento do TSE, na linha de que, “ultrapassada a possibilidade de arguição em sede de registro de candidatura, as inelegibilidades previstas no caput do art. 26-C da LC n. 64/90 podem ser arguidas no Recurso Contra Expedição de Diploma (RCED), desde que a manutenção da condenação, da qual decorriam ou a revogação de liminar apta a suspendê-las, tenha ocorrido até a data da eleição” (AgR-REspe n. 393-10/BA, Rel. Min. Luciana Lóssio, DJe de 15.2.2016). É justamente o preconizado no Enunciado Sumular n. 47/TSE: “a inelegibilidade superveniente que autoriza a interposição de recurso contra expedição de diploma, fundado no art. 262 do Código Eleitoral, é aquela de índole constitucional ou, se infraconstitucional, superveniente ao registro de candidatura, e que surge até a data do pleito”. 5. Eventual revisão de enunciado sumular, ex vi do art. 927, § 4º, do CPC, deve levar em consideração os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, os quais, para além de recomendar não seja procedida no caso concreto (nem para pleito já transcorrido), denotam a imperiosa necessidade de se evitar surpresa ao jurisdicionado, sobretudo na seara eleitoral, na qual o voto depositado pelo eleitor leva sempre em consideração a situação, que se pretende a mais estável possível, do candidato na data da eleição. 6. Conforme assentou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 637.485, “no âmbito eleitoral, a segurança jurídica assume a sua face de princípio da confiança para proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que de alguma forma participam dos prélios eleitorais. A importância fundamental do princípio da segurança jurídica para regular transcurso dos processos eleitorais está plasmada no princípio da anterioridade eleitoral positivado no art. 16 da Constituição”. 7. Recurso especial ao qual se nega provimento, mantendo-se, por fundamento diverso, a conclusão da Corte Regional quanto ao desprovimento do recurso contra expedição de diploma”. (Recurso Especial Eleitoral nº 550-80, Acórdão, Relator(a) Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 07/12/2017).

uma intervenção, porquanto nunca me conformei com o entendimento de se utilizar segurança jurídica contra moralidade das eleições.

Destaco isso porque consignei no julgamento do Agravo de Instrumento nº 3037, bem como no Agravo no Recurso contra Expedição de Diploma nº 8128, que deveríamos evoluir nesse sentido, porque não se coaduna com a higidez do processo político eleitoral que não se leve em consideração causa de inelegibilidade suspensa por força de liminar e que ressurgiu antes da diplomação - quer dizer, essa causa já existia e apenas foi suspensa e ressurgiu no momento em que se diplomaria o eleito, como destacou o Ministério Público.

Então, destaco que o exercício constitucionalmente ilegítimo do mandato eletivo reclama a ausência de mácula ou de restrição ao estado jurídico de elegibilidade do candidato eleito durante todo o processo eleitoral.

(...)

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal entendeu que quem exerce atividade autorizada por liminar, fica sujeito, digamos assim, numa linguagem do falecido, saudoso Professor Barbosa Moreira, a chuvas e trovoadas.

Decidiu o Supremo Tribunal Federal que candidatos que ingressaram com liminar em concursos realizados há mais de um decênio tinham que se afastar das funções, porque a liminar é um provimento por essência provisório, não pode solidificar situação antijurídica.

Aliás, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho fez uma pergunta inversa que leva exatamente a um paradoxo. E se, por exemplo, antes da diplomação, afastar-se a causa de inelegibilidade? Não se vai aproveitar? Até por princípio de isonomia, se se aproveita de um lado,

aproveita-se de outro.

Então, peço vênica para divergir da manifestação do eminente Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, sempre dedicado ao estudo dos seus processos, para dar provimento ao recurso especial e, consecutivamente, cassar o diploma de Luzia Angelini Silva.⁶

Uma forte ala do Poder Judiciário está a encampar uma postura mais rígida no tocante à implementação de medidas enérgicas de combate à corrupção e à improbidade, utilizando, como pano de fundo, o princípio da moralidade. Melhor dizendo: dando primazia ao moralismo em detrimento de conquistas civilizatórias⁷, tal qual, entre tantas outras, a segurança jurídica.⁸

A problemática merece, como se vê, cuidadosa reflexão doutrinária, de forma a se reafirmar, como já feito alhures, a primazia da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito sobre qualquer outro princípio inerente ao processo eleitoral. De mais a mais, é forçoso delimitar o alcance do artigo 16 da CF/88, como parece ter dado sinal o Supremo Tribunal Federal no retrocitado RE nº 637.485/RJ.

Por todos os críticos, forçoso registrar a cirúrgica e resistente lição de Adriano Soares da Costa:

⁶ Idem.

⁷ Nesse sentido, veja-se a lição de c: “(...) quando alguém interpreta um texto constitucional contemporâneo, ele interpreta simultaneamente a história do constitucionalismo que vem à tona no horizonte do intérprete e o ajuda a situá-lo no espaço e no tempo. Não que o intérprete deva estudar e conhecer em detalhes toda essa história, com o rigor do historiador profissional. Mas deve, isto sim, fazer esforço suficiente para saber e reconhecer que os pilares que sustentam a Constituição em sentido moderno, isto é, o Estado de direito, a democracia e os direitos fundamentais, não são meras palavras ao vento; são antes conquistas que remontam a muitos séculos de avanços e retrocessos”.

⁸ A propósito do tema, confira-se a crítica de Scarpino (2016). Do lado oposto, avalizando a postura particularista da jurisdição em temas políticos, confira-se a obra de Barbosa (2016). Coadunamos, em grande medida, com o posicionamento da primeira obra sugerida.

Em um universo de conceitos jurídicos vazios, em que a doutrina se depende de fazer o seu mister, fica a jurisprudência livre para usar os conceitos normativos de qualquer modo, como se fossem destituídos de conteúdo. Com isso, até mesmo a inelegibilidade deixa de ser sanção para ser um “sabe-se-lá-o-quê”. É ainda onde mais nitidamente se percebe o terrível vazio normativo decorrente do vazio teórico: os institutos jurídicos passam a ser usados de qualquer modo e jeito para atender a quaisquer fins e bandeiras. Há apenas, como conseqüência disso, a irracionalidade jurídica, o decisionismo voluntarista e uma crise de segurança jurídica (COSTA, 2013, p. 15).

A segurança jurídica e a proteção da confiança⁹ exigem, no escólio de J. J. Gomes Canotilho, “(1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos” (CANOTILHO, 2003, p. 257). Iso não ocorre no contexto das hipóteses de inelegibilidade, marcadas por textos imprecisos e nada claros, acabando por ensejar, inclusive, a transferência significativa do poder de criar restrições ao sufrágio passivo ao Poder Judiciário.

Ao alertar, a propósito, do perigo das normas de textura aberta, o mestre de Coimbra destaca duas conseqüências de sua existência: (i) “dar cobertura a uma inversão de competências constitucionais e legais”¹⁰; e (ii) torna “claudicante a previsibilidade normativa em re-

⁹ A propósito da faceta subjetiva do subprincípio da proteção à confiança, confira-se a lição de Judith Martins-Costa - verbis: “A confiança dos cidadãos é constituinte do Estado de Direito, que é, fundamentalmente, estado de confiança. Seria mesmo impensável uma ordem jurídica na qual não se confie ou que não viabilize, por meio de seus órgãos estatais, o indispensável estado de confiança. A confiança é, pois, fator essencial à realização da justiça material, mister maior do Estado de Direito” (MARTINS-COSTA, 2004, p. 116).

¹⁰ A propósito da inversão de competências e de subversão do processo eletivo decorrente

lação ao cidadão e ao juiz”. E finaliza: “a exigência da determinabilidade das leis ganha particular acuidade no domínio das leis restritivas ou de leis autorizadas de restrição” (CANOTILHO, 2003, p. 258).

Isso é, a textura aberta da Lei das Inelegibilidades, independentemente da sua conformação constitucional¹¹, transfere aos Tribunais Eleitorais e, em especial, ao Tribunal Superior Eleitoral a tarefa de delimitar o alcance de cada causa de inelegibilidade nela estampada, estando justamente aí, na fixação de precedentes, a clarificação do sentido e a própria racionalidade da lei.

Aliás, como cediço, há muito foi superado o positivismo-legalista¹², dando espaço ao pós-positivismo, o qual, resumidamente, se define no fato de que “não se pode mais confundir texto normativo com norma”. E, no que interessa ao presente trabalho, esclarece Georges Abboud que “o texto normativo é o programa da norma, representa o enunciado legal (lei, súmula vinculante, portaria, de-

da má redação legislativa e da hipertrofia da Justiça Eleitoral, confira-se a advertência de Adriano Soares da Costa – verbis: “O moralismo eleitoral parte normalmente de uma compreensão equivocada da teoria da inelegibilidade, que se põe a serviço de um certo justicamento antidemocrático, ainda que movido pelas melhores intenções. Não há dúvidas que é necessário depurarmos as nossas instituições, porém essa é tarefa complexa, que não se esgota em medidas irrefletidas, movidas por um certo voluntarismo, que de tanto simplificar os problemas apenas cria novos problemas. Ora, em uma democracia, quem deve afastar o mau político é o eleitor pelo voto. O critério de definição? Cabe ao eleitor definir. Porém, essa minoria não acredita na democracia, não acredita no eleitor: prefere, então, criar aos borbotões e sem pejo critérios de exclusão previamente. Antidemocraticamente. Ah, mas o eleitor é analfabeto, dirão alguns. Ah, mas o eleitor vende o voto, dirão outros. Certo, então proibamos o pobre e o analfabeto de votarem. Quem terá coragem de abertamente defender essa tese absurda? Ninguém, por evidente. Então, fingem defender a democracia, quando na verdade pretendem é criar, às avessas, uma espécie de sufrágio censitário. O eleitor vai votar, é certo, mas em uma lista antes já submetida a um processo de higienização ideológica. A isso chamo de moralismo eleitoral, essa forma fundamentalista de aplicação de uma certa moral ao processo eletivo” (COSTA, 2013, p. 16-17).

¹¹ A propósito das inconstitucionalidades da LC 135/2010, confira-se: Espíndola (2018, p. 23-31).

¹² Ramires (2016, p. 43): “(...) o positivismo normativista era a concepção jurídico-doutrinária mais difundida de seu tempo. E também está hoje claro que, como afirma Arthur Kaufmann, esse positivismo lógico-normativo, com seus procedimentos lógico-formais e seu desprezo pelo conteúdo das normas, ‘perdeu de vista e vida real’”.

creto), sua constituição é *ante casum* e sua existência é abstrata” (ABBOUD, 2016, p. 65).

Friedrich Müller, pai da teoria estruturante do Direito, assim já dizia há pelo menos 50 (cinquenta) anos – *verbis*:

(...) se evidenciou que o positivismo legalista ainda não superado pela teoria e práxis refletidas, com a sua compreensão do direito como sistema sem lacunas, da decisão como uma subsunção estritamente lógica, e com a sua eliminação de todos os elementos da ordem social não reproduzidos no texto da norma é tributário de uma ficção que não pode ser mantida na prática (MÜLLER, 1999. p. 48).

Os enunciados normativos, no pós-positivismo, não são apenas os atos normativos primários, como ocorria na época do legalismo. Mais que isso, neste grupo incluem-se os precedentes, os quais vão formando, ao longo do tempo, o corpo jurídico íntegro¹³ (romance em cadeia)¹⁴ a que faz alusão R. Dworkin, no qual o cidadão deposita confiança ao se planejar para agir.

Nesse sentido, verifique-se a didática lição de Dworkin:

[...] um juiz ou um cidadão que precisa decidir o que é direito quando se vê diante de alguma questão complexa, deve interpretar o direito do passado para descobrir

¹³ Neste sentido, Abboud (2016, p. 77): “(...) a norma é um produto da interpretação, ela tem o caráter de atribuição de sentido a um texto que se manifesta na linguagem a partir de um processo de mediação com a Tradição, que é o espaço de atuação do jurista. A atividade interpretativa é sempre histórica, porque o texto somente é abordável a partir da historicidade do intérprete”.

¹⁴ A esse propósito, confira-se o escólio de Streck (2015, p. 86): “(...) a integridade na aplicação do direito significa reconstrução histórica da cadeia de casos interpretados/julgados (doutrina e jurisprudência)”.

quais os princípios melhor o justificam e, em seguida, decidir o que tais princípios exigem no novo caso (DWORKIN, 2010, p. 200).

A esse propósito, confira-se, uma vez mais, o escólio de F. Müller:

A não identidade de norma e texto da norma, a não vinculação da normatividade a um teor literal fixado e publicado com autoridade ressalta também do fenômeno do direito consuetudinário. Não se duvida da sua qualidade jurídica, embora ele não apresente nenhum texto definido com autoridade. Essa propriedade do direito, de ter sido elaborado de forma escrita, lavrado e publicado segundo um determinado procedimento ordenado por outras normas, não é idêntica à sua qualidade de norma. Muito pelo contrário, ela é conexas a imperativos do Estado de Direito e da democracia, característicos do Estado constitucional burguês da modernidade. Mesmo onde o direito positivo dessa espécie predominar, existe *praeter constitutionem* em um direito (constitucional) consuetudinário com plena qualidade de norma. **Além disso, mesmo no âmbito do direito vigente a normatividade que se manifesta em decisões práticas não está orientada linguisticamente apenas pelo texto da norma jurídica concretizanda. A decisão é elaborada com ajuda de materiais legais, de manuais didáticos, de comentários e estudos monográficos, de precedentes e de material do Direito Comparado, quer dizer, com ajuda de numerosos textos que não são idênticos e transcendem o teor literal da norma** (MÜLLER, 1999, 54-55, grifo nosso).

Aliás, mesmo os positivistas assim declarados não enxergam o Direito como fruto da mera legalidade, o que foi difundido durante muito tempo no Brasil de forma equivocada. Por todos, confira-se H. Hart – *verbis*: “De acordo com minha teoria, a existência e o conteúdo do *direito* podem ser identificados por meio de referência às fontes sociais do direito (por exemplo, a legislação, as decisões judiciais, os costumes sociais) (...)” (HART, 1994, p. 205).

A historicidade, característica elementar do Direito, é assim sintetizada por Eros Roberto Grau: “o juiz decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo, considerando o direito todo, e não apenas um determinado texto normativo” (GRAU, 2009, p. 42).

De fato, se assim não fosse, o legislador ordinário não teria introduzido, com o advento do novo Código de Processo Civil, inúmeros dispositivos atinentes à estabilização da jurisprudência das Cortes¹⁵ e o dever de coerência das decisões¹⁶, a evidenciar, de forma incontroversa, a superação, no âmbito do sistema jurídico brasileiro, do velho e ultrapassado legalismo, abrindo espaço ao paradigma pós-positivista que tem o Direito como fruto da experiência histórica de sua aplicação pelas Cortes de Justiça, em uma constante, gradual e ininterrupta evolução.

Da mesma forma que o Congresso Nacional, em parceria com personalidades da comunidade jurídica, reconheceu a importância dos Tribunais na formação do material jurídico, foram disciplinados mecanismos de contenção de sua atuação em casos de mudanças abruptas de orientação¹⁷, de forma a harmonizar a necessária evolução do Direito

¹⁵ “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

¹⁶ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...) V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

¹⁷ “Art. 927. (...) § 2o A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3o Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos

com as situações consolidadas sob a égide do regime jurídico superado.

A esse respeito, confira-se o escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello:

No Estado Democrático de Direito é tão acentuado o respeito aos direitos da cidadania que até mesmo as decisões do Poder Judiciário, órgão encarregado da dicção do Direito no caso concreto, cumprindo, a luminosa função, por assim dizer, oracular de esclarecer e impor o direito a se aplicar em uma situação dada, pode ocorrer de ser adotada solução que leve em conta a necessidade de preservar ao menos relativamente as situações de fato já ocorridas (MELLO, 2013, p. 45).

Em se tratando de direitos da cidadania, não há prerrogativa mais importante ao cidadão do que aquela de votar e ser votado, de participar das tomadas de decisões políticas, como aliás as próprias declarações internacionais de direitos humanos não se olvidaram a evidenciar a manifesta pertinência da lição do distinto administrativista.

Atento à problemática da insegurança jurisprudencial, Gustavo Bohrer Paim assevera que “deve-se ter especial atenção com a estabilidade da interpretação jurisprudencial, a fim de que se garanta a cognoscibilidade do Direito, ao mesmo tempo em que se atinjam os ideais de confiabilidade e de calculabilidade do Direito” (PAIM, 2016, p. 30).¹⁸

tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4o A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5o Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”.

¹⁸ Paim (2016, p. 30) continua: “A segurança jurisprudencial, assim, também faz parte da definição de segurança jurídica, sendo desejável a estabilidade e a confiabilidade do Direito,

Sobre o que é o Direito, Pontes de Miranda é cirúrgico:

O princípio de que o juiz está sujeito à lei é, ainda onde o meteram nas Constituições, algo de ‘guia de viajantes’, de itinerário, que muito serve, mas nem sempre basta. (...) Se entendermos que a palavra ‘lei’ substitui a que lá deverá estar, ‘direito’, já muda de figura. Porque o direito é conceito sociológico, a que juiz se subordina, pelo fato mesmo de ser instrumento da realização dele. E esse é o *verdadeiro* conteúdo do juramento do juiz, quando promete respeitar e assegurar a lei. Se o conteúdo fosse o de impor a *letra legal*, e só ela, aos fatos, a função judicial não corresponderia àquilo para que foi criada: apaziguar, realizar o direito objetivo. Seria a perfeição em matéria de braço mecânico do legislador, braço sem cabeça, sem inteligência, sem discernimento; mas antissocial e, como a lei e a jurisdição servem à sociedade, absurda. (...) Seria pouco provável a realizabilidade do direito objetivo, se só fosse a lei: não apenas pela inevitabilidade das lacunas, como porque a própria realização supõe provimento aos casos omissos e a subordinação das partes imperfeitas aos princípios do próprio direito a ser realizado (PONTES DE MIRANDA, 1975, p. 288-292 apud GRAU, 2009, p. 72).

O Direito é a interpretação conferida às leis do Parlamento pelos Tribunais por meio de decisões fundamentadas e atualmente acessíveis aos cidadãos, e sobretudo à comunidade jurídica, pelos novos meios de comunicação que permitem o conhecimento em tempo instantâneo de todos os julgamentos do Poder Judiciário. Não há mais espaço para pla-

evitando-se decisões contraditórias, ininteligíveis e com fundamentação deficiente, que enfraquecem a segurança jurídica, tanto em sua dimensão estática de cognoscibilidade, quanto em sua dimensão dinâmica de confiabilidade e calculabilidade”.

nejamento jurídico sem o domínio dos precedentes, os quais passaram a ter força persuasiva em conjunto com o acervo legislativo pátrio.

Disso tudo resulta, portanto, a compreensão de que o vocábulo “lei” compreendido no artigo 16 da Constituição Federal deve ser lido como “enunciado normativo”, a alcançar, também, a interpretação dada pelos Tribunais Eleitorais a um dado dispositivo legal ou constitucional.

Foi exatamente essa a conclusão do voto condutor do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 637.485/RJ – *verbis*:

O art. 16 da Constituição traduziu o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à mudança na legislação eleitoral. Em razão do caráter especialmente peculiar dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, os quais regem normativamente todo o processo eleitoral, é razoável concluir que a Constituição também alberga uma norma, ainda que implícita, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE.

Logo, é possível concluir que a mudança de jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral está submetida ao princípio da anterioridade eleitoral. Assim, as decisões do TSE que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior.¹⁹

¹⁹ RE nº. 637.485/RJ, p. 29 do voto do Relator, Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

A aplicação do princípio da anterioridade eleitoral aos Tribunais é vista, na lapidar advertência do Ministro Sérgio Banhos, como forma de proteger a expectativa legítima dos “principais atores do processo eleitoral: candidatos e eleitores”, os quais não podem “ser surpreendidos com decisão que encerre violação ao princípio da confiança e afete a indispensável previsibilidade que devem ostentar os atos estatais, inclusive os de jurisdição”.²⁰

Sustentando-se a aplicação do princípio da anterioridade eleitoral às alterações jurisprudenciais, na linha do que afirmado no voto-condutor do Ministro Gilmar Mendes no referido RE nº 637.485/RJ, isto é, de que existe uma norma constitucional implícita da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE, é de se indagar: as alterações jurisprudenciais só podem projetar efeitos se ocorrerem 1 (um) ano antes do pleito eleitoral, a exemplo da lei em sentido estrito?

Novamente a resposta é deveras complexa, sobretudo porque, embora o acórdão tenha se referido ao postulado implícito da “anualidade” em relação à alteração da jurisprudência eleitoral, não se fixou, de forma clara e expressa, que a Corte Superior Eleitoral tenha que alterar seu entendimento, para que seja possível a sua aplicação ao próximo prélio, até 1 (um) ano antes de sua realização.

Com efeito, o que foi efetivamente fixado no referido precedente é que a Justiça Eleitoral, por intermédio de seu órgão de cúpula, está proibida de aplicar um novo entendimento fixado no curso do processo eleitoral ou imediatamente após a sua realização, ficando a seguinte questão em aberto: e se, no interregno entre o prazo do artigo 16 da Constituição Federal e o início do processo eleitoral em sentido estrito (que tem seu início com o termo *a quo* para os partidos realizarem coligações e posteriormente lançarem candidatos), o Tribunal Superior Eleitoral alterar dado entendimento sobre um tema, haveria possibilidade de sua aplicação ao pleito vindouro?

²⁰ REspe 550-80, Tribunal Superior Eleitoral, op. cit., p. 26-7 do acórdão.

A interpretação histórica do artigo 16 da Constituição não impõe óbice, uma vez que a referida norma, em sua concepção original,

[...] busca, em síntese, proteger o processo eleitoral de mudanças casuísticas, ou seja, alterações que possam atender aos interesses de quem, na condição de legislador e simultaneamente destinatário da norma, sabe que terá que enfrentar a disputa eleitoral proximamente e poderá, por isso mesmo, cultivar a tentação de introduzir alterações legislativas com o propósito inconfessável de obter vantagens em futuras eleições (GUEDES, apud CANOTILHO et al., 2013, p. 689).

A alteração da jurisprudência promovida por magistrados eleitorais não precisa receber o rigoroso tratamento constitucional, sobretudo porque não há falar-se em legislação em causa própria, tampouco interesse pessoal na alteração do entendimento pretoriano. E, reafirme-se, a despeito do Pretório Excelso ter utilizado a expressão “anualidade”, no corpo do acórdão não consta nenhuma referência expressa no sentido de que a mudança de entendimento deva se dar até 1 (um) ano antes do pleito vindouro.

O que se percebe é que o Pretório Excelso fixou, em sede de repercussão geral, não ser possível, após consolidado determinado entendimento jurisprudencial para um certo pleito, que haja alteração em seu curso ou logo após o seu encerramento, cabendo à doutrina e ao próprio Judiciário delimitar o termo *ad quem* para que o novo entendimento tenha condições de vingar na próxima eleição.

A solução a ser encontrada deve ser compatível com o nosso perfil constitucional, o qual, na lição da professora Marilda de Paula Silveira, é assim sintetizado:

Defende-se, contudo, que as decisões sejam promovidas em um cenário que permita conhecer o Direito aplicável ao caso ou, no mínimo, acessar as variáveis relevantes para qualquer tomada de decisão. Deve-se poder confiar nos elementos que são considerados na ponderação de riscos. Isso não significa que o princípio da segurança jurídica pressupõe a certeza prévia e absoluta a respeito do conteúdo das normas jurídicas. Menos ainda pretende estagnar o ordenamento jurídico por uma pretensão de imutabilidade contrária ao próprio fundamento do Estado democrático de Direito. Sua garantia, por vezes, está relacionada à extensão da mudança, mas, em grande medida diz respeito à sua forma de implementação (SILVEIRA, 2016, p. 45).

Nenhum prejuízo será causado aos *players* de um determinado processo eleitoral se a alteração jurisprudencial se der até pouco antes do período das convenções, o qual é previsto no artigo 8º da Lei nº 9.504/1997 entre o período de 20 de julho a 5 de agosto do ano eleitoral. Em assim sendo, o ideal seria que a jurisprudência se fixasse até a última sessão do primeiro semestre do ano eleitoral, o que permitiria a ampla divulgação de todas as decisões de modo a melhor informar partidos e pretensos candidatos.

Parece ter sido exatamente essa a tônica do voto do Ministro Dias Tóffoli no citado RE nº 637.485/RJ:

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, o que nós temos no caso? O cidadão, no exercício do segundo mandato de prefeito, faz uma consulta, em fevereiro ou março, para saber se pode ou não ser candidato. Aí ele verifica que a jurisprudência de anos de eleições a fio do Tribunal Superior Eleitoral

é no sentido da possibilidade de, caso ele renuncie seis meses antes do pleito ao seu atual mandato, disputar as eleições no município vizinho, ou em outro município. E a resolução do Tribunal Superior Eleitoral assim o dizia: é lícito fazê-lo. Ou seja, o Estado-Juiz disse a esse cidadão, no início do ano de 2008: Cidadão, você pode ser candidato em outro município, caso deixe o cargo que hoje ocupa. E o mesmo Estado-Juiz vai lá e lhe diz: Não, você não podia. É disso que se trata!

A mudança de jurisprudência é possível? É possível. Qual a maneira de aplicá-la na Justiça Eleitoral? A maneira engendrada pelo Ministro **Gilmar Mendes** parece ser compatível não só com a Constituição, mas com a lógica de não haver alterações, dentro do mesmo processo eleitoral, abruptas, que pegam o cidadão na disputa do **jus honorum** - talvez o mais sagrado dos direitos, o de representar os concidadãos -; que pegam esse cidadão de maneira imprevista. Como ficam os advogados que aconselham sem uma jurisprudência que se sabe que valerá? E mais, quando há instrução! Instrução tem efeito de norma, nós todos sabemos!²¹

Concluindo-se que a orientação jurisprudencial deve ser estabilizada para o pleito do respectivo ano até a última sessão do primeiro semestre do mesmo ano eleitoral, indaga-se, por fim, o seguinte: tal regra comportaria hipótese de exceção? Isto é: haveria alguma possibilidade de superação da orientação jurisprudencial no curso do pleito ou logo após o seu encerramento? A resposta para ambas as indagações é positiva.

Como já defendemos em publicações pretéritas, o direito à elegibilidade está inserido no seletor rol dos direitos humanos, sen-

²¹ RE nº. 637.485/RJ., p. 55 do acórdão.

do compreendido, ainda, como direito fundamental na nossa ordem doméstica, a evidenciar, portanto, a necessidade de seu tratamento privilegiado (CYRINEU, 2016, p. 217-237).

Nesse sentido, confira-se a orientação do próprio Tribunal Superior Eleitoral²²:

[...] 4. As causas de inelegibilidade devem ser interpretadas restritivamente, a fim de que não alcancem situações não contempladas pela norma e para que se evite “a criação de restrição de direitos políticos sob fundamentos frágeis e inseguros, como a possibilidade de dispensar determinado requisito da causa de inelegibilidade, ofensiva à dogmática de proteção dos direitos fundamentais” (RO nº 448-53, Rel. Min. Gilmar Mendes, PSESS de 27.11.2014).

5. As regras que preveem a inelegibilidade não podem sofrer alargamento por meio de interpretação extensiva, desconsiderando as peculiaridades e a situação real do cidadão, segundo a materialidade do caso analisado, sob pena de obstruir o seu direito constitucional de lançar-se na disputa do certame eleitoral. [...].²³

²² E ainda: “(...) 2. Por se tratar de norma restritiva de direitos, as regras alusivas às causas de inelegibilidade devem ser interpretadas estritamente, de modo a não alcançar situações não contempladas na lei e acabar por cercar o direito fundamental à elegibilidade, especialmente quando se exige criativa interpretação a fim de se alcançar um terceiro regime de contagem de prazo. 3. A garantia fundamental para o pleno exercício de direitos políticos está amplamente resguardada pela Constituição Federal em seus arts. 14, § 9º, e 16, os quais preveem, respectivamente, lei complementar para disciplinar as causas de inelegibilidades e a submissão de qualquer alteração legal que possa afetar o processo eleitoral à regra da anualidade. Logo, tanto o legislador como os operadores do direito devem pautar-se pelas referidas normas, de modo a não cometerem abusos e desvios na aplicação das causas de inelegibilidades, tampouco a criação de nova regra de contagem de prazos de inelegibilidades, sobretudo mediante a combinação de regimes, como se pretendeu *in casu*”. (TSE - Recurso Especial Eleitoral nº 20.003, Acórdão, Relator(a) Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 17/11/2016).

²³ Recurso Especial Eleitoral nº 28641, Acórdão, Relator(a) Min. Tarcisio Vieira de Carvalho

Disso resulta que a Corte Eleitoral pode – ou melhor, deve – alterar a jurisprudência antes fixada sempre que se verificar um excesso na interpretação de uma dada regra de inelegibilidade, de modo que a evolução do entendimento privilegie – jamais prejudique – o *jus honorum* do cidadão.²⁴

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BARBOSA, Edmilson. **Perspectivas de moralização em questões político-eleitorais, a partir do ativismo do STF**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Lisboa: Almedina, 2013.

Neto, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 157, Data 15/08/2017, Página 91/92.

²⁴ E não se trata de solução heterodoxa, pois no âmbito penal é perfeitamente justificada a retroação *in bonam* partem de nova norma criminal menos rigorosa e, portanto, mais benéfica ao acusado. Nesse sentido, confira-se: “(...) 13. A nova redação do parágrafo único do art. 288 do Código Penal, introduzida pela Lei nº 12.850/2013, por se tratar de norma penal mais benéfica, deve retroagir para alcançar fatos pretéritos. 14. Impetração não conhecida, por unanimidade. *Habeas corpus* concedido, de ofício, por maioria”. (STJ - HC 145.474/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 30/05/2017).

COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral**. 9. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CYRINEU, Rodrigo Terra. Direitos políticos como categoria de direitos humanos e sua interpretação pretoriana: da necessária recuperação do garantismo em sede de análise do sufrágio passivo. In: PEREIRA, Rodolfo Viana; SANTANO, Ana Claudia (Orgs.). **Conexões eleitoralistas**. Belo Horizonte: Abradep, 2016, p. 217-237. Disponível em: <http://www.abradep.org/wp-content/uploads/2016/10/abradep_conexoes_rodrigo.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2018.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Direito eleitoral**. Florianópolis: Habitus, 2018.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HART, H. L. A. **The concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 1994.

MARTINS-COSTA, Judith. A resignificação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. **Revista CEJ**, v. 8, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Estado de direito e segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 41-64.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

PAIM, Gustavo Bohrer. **Direito eleitoral e segurança jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1975. Tomo 6.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

RAMIRES, Maurício. **Diálogo judicial internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SCARPINO JÚNIOR, Luiz Eugênio. **Moralidade eleitoral e juristocracia: análise crítica da Lei da ficha limpa - Lei complementar nº 135/10**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SILVA, Almiro do Couto. Prefácio. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO Augusto Neves (Coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 21-35.

SILVEIRA, Marilda de Paula. **Segurança jurídica, regulação, ato-mudança, transição e motivação**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

REVISÃO JUDICIAL DE QUESTÕES INSENSÍVEIS À ESCOLHA EM MATÉRIA POLÍTICA: O CASO DA ADI Nº 5632 E DOS MANDADOS DE SEGURANÇA Nº 34.574 , 34.599 E 34.602¹

José Claudio Monteiro de Brito Filho²

Juliana Rodrigues Freitas³

RESUMO

Texto que discute a revisão judicial de atos do parlamento em questões *interna corporis*, com previsão constitucional. Marco teórico é Ronald Dworkin, especificamente sua defesa da revisão judicial de questões insensíveis à escolha. Estudo feito a partir das concepções de Dworkin, servindo de base para a análise da ADI 5632, do MS 34.574, do MS 34.599 e, especialmente, do MS 34.602, em que se discute, especialmente, a possibilidade de ocupação mais de uma vez do cargo de Presidente da Câmara dos Deputados, na mesma legislatura.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Revisão judicial
2. Questões insensíveis à escolha
3. Supremo Tribunal Federal
4. Ronald Dworkin
5. ADI 5632 - MS 34.574 - MS 34.599
- MS 34.602.

¹ Artigo defendido no Conpedi sediado em Braga/Portugal.

² Doutor em Direito pela PUC/SP. Professor do PPGD-Cesupa e do PPGD-UFPA

³ Doutora em Direito pela UFPA. Professora do PPGD- Cesupa.

1 Introdução

Assunto ainda polêmico, não somente porque envolve posições diametralmente opostas, mas também pela multiplicidade de questões envolvidas (modelos de democracia, limites na distribuição dos direitos aos integrantes da comunidade etc.), é o da possibilidade de revisão judicial das ações emanadas do Poder Legislativo e do Poder Executivo, especialmente quando envolve matéria, em princípio, reservada a estes, ou seja, tomadas em áreas de sua competência específica.

E a discussão é mais aguda quando escapa do terreno onde, tradicionalmente, tem ocorrido a atuação do Poder Judiciário, que é a seara dos direitos fundamentais, na qual já há relativo consenso – não obstante existam vozes relevantes que insistem em negar essa possibilidade, nem que seja no plano das ideias e não no âmbito normativo –, ao menos no Brasil, de que é possível haver essa atuação, sendo as críticas dirigidas mais aos limites e à qualidade da atuação.

Um exemplo é a atuação judicial em questões que envolvem matéria política, especialmente, em relação ao modo de funcionamento do Poder Legislativo, o que tem recebido críticas severas dos integrantes desse Poder, mas tem ocorrido em um crescendo, sendo exemplos recentes a decisão do Ministro Teori Zavascki na Ação Cautelar (AC) 4.070 DF, confirmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em 5 de maio de 2016, suspendendo o exercício do mandato do então Deputado Eduardo Cunha e, por consequência, da Presidência da Câmara dos Deputados, assim como a decisão na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (MC na ADPF) 402 DF, tomada pelo Plenário do STF, em 7 de dezembro de 2016, em que se deliberou, por unanimidade, que os substitutos eventuais do Presidente da República que ostentem a condição de réus em ação penal ficam impedidos de exercer essa substituição, mas – essa parte da decisão foi tomada por maioria – mantêm a possibilidade de continuar nos

cargos de chefia e direção por eles ocupados.

Foram ajuizadas quatro novas ações em que a temática está sendo enfrentada: a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5632 DF, de autoria do partido político Solidariedade, autuada em 16 de dezembro de 2016, o Mandado de Segurança (MS) 34.574 DF, de autoria de André Peixoto Figueiredo Lima, Deputado Federal pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), autuado em 29 de dezembro de 2016, o Mandado de Segurança 34.599 DF, de autoria de Jacob Alfredo Stoeffels Kaefer, autuado em 26 de janeiro de 2017, e o Mandado de Segurança 34.602 DF, de autoria de Júlio Cesar Delgado e outros, todos deputados federais, autuado em 30 de janeiro de 2017, e que, em abstrato ou em concreto, objetivavam, especialmente, idêntica providência: impedir que o Deputado Rodrigo Maia, Presidente da Câmara dos Deputados até 1º de fevereiro de 2016, pudesse, por nova eleição, continuar a ocupar a Presidência, ao argumento de que esse ato importaria em violação ao artigo 57, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

Aparentemente, trata-se de questão *interna corporis* da Câmara dos Deputados, infensa à possibilidade de atuação do Poder Judiciário, mas, à semelhança das duas ações acima indicadas, houve ao menos a atuação e os processos seguem seu curso, tendo havido, não obstante, decisão denegatória do pedido liminar feito no MS 34.602 DF, e que teve como corolário a possibilidade de candidatura do Deputado Rodrigo Maia, que foi, em 2 de fevereiro de 2017, reeleito para a presidência da Câmara dos Deputados.

O que o trabalho pretende é investigar essa atuação do Supremo Tribunal Federal, ainda que ela ainda esteja, ao menos em tese, marcada pela provisoriedade, pois não houve, até o momento, julgamento definitivo das ações.

O problema de pesquisa, considerando o que foi exposto, é saber se é legítima a revisão judicial em matéria de atuação, ao menos em tese, *interna corporis* do Poder Legislativo, independentemente

da qualidade da decisão, sendo, por conseguinte, objetivo geral identificar que razões legitimam a atuação judicial em matéria de atuação em questões internas do Poder Legislativo.

A hipótese de trabalho é a de que é possível a atuação jurisdicional em questões dessa natureza, desde que envolvam questões insensíveis à escolha, não podendo haver a referida atuação quando, em contrário, a questão for sensível à escolha, e sendo uma hipótese secundária a de que a qualidade da decisão não modifica nem enfraquece a revisão judicial.

O marco teórico da pesquisa é Ronald Dworkin que, em diversos escritos: *Uma questão de princípio* (2001), *Levando os direitos a sério* (2002), *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade* (2011) e *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor* (2014), revelou-se um defensor da revisão judicial, desde que observadas algumas condicionalidades.

Do ponto de vista metodológico, o trabalho iniciará em perspectiva mais filosófica, com a análise do pensamento de Dworkin, que defende a revisão judicial, dentro de modelo específico de democracia, e em relação a questões por ele especificadas. A seguir será discutida a questão de forma mais jurídica, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal, mais especificamente pela atuação monocrática do Ministro Celso de Mello, principalmente na questão que envolve pedido para que se impedisse que o Deputado Rodrigo Maia concorresse a novo mandato de Presidente da Câmara dos Deputados na mesma legislatura. Por fim, em conclusão, serão somadas as duas análises, apresentando-se um juízo crítico a respeito da atuação do Supremo Tribunal Federal em relação à questão.

2 A revisão judicial no pensamento de Ronald Dworkin: uma discussão de cunho filosófico

Como dito desde a introdução, ainda há muita polêmica a respeito da revisão judicial dos atos do Poder Legislativo, especialmen-

te quando isso implica ataque direto a políticas do próprio Estado, e, mais especialmente ainda, quando se trata de atos de natureza política, que vamos nesse texto denominar os que são tomados por agentes políticos pertencentes ao Poder Legislativo, individualmente ou em conjunto, em assuntos do interesse direto desse Poder do Estado.

Não é incomum essa polêmica nem restrita ao Brasil. Dworkin, em *Levando os direitos a sério*, publicado em inglês em 1977, e seu primeiro livro (DWORKIN 2002, p. 206), já afirmava que opiniões conservadoras, há algum tempo, indicavam que a Suprema Corte americana excedia os limites de sua autoridade.

Essa não é uma questão simples, que permita simples conclusão a respeito de ser ou não conveniente a revisão judicial em casos dessa natureza, ou de, também simplesmente, decidir os limites da atuação jurisdicional.

Em verdade, trata-se de questão em que, primeiro, é preciso decidir que modelo de democracia⁴ deve ser adotado, e, no caso brasileiro, que modelo foi adotado. Depois é que se pode decidir se há limites para a atuação jurisdicional e quais são esses limites.

É o que pretendemos fazer neste item, antes de passar para o seguinte, em que serão analisadas questões mais estritamente jurídicas, como já sinteticamente indicamos na introdução.

A análise, é preciso destacar novamente, segue o pensamento de um dos maiores autores, no plano global, a respeito dessa questão, que é Ronald Dworkin, aproveitando discussões que ele travou em quatro de suas onze obras, especificamente as que foram declinadas ainda na introdução.

Registramos que a ideia não é fazer uma análise individual de cada uma dessas obras, mas sim aproveitar o pensamento

⁴ Democracia, em sua acepção moderna, e de forma ampla, para *The Oxford dictionary of philosophy*, de Simon Blackburn (2016, p. 125), significa: “*the sovereignty of the people in general, expressed not directly by a vote on individual questions, but through representatives. Questions arise whether various mechanisms ensure that decision-making authentically answers to the people, or serves their interest*”.

do autor a respeito dos temas que interessam para a discussão. E Dworkin é importante para a nossa discussão porque, não obstante o controle da constitucionalidade das leis e demais atos normativos nos Estados Unidos não ser exatamente igual ao brasileiro, é fato que ele existe. Além disso, a discussão a respeito dos limites do Judiciário na apreciação dos atos dos demais poderes do Estado é tão presente lá como cá.

A propósito dessa segunda questão, Dworkin, em *Levando os direitos a sério* (DWORKIN, 2002, p. 215), discorrendo a respeito de como os tribunais devem decidir casos difíceis, afirma que há duas filosofias a respeito. A primeira, que denomina de ativismo judicial, e, a segunda, que chama de moderação judicial. Na primeira, os juízes decidem as questões de acordo com sua visão moral recente, assim julgando os atos do parlamento e do executivo. Na segunda, devem respeitar as decisões dos outros poderes do Estado, a não ser que violem de forma clara a moralidade política⁵.

Essa segunda concepção, conforme Dworkin (2002, p. 220-221), gera uma teoria constitucional baseada na deferência, e que é sustentada por um argumento que o autor denomina de argumento a partir da democracia, em razão do fato de que “questões controversas de teoria moral e política” devem ser decididas por quem foi eleito para esse fim, e não por tribunais, formados por membros vitais e que não podem ser responsabilizados pela comunidade.

O próprio Dworkin (2002, p. 222-223), depois de apresentar algumas considerações a respeito, discutindo um argumento que ele mesmo indica, de que os parlamentos “estão especialmente habilitados a tomar decisões constitucionais, independentemente de sua capacidade de tomar melhores decisões”, refuta essa ideia porque não leva em consideração que os direitos contra a maioria não podem ser

⁵ A moralidade política pode ser entendida, em sentido que não se limita a uma determinada concepção de justiça, como o conjunto de princípios que regem uma determinada sociedade. Ver mais a respeito em Vita (1993, p. 19-26).

decididos por essa própria maioria, desde que esteja em discussão a proteção de direitos individuais.

Registramos a respeito disso, e desde logo, que a questão deve ser vista sob prisma mais amplo, ou seja, o de que é imperioso reconhecer, em um Estado que reconhece direitos fundamentais e se sustenta em uma constituição, que as pessoas têm direitos que devem ser reconhecidos em qualquer circunstância, ou seja, como diz Dworkin (2002, p. 231), “que os homens têm direitos morais contra o Estado”, e que não podem ser modificados livremente pelo Parlamento, devendo haver um mecanismo que permita o controle dessa situação. A isso, todavia, voltaremos mais adiante, com o objetivo de alargar essa ideia.

E essas duas concepções, ou, como denomina Dworkin, filosofias, não são apenas o objeto de uma escolha a respeito da atuação jurisdicional por um juízo de conveniência, como à primeira vista poderia parecer, ou seja, uma escolha feita sem um contexto específico. São, pelo contrário, consequência do modelo de democracia adotado – como a explicação de Dworkin, logo acima, já indica – e que dá ao Poder Judiciário poder para uma atuação mais livre ou mais limitada, conforme o caso, em se tratando da apreciação de atos emanados dos demais poderes do Estado.

Não obstante possam ser indicados outros, nesse estudo vamos nos concentrar em dois: a democracia majoritária e a democracia constitucional, por duas razões principais: primeiro porque neles a atuação jurisdicional pode ser vista em formas distintas no tocante aos limites que estamos investigando, e também porque são os dois modelos com que Dworkin acertadamente trabalha para discutir essa questão, apesar de que, via de regra, fazendo uma discussão que perpassa pelos dois modelos, mas a partir de outros pressupostos.

Esse autor, em *A virtude soberana*, trabalha com duas concepções de democracia. A primeira, que chama de concepção dependente, e que “presume que a melhor forma de democracia é a que tiver mais

probabilidades de produzir as decisões substantivas que tratem todos os membros da comunidade com igual consideração”. Já a segunda, o autor denomina de concepção separada de democracia, para a qual “a democracia é, em essência, uma questão de distribuição igualitária de poder sobre as decisões políticas” (DWORKIN, 2011, p. 256).

Em outra obra, *A raposa e o porco-espinho*, Dworkin (2014, p. 587) afirma que a concepção dependente, que nessa nova obra recebe na tradução a denominação de coparticipativa, “liga a democracia às restrições substantivas das condições de legitimidade”, enquanto que a separada, agora denominada de majoritarista, “define a democracia de modo puramente procedimental”.

Como se pode observar, a primeira concepção trabalha a ideia de democracia a partir da noção de que é importante que as decisões tomadas preservem a igual consideração, princípio segundo o qual o Estado deve tratar todos os cidadãos com igualdade de consideração e respeito.

Já para a segunda, o que importa é a distribuição igualitária do poder, o que finda por consagrar a ideia de que as decisões são tomadas, basicamente, a partir da regra da maioria.

Ainda em *A virtude soberana*, Dworkin (2011, p. 261) argumenta que a concepção separada não pode ter sucesso caso pensada em sua forma mais pura, assumindo a defesa de uma concepção mista, com características das duas concepções.

Isso parece natural para todos os que acreditam que a regra da maioria é importante para a noção de democracia, mas não se pode sobrepor ao respeito a valores previamente definidos pela comunidade, e que devem ser preservados da vontade de uma maioria circunstancial, qualquer que ela seja, salvo quando existe a possibilidade de alteração desses valores, de forma também previamente definida⁶. E para evitar essa sobreposição, a revisão judicial parece, à primeira vista, uma solução possível.

⁶ Pensemos, por exemplo, em disposição constitucional não protegida pela regra da imutabilidade, que não seja cláusula pétreia. É possível alterar essa disposição? Sim, por

Voltando ao autor cujas ideias estão norteando esse estudo e a respeito da revisão judicial de atos do Poder Legislativo e de sua compatibilidade com a Democracia, Dworkin (2014, p. 580) apresenta três possibilidades: primeira, seria ilegítima por não ser democrática; segunda, fator de correção da Democracia; terceira, elemento essencial para a Democracia. Mas ele não responde essa questão de forma direta, imediatamente. Volta à questão ao final, momento em que parece balançar entre a segunda e a terceira possibilidade, quando faz ressalvas à atuação da Suprema Corte americana, na prática (DWORKIN, 2014, p. 612-611).

Pensamos que a possibilidade mais adequada é a terceira, e acreditamos que essa é a que, efetivamente, anima o pensamento de Dworkin, pelo que extraímos do pensamento do próprio autor.

É que Dworkin (2011, p. 289) entende que a revisão judicial “aumenta a previsão das decisões políticas [...] quando controla certas decisões insensíveis à escolha de um legislativo”.

Importante registrar que, para Dworkin (2011, p. 281-282), há dois tipos de decisões políticas: as insensíveis à escolha, e as sensíveis à escolha, sendo as últimas “aquelas cuja solução correta, por questão de justiça, dependem essencialmente do caráter e da distribuição de preferências dentro da comunidade política”, e, por isso, estão subordinadas à escolha do Parlamento, a partir do voto de cada um de seus integrantes, dependendo dos arranjos feitos e, em última análise, das maiorias que se formam em relação às questões debatidas. Em sentido contrário, as questões insensíveis à escolha não estão sujeitas a esses arranjos, já estando previamente definidas, ainda que em termos gerais, a partir dos valores e princípios que formam a base do ordenamento jurídico.

Se pensarmos a democracia a partir da ideia da democracia

meio de emenda à Constituição, desde que observadas as regras pertinentes, e contanto que isso não altere a própria essência do texto, atingindo-o no que tem de mais importante. O que não se pode é produzir a alteração sem observar a sistemática cabível, ao raso argumento de que representa a vontade de uma maioria democraticamente eleita.

constitucional, ou seja, e resumidamente, como o governo da maioria, respeitadas questões definidas no texto constitucional como questões insensíveis à escolha, com destaque para os direitos fundamentais, embora não somente eles, a revisão judicial obrigatoriamente deve ser considerada elemento essencial para a democracia, e não somente fator para a correção de eventuais desvios, muito menos instituição antidemocrática.

É que, nessa perspectiva, os atos do parlamento, embora espelhem a vontade da maioria, não podem atentar contra o que foi, anteriormente, na Constituição, definido como insensível à escolha desse mesmo parlamento. A não ser assim, teríamos completa instabilidade, com uma maioria circunstancial decidindo como tratar com igual consideração todos os cidadãos a qualquer momento, com uma maioria circunstancial decidindo o formato das principais instituições, ainda que contra as bases que formam essa comunidade.

Não. As questões que constituem a base da estrutura definida para determinada sociedade, não somente as que fixam os direitos básicos das pessoas, independentemente de seu gênero, sua raça, sua etnia, idade, enfim, de qualquer característica que possa identificar os indivíduos com determinado grupo, mas também aquelas que a comunidade como um todo decidiu ser questões que devem nortear a vida e os destinos de seus integrantes, em qualquer matéria, de forma perene, devem ser protegidas.

Isso quer dizer que os integrantes do próprio parlamento não podem fazer isso? Podem, mas não devem ter a última palavra, sob pena de encarregar aqueles que devem respeitar essas questões insensíveis do próprio controle, o que não é o mais adequado. Seria o mesmo que admitir que alguém possa ser réu e juiz de sua causa ao mesmo tempo.

Nesse sentido, a revisão judicial não é somente fator de correção da Democracia, caso seja esta entendida como democracia constitucional, em que há questões relativas à vida das pessoas e instituições que são definidas de forma perene. Nesse modelo, a revisão

judicial é um elemento da própria noção de democracia⁷.

Há riscos na revisão judicial, especialmente em relação às decisões do último intérprete em matéria constitucional, que no caso brasileiro é o Supremo Tribunal Federal? Há, pois nem sempre as decisões tomadas decorrerão da melhor interpretação da Constituição; nem sempre essas decisões produzirão o melhor efeito, no sentido de proteger a perenidade das questões insensíveis à escolha. É um risco menor, todavia, que o que se corre ao deixar para o próprio formulador das normas jurídicas a tarefa de controlar essa formulação.

E isso pode acontecer, e até ocorre com alguma frequência, dependendo do olhar de quem analisa as atuais decisões do Supremo Tribunal Federal. A esse respeito, e como dito na introdução, vamos verificar no próximo item o que foi decidido no MS 34.602 – DF pelo Ministro Celso de Mello, do STF, monocraticamente, motivado também, pela ADI 5632 – DF e pelo MS 34.574 – DF, ações propostas anteriormente. Vamos também fazer rápidas considerações a respeito do MS 34.599 – DF, que discute a questão que envolveu a eleição para a presidência da Câmara dos Deputados, sob outra perspectiva.

3 Atuação do Supremo Tribunal Federal em matéria política: ADI 5632 DF, MS 34.574 DF, MS 34.599 DF e MS 34.602 DF: uma análise mais jurídica

Como dissemos já outras vezes neste texto, com outras palavras, um dos principais pontos do debate jurídico contemporâneo perpassa pelo (re)dimensionamento do Poder Judiciário, em especial de um dos

⁷ Há quem defenda em sentido oposto. Talvez, na discussão que é travada nos Estados Unidos da América, e com forte repercussão no mundo, o mais relevante autor seja Jeremy Waldron, citado pelo próprio Dworkin (2014, p. 590). Como o objetivo aqui não é contrapor as ideias desses dois autores, mas seguir um roteiro a partir de somente um deles, Dworkin, não vamos avançar no pensamento de Waldron. De qualquer forma, sugerimos a leitura do seguinte: Waldron (2006); Arakawa (2014), e Verbic (2011).

seus órgãos, o Supremo Tribunal Federal, que atua como guardião da Constituição Federal, em uma democracia marcada pelo princípio da separação dos poderes e seu sistema de freios e contrapesos.

Independentemente de, se em razão da omissão dos poderes políticos em deliberar matérias que, *a priori*, seriam de sua alçada, ou pela crescente demanda da sociedade em provocar o Judiciário a decidir *in concreto*, caso a caso, sobre as especificidades e prolixidades sociais, fato é que é inegável o protagonismo da função judicante no Brasil, quer para decidir sobre matérias de cunho político, quer para matérias de cunho estritamente jurídico.

Surgem daí, por óbvio, algumas, ou várias, indagações a respeito, tais como: existem limites para a atuação jurisdicional? Ou, de outra forma como mencionado por Dworkin, em *A virtude Soberana* (DWORKIN, 2011, p. 260), qual seria a legitimidade da Corte Suprema, também guardiã da Constituição norte-americana no exercício do controle de constitucionalidade daquele país, para anular as decisões dos legisladores eleitos por um processo democrático?

Enquanto ao Legislativo cabe transformar em conteúdos normativos o querer social, a justiça constitucional deve retirá-los do conjunto regulador da vida em sociedade, quando não mais se coadunarem ao elemento de maior expressão dessa vontade majoritária da sociedade, que é a Constituição.

No exercício da jurisdição constitucional, cabe aos juízes constatarem se os limites traçados pela Carta Constitucional foram respeitados pelo legislador ordinário ao formular as disposições normativas infraconstitucionais, pois, no mais das vezes, a realidade que se apresenta é a de que o conteúdo das normas publicadas representa a vontade de um segmento da sociedade, como a de um partido político ou mesmo de grupos empresariais, por exemplo, e não a dos integrantes do grupo social.

Dessa forma, as decisões proferidas pelos juízes constitucionais são, na verdade, medidas de defesa dos interesses regulamen-

tados pela Constituição, os quais podem ser desrespeitados durante o exercício da função legislativa e executiva, quando permitem a prevalência dos objetivos e aspirações de um grupo específico, ou casta, em detrimento do todo social.

Crerios devem ser observados para que se evite a politização nas decisões da justiça constitucional, a exemplo de os juizes constitucionais serem escolhidos em razão de sua formação cultural e ideológica diversas, capazes de representarem se não todos, pelo menos a maioria dos segmentos da sociedade nas suas decisões, e não em função de um critério político-partidário. As decisões devem refletir os interesses da sociedade, instituídos constitucionalmente, e não os de natureza partidária.

Adotando os ensinamentos de Victor Comella, pode-se afirmar que as leis gozam de presunção moderada de validade, pois nas situações em que a constitucionalidade da norma não seja manifesta, presume-se a compatibilidade da lei à Constituição e, no caso de dúvida, o juiz deve decidir pela sua constitucionalidade, ou aplicabilidade, sempre que existir uma forma de interpretá-la de acordo com o texto constitucional e diante da inexistência de provas que lhe sejam contrárias, visto que a presunção pode ser destruída se existirem elementos que a contradigam: quanto maior for o rigor para a caracterização desses elementos, mais forte será a presunção da legitimidade constitucional da norma (COMELLA, 1997, p. 160).

Presunção moderada de constitucionalidade porque não se deve impor ao impugnante o encargo de provar que a inconstitucionalidade da lei é manifesta, pois, se assim fosse necessário, não mais existiria qualquer contribuição judicial para a deliberação pública, visto que o juiz somente invalidaria, ou não aplicaria, as leis claramente inconstitucionais e assim não mais seriam discutidos os princípios estruturadores de uma sociedade e os interesses priorizados e positivados por meio das normas, que estão em constante mutação,

em razão da busca necessária pelo desenvolvimento e aperfeiçoamento que identifica as sociedades modernas.

Tal presunção de validade está relacionada ao fato de estas terem sido elaboradas por integrantes do órgão representativo dos vários setores sociais que, por meio de um procedimento democrático, puseram sob questionamento, os mais variados interesses e direitos coletivos, como: o direito à vida, à liberdade de expressão, ao sufrágio e à educação.

Esse processo democrático possui mais legitimidade para criar decisões corretas, sob o aspecto moral, do que qualquer outro tipo de procedimento alternativo e isso ocorre em razão da participação, tanto na deliberação como na tomada de decisões, daqueles que serão o alvo das políticas provenientes desse procedimento.

A partir da discussão estabelecida entre os vários setores sociais e, finda esta, com a decisão emanada por todos, poder-se-á conhecer a verdade que integra o seio social, a verdade moral, possibilitando esse processo deliberativo que toda e qualquer decisão porventura adotada pelos poderes públicos esteja calcada em bases consideradas relevantes, não apenas para a sociedade, mas principalmente pela própria sociedade, tornando-se assim de mais fácil conhecimento os direitos e as liberdades que fundamentam, com mais legitimidade, os valores da justiça e moralidade, motivadores da criação da ciência jurídica.

Embora esse procedimento democrático não garanta que as decisões adotadas sejam sempre justas, porque o órgão parlamentar no momento da discussão e aprovação do conteúdo normativo poderá preteri-lo em prol da vontade de uma facção política, é, no entanto, o que melhor proporciona o alcance da justiça na adoção dessas normas, pois dele participam, por meio de sua voz e voto, os representantes das pessoas sobre as quais incidirão os resultados políticos.

Além da participação dos interessados na definição dos valores que fundamentarão as normas elaboradas, deve ser aplicada a regra da maioria nesse processo deliberativo, de acordo com a qual

todas as heterogeneidades fomentadas serão discutidas e destas serão extraídas as soluções capazes de melhor coadunar o querer da minoria aos da maioria, sem que isso implique um necessário convencimento do grupo minoritário de que a decisão adotada lhe tenha sido a mais benéfica, mas sim que foi capaz de melhor harmonizar ambos os interesses, evitando, nesse contexto, minimizar os eventuais prejuízos e conflitos intrassociais.

Existe uma situação fática passível de mudança, denominada *status quo*, que não pode preponderar sobre a necessidade de inovações normativas, regulamentadoras das modificações sociais, sentidas em razão do constante aprimoramento do pensamento e do querer humano.

Diante desse contexto, não se pode permitir que a minoria que prefere manter o *status quo*, não desejando mudanças, prevaleça sobre o querer da maioria ávida por transformações e desenvolvimento. Justifica-se, portanto, a não exigência da unanimidade – que é de difícil alcance – para a aprovação de um novo texto jurídico, sendo suficiente a aprovação majoritária.

Assim, a decisão democrática teria vantagem epistêmica sobre a judicial, pelo fato de aquela se perfazer a partir da deliberação e participação dos afetados nas decisões que assegurarão os chamados direitos *a priori*, que são: o direito à vida, à liberdade de expressão, ao sufrágio e à educação; ao passo que nesta, os juízes refletem isoladamente acerca de suas decisões, sem a contribuição da discussão pública.

Mas se o valor epistêmico caracteriza o processo legislativo por que então conferir a outro órgão a prerrogativa de analisar a legitimidade constitucional de uma norma?

O controle de constitucionalidade exercido pelos juízes não se justificaria pela sua suposta superioridade em relação aos que realizam as demais funções estatais, mas sim pelo fato de que há uma contribuição para a manutenção da cultura pública constitucional, pois os princípios norteadores da sociedade estão sendo sempre dis-

cutidos, o que resultaria em melhor embasamento para o próprio legislador ao elaborar as normas.

Ademais, a possibilidade de saber que a lei poderá ser questionada na esfera judicial pela minoria que não teve os seus interesses atendidos pela decisão normativa e que esta poderá ser declarada inconstitucional ou inaplicada para dirimir casos concretos faz com que o legislador atribua mais respeito ao processo democrático.

No que tange à ausência de deliberação pública durante o processo de verificação da legitimidade constitucional normativa, importante observar que os juízes do tribunal fazem parte do eleitorado e, portanto, participam da deliberação coletiva, como cidadãos. Por outro lado, o Tribunal é um órgão colegiado, e a decisão é o resultado de uma deliberação entre os juízes que o integram. Por fim, o debate parlamentar que precedeu a aprovação de uma lei é conhecido pelos juízes, em seus aspectos fundamentais, por meio das argumentações desenvolvidas pelas distintas partes no processo.

Por todo o exposto, o controle judicial não deve ser considerado como entrave ao procedimento democrático que identifica a elaboração normativa, mas, ao contrário, o reforça; entretanto, tal controle judicial sofre restrições, tais como, a deferência que o juiz deve fazer às produções normativas, presumindo-as constitucionais, não realizando, portanto, juízos prévios acerca da sua incompatibilidade com a Carta Suprema, haja vista que essas normas representam, de forma mais legítima, o querer social.

A nós nos parece inegável que, para além da deferência judicial em relação à produção legislativa, existem limites que devem ser observados no exercício da função judicante, acompanhando o entendimento de Dworkin (2011, p. 282), como vimos anteriormente, e admitindo as diferentes naturezas das matérias objeto de apreciação judicial: se questão sensível à escolha ou questão insensível à escolha.

O ponto é identificarmos quando uma questão é sensível ou insensível à escolha, como nas discussões trazidas na Ação Direta

de Inconstitucionalidade – ADI 5632 e nos Mandados de Segurança – MS - n^{os} 34.574, 34.602 e 34.599, para então verificarmos se a atuação contramajoritária é legítima, sob o ponto de vista democrático, ou arbitrária.

A ADI 5632, ajuizada pelo partido Solidariedade e distribuída para a relatoria do ministro Celso de Mello, em 19 de dezembro de 2016, tem como objeto discutir a interpretação dos dispositivos do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD) de forma a proibir a recondução de presidente da Casa que esteja exercendo “mandato tampão”.

Adotado o rito abreviado para o julgamento do processo previsto no artigo 12 da Lei n^o 9.868/99, o plenário do Supremo Tribunal Federal, diretamente no mérito, enfrentará o pedido de interpretação conforme os artigos 8^o, §2^o, e 5^o, §1^o, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados⁸, para que seja fixado se o entendimento relativo à proibição prevista para a recondução do presidente da Câmara dos Deputados na mesma legislatura também se aplica ao deputado que tenha sido eleito para completar o mandato de presidente em razão de vacância definitiva.

A mesma discussão é objeto dos Mandados de Segurança n^o

⁸ Artigo 5^o: Na segunda sessão preparatória da primeira sessão legislativa de cada legislatura, no dia 1^o de fevereiro, sempre que possível sob a direção da Mesa da sessão anterior realizar-se-á a eleição do Presidente e dos demais membros da Mesa e dos suplentes de Secretários, para mandato de dois anos, vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente.

§1^o: Não se considera recondução a eleição para o mesmo cargo em legislaturas diferentes.

Artigo 8^o: Na composição da Mesa será assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos Partidos ou Blocos Parlamentares que participarem da Câmara, os quais escolherão os respectivos candidatos aos cargos que, de acordo com o mesmo princípio, lhes caiba prover, sem prejuízo de candidaturas avulsas oriundas das mesmas bancadas, observadas as seguintes regras:

§ 2^o: Se até 30 de novembro do segundo ano de mandato verificar-se qualquer vaga na Mesa, será preenchida mediante eleição, dentro de cinco sessões, observadas as disposições do artigo precedente. Ocorrida a vacância depois dessa data, a Mesa designará um dos membros titulares para responder pelo cargo.

34.574 e 34.602 nos quais se requer, na primeira ação constitucional, a análise, em concreto e não mais em tese, da vedação da recondução do presidente da casa legislativa na mesma legislatura, bem como, na segunda, que não seja recebido, em sede liminar, o registro de candidatura do deputado Rodrigo Maia à presidência da Casa, cujas eleições, marcadas para o dia 2 de fevereiro, a partir de quando se inicia o segundo biênio de sessões legislativas dessa legislatura e, alternativamente, pleiteia-se a suspensão da eleição até que seja preferido definitivamente o mérito cerne da ADI 5632 e do MS 34.574, ou seja, a interpretação conforme, em tese, do RICD para proibir, em concreto, a recondução do deputado Rodrigo Maia à presidência da Câmara dos Deputados. Caso a liminar não fosse examinada a tempo, pleiteou-se ainda que, se eleito fosse, o atual presidente não tomasse posse das suas funções na Mesa Diretora da casa parlamentar.

Para além de uma análise quanto à interpretação regimental que se pretende atribuir, parece-nos inquestionável tratar-se de matéria constitucional⁹, considerando a previsão expressa contida no artigo 57, § 4º, que prevê que a eleição da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, para mandato de um biênio, veda a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente, portanto a que se realizará nos dois últimos anos do mandato, ainda na mesma legislatura.

O que a Constituição pretende é que os membros que integram a Mesa Diretora durante a legislatura não ocupem o mesmo cargo nas duas composições realizadas bianualmente, evitando o monopólio da função atípica administrativa e de direção pelos mesmos personagens políticos.

A discussão quanto à possibilidade de o atual presidente da Câmara dos Deputados, que assumiu a função após o afastamento e renúncia de Eduardo Cunha, ser reconduzido ao cargo estaria,

⁹ No Mandado de Segurança nº 24.041, sob a relatoria do Ministro Nelson Jobim, o Supremo Tribunal Federal decidiu que temas relacionados à inauguração da sessão legislativa e à composição da Mesa do Congresso Nacional são de estrita interpretação constitucional, sendo vedada a aplicação para esse efeito, de norma interna.

portanto, equacionada diante da previsão expressa da Carta Constitucional vedando tal possibilidade, não fosse o argumento acerca do exercício do “mandato tampão”, considerando inexistir proibição expressa normativa para essa situação.

Ocorre que o próprio judiciário brasileiro, em diversos julgados, já reiterou o entendimento de que o que caracteriza o exercício do mandato é o caráter de permanência, independentemente do tempo durante o qual esse mandato é, foi ou será exercido. Dito de outra forma: se existir o *animus* e a efetiva permanência no exercício das atividades, em decorrência da vacância do cargo ou função, o sucessor exercerá o mandato, sendo-lhe aplicadas, subsequentemente todas as regras – permissões e vedações – da reeleição. Tanto que o titular do mandato tampão torna-se sucessor porque permanente, e não somente, substituto, caso temporário fosse, daquele que lhe antecedeu na função, em especial quando o exercício do mandato ocorre durante o período dos seis meses que antecedem a eleição, como pode ser visto no acórdão proferido no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 726.340 ES.

Portanto, equacionado o alcance do conceito mandato tampão, resta-nos saber tratar-se ou não de questão *interna corporis*.

O Supremo Tribunal Federal já assentou em oportunidades distintas¹⁰ que os atos classificados como *interna corporis* não estão sujeitos ao controle judicial porque se cingem à discricionariedade daqueles que compõem o órgão que será regido pelas normas elaboradas para nortear sua atuação. Ocorre que a própria discricionariedade, para que não se caracterize como arbitrariedade, tem limites, entre os quais os impostos pela própria Constituição expressamente.

Parece-nos intocável o ponto em que o Regimento Interno da Câmara dos Deputados reproduziu, *ipsis literis*, os termos constitucionais ao vedar a recondução para o exercício dos mesmos cargos,

¹⁰ Por exemplo, no MS 24.356, em que foi relator o Ministro Carlos Velloso.

em mesma legislatura, dos membros da Mesa Diretora.

Para além disso, outro aspecto: a reeleição para a composição da Mesa Diretora traz consigo a discussão em torno da violação ou observância dos direitos políticos, que são direitos fundamentais e estruturantes do nosso Estado Democrático de Direito, e, diante desse contexto, é passível da atuação judicante.

Considerando que um dos limites que devem ser impostos às matérias *interna corporis* é a sua coadunação aos direitos fundamentais, sempre que forem desrespeitados ou ignorados estes, o Judiciário deve ser instado a atuar para dirimir as injustiças decorrentes da violação de um dos principais pilares de sustentação do Estado brasileiro.

O exercício de função eletiva decorre de um dos vieses dos direitos políticos, nesse caso, o da capacidade eleitoral passiva, que implica o direito de ser eleito para representar os interesses da sociedade. Nesse caso, estamos diante de membros do legislativo que podem ser eleitos internamente para comandar, dirigir e presidir os trabalhos e as ações da casa que representa o povo.

Assim temos que: o Regimento Interno da Câmara dos Deputados proíbe expressamente a recondução aos mesmos cargos dos membros da Mesa Diretora, em biênios subsequentes de uma legislatura; e o mandato tampão, por caracterizar o exercício efetivo e permanente da função, independentemente de sua duração não coincidir com o tempo integral do mandato iniciado pelo antecessor de quem vai concluí-lo, marca o exercício regular da função decorrente da vacância no cargo, e, portanto, devem-se-lhe aplicar todas as regras atinentes à reeleição; e, finalmente, normas regimentais que violam direitos fundamentais – e os direitos políticos são espécies desse gênero – devem sempre ser objeto de ações judiciais com o fito de que sejam desfeitas as injustiças geradas pela sua vigência.

Cabe registrar que, junto com as ações que vêm sendo indicadas desde o início, e para além da (im)possibilidade da reeleição do Presidente da Câmara, no Mandado de Segurança nº 34.599 DF

foi solicitado que o Presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia não conduzisse o processo de eleição para a Mesa Diretora da Casa, considerando a violação aos princípios constitucionais da moralidade, igualdade e impessoalidade, diante da possibilidade do uso das atribuições legais do cargo de Presidente da Câmara em favor de interesse pessoal, no caso, sua tentativa de reeleição.

Salientou-se ainda, que o presidente da Câmara tem competência para decidir sobre eventuais questionamentos surgidos no curso da sessão eleitoral, violando ainda, de forma inquestionável, o devido processo legal, além dos já citados, moralidade e impessoalidade.

No mérito da decisão liminar monocrática, o Ministro Celso de Mello considerou que a análise do conteúdo material do artigo 57, § 4º, da Constituição da República não se reveste de caráter fundamental, visto não se qualificar como princípio sensível da organização política brasileira.

Além disso, reconheceu que tais temas devem constituir matéria suscetível de apreciação e resolução pelas próprias Casas que integram o Congresso Nacional, pois conflitos interpretativos dessa natureza apresentam-se em razão do postulado fundamental da divisão funcional do Poder, como insistentemente acentuado, imunes ao controle jurisdicional.

Sobre esses dois argumentos de fundo, nossa contra-argumentação.

O artigo 57, §4º, da CF/88, ao dispor sobre vedação de reeleição dos membros da Mesa Diretora para ocupar os mesmos cargos, está regulamentando matéria relacionada à função atípica de administrar as Casas Legislativas, função essa direta e imediatamente relacionada ao exercício dos direitos políticos, portanto, irrefutavelmente, princípio sensível estruturante do nosso Estado democrático de direito, o que inclusive justificou a atuação contramajoritária, de forma legítima, para dirimir os conflitos surgidos diante do caso concreto, ora em análise.

Como o cerne da discussão perpassa pela observância dos di-

reitos políticos, um dos princípios estruturantes, e, portanto, sensível, do Estado Democrático de Direito, não estamos diante de questão de cunho estritamente político, ou *interna corporis*, mas sim de caráter principiológico, que clama por uma interpretação integrativa do ordenamento jurídico pelo Judiciário, justificando, mais uma vez, a atuação contramajoritária.

Finalmente, não existe lacuna ou ambiguidade textual sob o ponto de vista meramente hermenêutico, de modo que possa justificar dúvidas ou dubiedade quanto ao alcance na norma constitucional, parâmetro de referência para a atuação jurisdicional: indistintamente, não haverá recondução para cargo da Mesa Diretora; ora, considerando que o Presidente da Casa Legislativa, assim o é porque preside a Mesa Diretora – subsunção da norma ao fato – portanto, o deputado Rodrigo Maia, já mandatário da Presidência da Câmara dos Deputados, não poderia ter participado do processo eleitoral concorrendo ao mesmo cargo; se fosse outro, nenhum problema haveria.

Diante desses pontos, parece-nos inegável que o processo que revestiu a eleição da Mesa Diretora da Câmara Legislativa para esse segundo biênio de mandato é nulo de pleno direito porque não atendeu aos aspectos principiológicos traduzidos na norma constitucional, não tendo sido a mais adequada a decisão monocrática adotada.

4 Conclusão

Como visto ao longo do texto, enquanto que no modelo de democracia denominado, comumente, de majoritário, o que qualifica a democracia é a existência de um procedimento que assegure que as decisões sejam tomadas a partir da regra da maioria, em uma perspectiva procedimental, como afirma Dworkin, citado mais acima, na democracia denominada de constitucional essa questão é acrescida da proteção que se dá às questões definidas pela comunidade como

dotadas de importância que lhes garante a perenidade, especialmente, a proteção dos direitos fundamentais das pessoas, embora não somente eles.

O Brasil, pela configuração de seu texto constitucional, adotou o modelo da democracia constitucional e, para garantir que essa perenidade não seja violada pelos detentores de uma maioria circunstancial no exercício do poder, admite a revisão judicial dos atos do poder público, quer sejam eles emanados do Poder Executivo, quer sejam provenientes de atos do Poder Legislativo, tanto na elaboração das normas jurídicas, como quando da prática de atos *interna corporis*.

Isso, todavia, dentro de limites. É que não são todos os atos que estão sujeitos à revisão judicial. Não, somente os atos que, como ressaltamos a partir do pensamento de Dworkin, no item próprio neste trabalho, invistam contra questões insensíveis à escolha podem ser objeto de revisão judicial.

Nesse caso, não cabe falar em interferência indevida nas ações de outro poder do Estado, e/ou que constituem questão *interna corporis*, e sim na salutar atuação em favor da preservação daquilo que a comunidade definiu como dotado de perenidade, como é o caso dos direitos fundamentais, repetimos, mas também de outras questões assim gravadas, como é caso do funcionamento dos poderes da República, nos pontos que foram definidos pelo texto constitucional.

Foi nesse sentido que as ações discutidas neste estudo foram propostas, ao argumento de que a recondução ao cargo de presidente da Câmara dos Deputados na mesma legislatura configurariam violação, principalmente ao artigo 57, § 4º, da Constituição da República.

A decisão foi negativa, tendo ocorrido a eleição e a recondução do Deputado Rodrigo Maia.

Embora isso não modifique o objetivo principal da análise que se pretendeu desenvolver, acreditamos que a decisão não foi a melhor. Neste momento do texto, acreditamos ser conveniente apresentar duas razões que reforçam e acrescem o que foi dito por nós no

item anterior e que justificam a impossibilidade de recondução para o cargo de presidente da Câmara dos Deputados.

Primeiro, a alternância do poder – que não deve ser concentrado nas mãos de única pessoa – é uma característica da Democracia. Segundo, quando o atual detentor do poder concorre à reeleição, faz isso em condições desiguais em relação aos demais postulantes, violando a igualdade que deve nortear qualquer pleito eletivo, como acentuado mais acima.

Além do mais – reiterando o que já foi discutido –, e possivelmente para atender a essas duas razões, o texto constitucional não fez, no artigo 57, § 4º, ressalva em relação à condição pretérita de ocupação do cargo, ou seja, se decorrente de eleição ao início da legislatura ou para cumprir o período restante (ou mandato tampão), quando do afastamento definitivo do anterior presidente da Câmara dos Deputados, como é o caso em debate.

Fazer a distinção, parece-nos, insere no texto constitucional vontade que não foi a do constituinte, tampouco a da Constituição da República. Não se trata então de simples questão *interna corporis*, mas sim de questão que pode ser definida como insensível à escolha, que deveria não somente admitir a revisão judicial – o que não foi feito, ao se reconhecer na decisão que a questão era de economia interna, não obstante o decidido tenha ocorrido dentro de uma ação judicial –, mas ainda que deveria ser preservada, impedindo-se a agressão ao texto constitucional, como foi a recondução do atual e anterior presidente da Câmara dos Deputados, eleito nas duas vezes, e na mesma legislatura.

Essa distinção entre questões sensíveis e insensíveis à escolha, e a atuação firme quando atingidas as últimas sob o fraco argumento de que essa é a vontade da maioria, é crucial para a preservação da Democracia, da forma como o texto constitucional a consagra, garantindo a perenidade de valores e direitos que foram, pela comunidade, definidos como tal.

REFERÊNCIAS

ARAKAWA, Hiroito Diego Atahyde. **Democracia, poder majoritário e contramajoritário**: o debate teórico sobre a revisão judicial. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Pará, Belém, 2014.

BLACKBURN, Simon. **The Oxford dictionary of philosophy**. 3rd. ed. Oxford: Oxford University Press, 2016.

COMELLA, Victor Ferreres. **Justicia constitucional y democracia**. Madri: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 1997.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: WMF Martins fontes, 2014.

VERBIC, Francisco. Human rights adjudication in contemporary democracies: Courts' specific moral insight as a decisive advantage over legislatures: a modest and partial response to Jeremy Waldron's core case against judicial review. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 13, n. 100, 2011. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/136>>. Acesso em: 17 fev. 2017.

VITA, Álvaro de. **Justiça liberal**: argumentos liberais contra o neoliberalismo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, p. 1346-1406, 2006.

VOTO FACULTATIVO NO BRASIL: UMA POSSIBILIDADE ABORDAGEM BRASIL, FRANÇA E ESTADOS UNIDOS

Jeferson Moreira de Carvalho¹

Marisa Amaro dos Reis²

Paulo Hamilton Siqueira Júnior³

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar a obrigatoriedade do voto no Brasil, com abordagem desse sistema e de dois países onde o exercício do voto é facultativo – França e Estados Unidos –, de modo a fundamentar a possibilidade e a necessidade de adoção da facultatividade do voto no sistema eleitoral brasileiro. Realizada análise da legislação pertinente e levantamento de dados relativos à participação dos eleitores nos pleitos, bem como análise e desconstrução de argumentos contrários ao voto facultativo. Por fim, a conclusão pela possibilidade de alteração constitucional que torne o exercício desse direito uma escolha do cidadão.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Voto facultativo 2. Brasil
3. França 4. Estados Unidos

¹ Desembargador (TJ/SP). Mestre e doutor pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/SP). Aperfeiçoado pela École Nationale de La Magistrature (Paris). Professor (Fadisp e Ejep). Juiz do TRE/SP (2009-2011).

² Advogada (OAB/SP). Consultora Editorial. Especialista em Direito Eleitoral e Processual Eleitoral (Ejep-TRE/SP). Palestrante do Instituto do Legislativo Paulista (ILP-Alesp). Membro Colaborador do Ipam.

³ Advogado (OAB/SP). Mestre e doutor pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/SP). Pós-doutor pela Universidade de São Paulo (USP). Jornalista. Professor (Unip e Ejep). Juiz do TRE/SP (2008-2013).

1 Introdução

O Brasil experimenta um momento conturbado em que instituições públicas específicas estão envolvidas no árduo trabalho de afastar, ou, ao menos, minimizar os problemas oriundos da corrupção e má-gestão da coisa pública. Por outro lado, observa-se um amadurecimento político da sociedade, que busca maior participação na vida política do país que, lentamente, passa da inércia ao efetivo envolvimento no jogo democrático. O entendimento político que aflora e evolui na sociedade exige que se pense em reforma constitucional direcionada a tornar facultativo o exercício do voto.

Em uma democracia o exercício dos direitos de cidadania é viabilizado pelo direito de votar e de ser votado, pelo direito de se manifestar e de não se manifestar. Países com democracia consolidada, ainda que em constante aprimoramento, como Estados Unidos e França, entre outros, preveem o direito ao voto como verdadeiramente *um direito*, permitindo ao eleitor optar pelo seu exercício. Essa facultatividade contribui para a maturidade política da sociedade, além de promover o fortalecimento dos partidos políticos que devem atuar não apenas em períodos eleitorais, mas de modo a convencer cada eleitor a comparecer às urnas.

É certo que o voto é também um dever cívico, mas um dever que caminha *a latere* com o direito político de votar, de modo que não deve haver imposição, mas, sim, liberdade, direito de participação. E mais: tornar o voto facultativo não alterará em nada as características – livre, universal e igualitário – que deve ostentar.

2 Direito de sufrágio e voto

A Constituição Federal garante, em seu art. 14, *caput*, que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto

direto e secreto, com valor igual para todos e mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular, nos termos da lei.

Pode-se conceituar o direito de sufrágio como uma das formas de exercício da soberania popular. Direito político, por excelência, abrange o direito de votar (eleger representantes e opinar sobre questões relevantes de interesse do país) e de ser votado (ser eleito), participando, assim, da organização e formação da vontade estatal no ambiente de uma democracia representativa.

O sufrágio é, por sua vez, “um poder que se reconhece a certo número de pessoas (o corpo de cidadãos) de participar direta ou indiretamente na soberania, isto é, na gerência da vida pública” (BONAVIDES, 2012, p. 156).

É o voto um dos meios de se exercer a cidadania e com ele o cidadão transfere parcela do poder soberano do qual é titular para aquele que, no seu entendimento, deva exercê-lo em seu nome.

E para atender aos princípios de participação popular plena, o direito ao sufrágio deve estar livre de qualquer forma de discriminação. Trata-se, portanto, de direito universal, direito de todos, salvo as exceções de ordem geral que a própria Constituição Federal estabelece. É o que diferencia o sufrágio universal do sufrágio restrito, com obstáculos como o dever de atendimento a certos requisitos de raça, grau de instrução ou condição socioeconômica, como ocorre nos casos de sufrágio restrito. A não discriminação é, portanto, princípio que se opõe à técnica censitária e, com isso, limita ao mínimo razoável a redução da capacidade eleitoral.⁴

Englobado pelo sufrágio universal está o sufrágio igualitário, que veda o voto de casta, o voto plural, a territorialização do voto, enfim, o voto discriminatório.

Como forma de exercício do sufrágio, o voto dever ser, nos

⁴ O alistamento eleitoral é o procedimento administrativo, instaurado perante os órgãos da Justiça Eleitoral, que propicia a aquisição da cidadania e que viabiliza a qualificação e a integração do indivíduo no cadastro nacional de eleitores para que,

termos do art. 14 da Constituição Federal, direto (sem intermediação), secreto (sigiloso) e, principalmente, com valor igual para todos, sem exceções.⁵

Pode-se vislumbrar, resumidamente, os atores do direito de sufrágio como sendo o corpo de eleitores, os candidatos e os partidos políticos, sendo estes, também, instrumentos de intermediação entre a vontade popular e o Estado, além de mediadores de candidaturas.

O direito de votar em eleições para escolha de representantes ou em plebiscitos e referendos é o direito de o eleitor escolher,⁶ é ato de vontade individual que, coletivamente considerado, produz um efeito jurídico.

3 Obrigatoriedade do voto no Brasil

A obrigatoriedade do voto sempre esteve presente em nosso sistema e o direito de sufrágio no Brasil passou por diversas etapas, podendo-se enumerar as mais importantes.

- 1821: eleições para escolha dos representantes do Brasil para as Cortes Gerais, Extraordinárias e Constituintes de Portugal.
- 1824: primeira Constituição Brasileira (outorgada) e criação da Assembleia Geral (Senado, cujos integrantes eram nomeados pelo imperador, e a Câmara dos Deputados) e, com isso, as primeiras normas específicas sobre o sistema eleitoral. O voto era já obrigatório, mas censitário: excluindo as mulheres, os escravos e os que não alcançassem

preenchidas as condições, possa concorrer a cargo eletivo e votar. O escrutínio é a forma como se pratica o voto e o processo eleitoral, o mecanismo que organiza e rege todos os pleitos.

⁵ “Um homem, um voto”, princípio estrutural das eleições democráticas.

⁶ “Eleição” vem de “eligo”, que significa “demonstrar preferência”.

a renda anual predeterminada. O voto como exercício do direito de sufrágio ainda era bastante restrito e escalonado, e as formas de escalonamento evoluíram até a simplificação em dois graus: os chamados eleitores de paróquia e, acima, os de província.

- 1881: criada a Lei Saraiva, que introduziu o voto direto, embora censitário.⁷
- 1894: primeira eleição direta para Presidente da República.⁸
- Século XX: ampliação do direito de voto ao longo do século 20, como o direito de voto das mulheres, em 1932, exercido pela primeira vez em 1935.⁹

Vale lembrar que as ditaduras de Vargas e a dos militares de 64 privaram o eleitorado nacional do voto para presidente por nove vezes e que, em 117 anos de República com 34 presidentes, somente 16 se elegeram pelo voto direto.

O § 1º do art. 14 da Constituição Federal, estabelece, quanto ao corpo de eleitores, que o alistamento eleitoral e o voto são obrigatórios para os maiores de dezoito anos e facultativos para os analfabetos, os maiores de setenta anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.¹⁰ O não exercício do voto implica restrições e sanções aos que são obrigados a votar e injustificadamente não o fizeram.¹¹

⁷ Nesse período, apenas uma pequena parcela da população brasileira tinha capacidade eleitoral: cerca de 1,5%.

⁸ O presidente eleito naquele ano conquistou votos de cerca de 2% da população à época.

⁹ Com a interrupção do direito de voto durante a ditadura militar (1937 a 1945), as mulheres só votaram novamente em 1946.

¹⁰ A obrigatoriedade do voto e suas exceções também estão previstas no Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965) no art. 6º a Constituição Federal determina que devem votar os cidadãos alfabetizados que forem maiores de 18 e menores de 70 anos de idade. CF, art. 14, § 1º.

¹¹ Código Eleitoral, art. 7º.

Em 2012, houve tentativa de instituir o voto facultativo no Brasil com a proposta de Emenda Constitucional nº 55 e, mesmo o projeto não tendo vingado, vale lembrar o parecer da Comissão de Constituição e Justiça:

Os debates sobre o voto facultativo durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte foram intensos, prevalecendo, no entanto, a *visão paternalista que implica o Estado tutelar o cidadão ao impor-lhe a obrigação de escolher os seus representantes*, em que pese a nossa Carta Política consagrar a soberania e a supremacia do Povo sobre o Estado (grifo nosso).

Mesmo sendo o voto um direito em essência, muito mais do que um dever, há penalidade para quem não o usufruir.

4 Facultatividade do voto: breve abordagem internacional

A maioria dos países, muito deles de longa tradição democrática, adota o sistema facultativo de voto nas eleições. Já a obrigatoriedade permanece em grande número de países menos desenvolvidos ou em desenvolvimento, sendo boa parte destes na América do Sul, por exemplo, mantém a obrigatoriedade: Bolívia, Peru, Equador, Uruguai, Paraguai e, mais distantes do Brasil, Egito, Singapura, República Democrática do Congo.

Se, por um lado, não se pode dizer que todos os países onde o voto é facultativo tem maior índice de desenvolvimento, se pode afirmar que *a maioria daqueles que mantêm a obrigatoriedade* estão econômica e socialmente abaixo da maioria daqueles em que o eleitor vota se assim desejar.

Vale ressaltar que em alguns países como Holanda e Itália,

onde o voto passou a ser facultativo em 1970 e em 2000, respectivamente, o comparecimento às urnas sofreu pouca alteração: queda de cerca de 10% no primeiro e 20% no segundo. Na Venezuela, ao contrário, o comparecimento que em 2000, quando o voto era obrigatório, era de cerca de 50%, com o fim da obrigatoriedade, subiu quase 80% em 2010 (ALMEIDA e MARIANI, 2016).

Há, é evidente, diferenças culturais, sociais, políticas e econômicas a serem consideradas ao interpretar o número de votantes entre países tão diversos. E também por essa razão, se pode considerar que nações com poucos eleitores efetivamente votantes (oscilando entre 30% e 20%) como Sudão, Haiti e Senegal, entre outros, apresentam esses resultados, em boa parte, por condições políticas e sociais que, felizmente, hoje não mais assolam o Brasil, embora haja muito ainda a ser feito.

O que se pode verificar sem dúvidas é que o comparecimento às urnas não é baixo o suficiente para comprometer a legitimidade dos resultados naqueles em que o exercício do voto é uma opção.

4.1 França e Estados Unidos

Aqueles que perfilham a obrigatoriedade do voto entendem, basicamente, que a medida conduz ao elevado comparecimento de eleitores às seções eleitorais, evitando que venha a ser alegada a ilegitimidade dos eleitos quando a maioria dos eleitores deixar de participar da votação.¹²

Tal argumento não se mostra muito consistente quando constatamos que os países influentes no panorama mundial que praticam a democracia representativa, e que servem de modelo para os demais, *não têm suas eleições contestadas em razão do número de eleitores que foram às urnas.*

¹² Senado Federal, Gabinete do Senador Pedro Taques.

Cabem algumas considerações sobre os sistemas adotados em dois países que, embora não livres de críticas no aspecto político e eleitoral, são, de fato, democracias consolidadas e com histórico considerável de luta – sucesso – pelos ideais democráticos.

4.1.1 França

A Constituição da França de 1958, nos art. 2º e 3º trata da soberania e, precisamente no art. 3º expressa que a soberania nacional pertence ao povo que o exerce por seus representantes e pela via do referendo.¹³

O exercício direto pelo povo é pela via do referendo, mas também pelo voto de escolha dos representantes e o mesmo art. 3º prevê que o sufrágio pode ser direto ou indireto, nas condições previstas pela Constituição, consagrando o voto direto, igual e secreto.

São eleitores, nas condições determinadas pela lei, todos os nacionais franceses maiores no exercício de seus direitos civis e políticos.

Cabe observar que apenas dois artigos tratam da soberania popular e nacional, *não expressando alistamento eleitoral ou voto obrigatório*.

Há naquela Constituição o direito ao exercício da soberania através do voto, mas não o dever de exercício e, no pleno gozo dos direitos civis e políticos, cabe ao cidadão optar por exercitar ou não o direito.

O Código Eleitoral Francês prescreve que, “a inscrição nas listas

¹³ A doutrina francesa distingue entre soberania popular e soberania nacional: a democracia direta está ligada à soberania popular e a democracia representativa ligada à soberania nacional, leciona Frédéric Rouvillois. “L’opposition entre les deux grands types de démocratie, direct ou représentative, se prolongue par la distinction, presque aussi classique, entre les notions de ‘souveraineté populaire’ liée à la première, et de ‘souveraineté nationale’, impliquée par la seconde.” (ROUVILLOIS, 2015, p. 231). O texto constitucional expressa inicialmente “soberania nacional” no sentido político da expressão, porque a seguir menciona os modos de exercício, quais sejam, diretamente pelo povo que se mostra como “soberania popular” ou por seus representantes como “soberania nacional”.

eleitorais é obrigatória”. No entanto, ao contrário da legislação brasileira, a norma não quer dizer que o alistamento é obrigatório, sob pena de sanção. Significa, sim, que, *querendo votar, o cidadão deve obrigatoriamente estar alistado*, deve estar inscrito no cadastro de eleitores.

Na França o voto é, portanto, facultativo e os cidadãos franceses acima de 18 anos de idade devidamente registrados *podem* votar.¹⁴

Muitos cidadãos franceses optam por não votar, mas apenas uma pequena parcela deixa de se inscrever nas listas, o que parece demonstrar que os franceses, tendo seus nomes devidamente cadastrados, votam numa ou noutra eleição, se assim o desejarem. Olívia Teles leciona, citando Bertrand Pauvert, que o sistema francês “confere ao eleitor não apenas o direito de votar, mas também um verdadeiro direito à abstenção, que tem sido amplamente exercido pelos eleitores” (TELLES, 2009, p. 466).

Dados mostram que nas eleições presidenciais de 2012 os franceses alcançaram um alto nível de comparecimento às urnas: 70,59% dos eleitores e a participação total no primeiro turno foi, em média, de 83,77% nos últimos anos, segundo o Ministério do Interior daquele país. Nas eleições para o Legislativo e as regionais, o comparecimento é um pouco menor, girando em torno de 10% menos do que as eleições presidenciais.

4.1.2 Estados Unidos

Os Estados Unidos da América são, assim como França e Brasil, uma república representativa. A Constituição do país concede autonomia aos estados da Federação Norte-americana para estabelecerem regras relativas às eleições periódicas e divide o governo federal em três instituições: o Poder Legislativo (Congresso Bicameral), o Poder Executivo (Presidente e pelo Vice-presidente da República) e Poder Judiciário (Suprema Corte e demais tribunais federais).

¹⁴ Com exceção das eleições para Senado, que são indiretas.

Entre as principais normas constitucionais relativas ao direito de sufrágio e exercício do direito de voto para escolha de representantes do povo, está a inscrita no art. XV, 1, segundo o qual “o direito de voto dos cidadãos dos Estados Unidos não poderá ser negado ou cerceado pelos Estados Unidos, nem por qualquer Estado, por motivo de raça, cor ou de prévio estado de servidão”. O artigo, no item 2, atribui ao Congresso a competência para dar exequibilidade ao princípio nele inscrito, “com legislação apropriada”.

Outra norma importante relativa à capacidade eleitoral passiva está inscrita na parte final do art. VI, 3, segundo o qual “nenhum requisito religioso poderá ser erigido como condição para nomeação para cargo público”. A universalização do direito de voto nos Estados Unidos, principalmente a inclusão das mulheres (1920)¹⁵, dos negros (1870)¹⁶ e das minorias religiosas se deu também ao longo de muitos anos. Inicialmente, além dessas e outras restrições, o voto era censitário e condicionado à prova de propriedade de terras e outros imóveis até 1964.¹⁷

Ainda no sentido de garantir a universalização do sufrágio, outro marco definitivo na legislação norte-americana foi a edição da lei federal denominada *Voting Rights Act* (1965), com o objetivo de dar eficácia à 15ª Emenda.

Além da legislação, o sistema norte-americano de garantia ao

¹⁵ A 19ª Emenda à Constituição norte-americana dispôs que “o direito de voto dos cidadãos dos Estados Unidos não será negado ou cerceado em nenhum Estado em razão do sexo”.

¹⁶ A 15ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos garantiu que “o direito de voto dos cidadãos dos Estados Unidos não poderia ser negado ou cerceado pelos Estados Unidos, nem por qualquer estado da federação, seja por motivo de raça, cor ou de prévio estado de servidão”, redação do atual art. XV, 1.

¹⁷ A 24ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, datada de 1964, estabeleceu que não pode ser negado ou cerceado pelos Estados Unidos ou qualquer dos estados o direito dos cidadãos de votar em qualquer eleição primária para Presidente ou Vice-Presidente ou para Senador ou Representante no Congresso, em razão de não ter pago qualquer imposto, taxa ou emolumento de natureza eleitoral.

direito de sufrágio se desenvolveu ao longo dos anos também com base em decisões da Suprema Corte, valendo citar, pela relevância, caso levado a julgamento em 1969, *Kramer versus Union Free School District*.¹⁸ No precedente ficou decidido que, sempre que uma lei estadual concede o direito de voto a alguns residentes de boa fé, idade e cidadania necessárias, e nega a franquia para os outros, deve-se determinar se as exclusões são necessárias para promover, de forma convincente, um interesse do Estado. Desse modo, a Corte considerou que, privando Kramer e outros possíveis eleitores do direito de voto com base na sua falta de bens, o do estado de Nova Iorque violou a Cláusula de Proteção Igualitária.¹⁹

Quando o Estado concede o direito de votar em uma eleição, limitado a alguns eleitores qualificados e nega aos outros, o Tribunal deve determinar se as exclusões são necessárias para promover um interesse de Estado convincente.²⁰

A Constituição Norte-Americana atribui autonomia aos estados, pela respectiva Assembleia, para legislar a respeito da época, locais e os processos para realização de realizar eleições para Senadores e Representantes, possibilitando ao Congresso fixar ou alterar essas normas estaduais, por meio da lei, exceto quanto ao local de eleição dos Senadores (art. 1, seção 4, 1). Já o art. 2º, seção 1, 3, o autoriza, ainda, o Congresso poder fixar a época de escolha dos

¹⁸ Leading Case. U.S. Supreme Court. *Kramer vs Union School District* n° 15, Town of Hempstead, jun/1969. Tradução livre.

¹⁹ No mesmo ano, *Cipriano versus City of Houma*, em cuja decisão foi declarada que a limitação relativa a contribuintes de propriedade é inconstitucional (U.S. Supreme Court. *Cipriano versus City of Houma* n° 705, Town of Houma, jun/1969).

²⁰ *KRAMER*, em 395 U.S. 627.

eleitores para a eleição para Presidente da República e o dia em que deverão votar, data esta válida para todo o país.

Guardadas as peculiaridades de cada estado, *o exercício do direito de voto, assim como na França, é facultativo em todo o país*. Tanto que as Constituições Estaduais, ao tratar do tema, utilizam expressões como “têm permissão para votar” (Constituição Estadual do Texas, art. 6º, seção 1), “têm o direito de votar” (Constituição Estadual de Nova Iorque, art. 2º, seção 1) e “podem votar” (Constituição Estadual da Califórnia, art. 2º, seção 2),

Desse modo, atingida a idade mínima de 18 anos, os cidadãos norte-americanos podem se registrar para votar, bastando, para o alistamento, atender às condições de seu estado, como prazos e residência por período predeterminado.

Quanto ao comparecimento às urnas, nas eleições presidenciais, a participação – 63,6% dos eleitores inscritos (2008) – tem se mostrado maior do que nas eleições parlamentares nas quais, tipicamente, a participação do eleitor é menor, mantendo uma média de cerca de 50% nos últimos anos, segundo o *Bureau* de Recenseamento (CARTA CAPITAL, 2017).

Tanto o sistema francês quanto o norte-americano são diferentes do adotado no Brasil e adotam regras distintas, como a realização de eleições indiretas. Nas eleições para presidente da República nos Estados Unidos, por exemplo, os eleitores elegem um colégio eleitoral e estes votam no candidato à presidência da República. Já na França, esse tipo de votação indireta é realizada nas eleições para o Senado.

Apesar de contarem com sistemas eleitorais distintos e características políticas e culturais diversas, são, inegavelmente, países com históricos deveras relevantes na luta pelos ideais democráticos. E com sistemas político-eleitorais cujos resultados têm se mostrado bem sucedidos ao longo do tempo e a facultatividade do voto não interfere negativamente no comparecimento dos eleitores às urnas a ponto de comprometer a legitimidade dos resultados. Por fim, tam-

pouco impossibilita a boa formação de instituições políticas quanto aos dos cargos eletivos.

5 O voto: direito ou dever?

Em uma democracia são *imprescindíveis*: sufrágio universal com direito a postular cargos eletivos e, para tanto, direito a disputar votos; voto com o mesmo peso e valor para todos; periodicidade das eleições; pessoalidade, e sigilo do voto. No entanto, isso *não implica, necessariamente*, na obrigatoriedade do voto.

A abolição do voto censitário do Brasil em 1891 (1ª Constituição Republicana) e a plena universalização do direito de sufrágio (Constituição Federal de 1988, com a inclusão dos analfabetos e dos jovens de 16 e 17 anos) foram as maiores conquistas alcançadas no sentido do fortalecimento da democracia.²¹

O art. 60 da Constituição Federal prescreve requisitos rígidos para que seja alterada e a preocupação do legislador constituinte com a manutenção do regime democrático pode ser confirmada pela leitura do § 4º, que traz as denominadas cláusulas pétreas: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...) II - o voto direto, secreto, universal e periódico; (...)²²

Limitações de natureza material ao poder constituinte derivado reformador, as cláusulas pétreas objetivam proteger institutos e valores essenciais e, ainda, manter a identidade constitucional de modo permitir viabilizar o processo democrático em constante evolução.

Com essa finalidade em mente, note-se que o parágrafo trata

²¹ A Constituição Imperial Brasileira (1824) veiculava o sufrágio indireto e censitário e as demais Constituições foram, ao longo do tempo, evoluindo no sentido de ampliação desse direito.

²² O direito ao voto direto, secreto, universal e periódico não pode ser suprimido por emenda constitucional. Caso se pensasse em tal alteração *antidemocrática* – com muita dúvida – seria necessária a atuação do poder constituinte originário.

de normas de caráter político e institucional imutáveis, *exceto* a obrigatoriedade do voto. *Isso porque o voto é, na essência, um direito e não um dever.*

O histórico de conquistas ocorrido ao longo dos anos no Brasil e demais países, tanto nos mencionados como noutros com democracia já consolidada ou a consolidar, bem o demonstram. *E não se luta para conquistar deveres, mas direitos.*

E a liberdade política abrange, entre outros aspectos, não só o direito de o indivíduo expressar preferência, conceito, entendimento e julgamento a respeito dos políticos e candidatos e dos fatos políticos por meio do , mas também o direito de escolher votar ou não votar.

Reale (2004, P. 167-172) destaca que, para Bobbio – e isso é um dos mais relevantes legados de seu fecundo magistério –, liberdade e igualdade são valores necessariamente complementares. O direito ao voto, ao exercício livre do sufrágio – não o dever – foi alcançado no decorrer da história, disseminou-se e ainda se disseminará por todos os países como *direito fundamental de participação*.

Extraí-se da obra de Georges Burdeau²³ que em todas as democracias contemporâneas o exercício do direito de voto pode ser regulamentado, mas a regulamentação não pode, em hipótese alguma, se fundar em condição social, na fortuna, na religião, na raça ou hereditariedade do indivíduo (BURDEAU, 1995, p. 156). Daí a Constituição Federal Brasileira trazer como cláusulas pétreas o voto direto, secreto, universal e periódico, mas não o voto obrigatório.

²³ “Admis dans toutes les démocraties contemporaines”, significa que “si l’exercice du droit de vote peut être réglementé, la réglementation ne peut, em aucun cas, se fonder sur la condition sociale, la fortune, la religion, la race ou l’hérité de l’individu.”

6 Voto facultativo versus voto obrigatório no Brasil

O sistema eleitoral

[...] tem por função a organização das eleições e a conversão de votos em mandatos políticos. Em outros termos, visa proporcionar a captação eficiente, segura e imparcial da vontade popular democraticamente manifestada, de sorte que os mandatos eletivos sejam conferidos e exercidos com legitimidade (GOMES, 2011, p. 143).

A legitimidade que se pretende extrair do sistema eleitoral é fortalecida quando a vontade popular é manifestada livremente, o que não implica, necessariamente, o comparecimento obrigatório às urnas. Cabe um amplo debate, inclusive com consulta popular para aferir se a vontade popular é para o voto obrigatório ou para o voto facultativo.

É inerente à democracia que haja oportunidade de participação para: 1. formular suas preferências; 2. expressar suas preferências a seus concidadãos e ao governo através da ação individual e da coletiva; 3. ter suas preferências igualmente consideradas na conduta do governo, ou seja, consideradas sem discriminação decorrente do conteúdo ou da fonte da preferência (DAHL, 1997, p. 26). É inafastável, portanto, o direito de participação, do qual os cidadãos são titulares (PORTELLI, 1998, p. 73).

Regulamentação se admite, portanto, inclusive quanto à eliminação da obrigatoriedade. Inadmissível é restringir o direito com fundamento em condições individuais não razoáveis.

As questões e os argumentos que envolvem a possibilidade de adoção do voto facultativo no Brasil são os mais variados.

a) Os opositores do voto facultativo veem o exercício do voto como um verdadeiro fator de educação política. No entanto, a obrigatoriedade do voto praticamente nada contribuiu para a educação política dos brasileiros.

Pesquisas apontam que “30% dos eleitores brasileiros já se esqueceram do nome do candidato a deputado federal para o qual deram o voto – a menos de 20 dias”. Matéria veiculada em jornal de grande circulação mostram esses dados colhidos pelo instituto Datafolha realizada em todo o país. No caso do Senado, “28% dos eleitores já não se lembram em quem votaram para, pelo menos, uma das vagas de senador (havia duas em disputa)” (RODRIGUES, 2010).

[...] o interesse pela política está circunscrito a um círculo bem limitado de pessoas e, não obstante o relevo dado pela comunicação de massa aos acontecimentos políticos, o grau de informação a tal respeito é ainda baixo: os acontecimentos esportivos, o mundo do espetáculo e outros aspectos da crônica diária são muito mais conhecidos do grande público (BOBBIO, 2004, p. 889).

Mas educação para a cidadania é processo lento, um ideal a ser alcançado e que tem seu alicerce no princípio da liberdade entendido como autodeterminação, ou seja, “o princípio inspirador do pensamento democrático sempre foi a liberdade entendida como autonomia, isto é, como capacidade de dar leis a si própria” (BOBBIO, 2000, p. 38).

Não é razoável, portanto, a obrigatoriedade de votar como meio de politizar a população. A realização de campanhas constan-

tes, informativas e de conscientização política, tanto pelo poder público quanto pela sociedade civil e partidos políticos tornariam os eleitores menos propensos à ilusão de falsas ou impraticáveis promessas e as propostas e debates seriam enriquecidos.

Destaque-se que a educação e conscientização política da população é uma das atribuições dos partidos políticos. Tanto é que a Lei nº 9.096/1995 determina que parcela do Fundo Partidário seja empregada para esse fim específico,²⁴ o que, na prática, é feito apenas como forma de cumprir a determinação legal, sem empenho efetivo.

Não se aprende ter consciência de seu papel como cidadão só pelo exercício do voto. Sendo opção do eleitor não votar, caberia aos partidos convencê-los, o que, de certa forma, contribuiria também para sua aproximação e fortalecimento perante a população. E, ainda, os candidatos deveriam, necessariamente, esforçar-se para atender às expectativas de sua base. Não se pode esquecer, por fim, que, sem direito à abstenção, muitos vão às urnas para anular o voto ou votar em branco.

b) Argumentam os contrários à facultatividade que o pleito é mais legítimo quando o maior número de eleitores dele participa e que a não obrigatoriedade levaria à eleição de candidatos com apoio de pequeníssima parcela dos cidadãos.

Esse entendimento, compreensível em 1932 quando era razoável o receio de que a presença de poucos eleitores tirasse a legitimidade do resultado da eleição e do próprio processo eleitoral, não faz sentido atualmente. O cidadão contemporâneo deve decidir se quer ou não votar.

Ademais, estudos comparados mostram que a participação dos eleitores em países onde o voto é facultativo, inclusive França e Estados Unidos, mantém-se suficiente para garantir a legitimidade, sendo, em alguns casos, maior do que nos países em que há obri-

²⁴ Lei no 9.096/1995, art. 44.

gatoriedade, se levados em consideração os votos brancos e nulos computados nas eleições brasileiras.

E, ainda, países influentes no cenário mundial não têm sofrido contestação do resultado de suas eleições, nem têm suas eleições contestadas em razão do número de eleitores que foram às urnas. Ou seja, não se tem notícia de alegação de ilegitimidade quando grande parte dos eleitores decidiram não votar.

No Brasil, a percentagem de votos em branco tem aumentado nos últimos anos e, juntamente com as abstenções, somam, 29% (CARMO e MASSALLI, 2014). Se comparados à média de 47% a 69% de votantes nas eleições francesas e norte-americanas, os eleitores brasileiros que votaram ficaram em torno de 70%.

Outros dados informam que, mesmo sendo o voto obrigatório:

Cerca de 20% dos eleitores já não votam e outros cerca de 20% votam em branco e nulo. Portanto, uma participação de cerca de 60% de eleitores com cerca de 40% de abstenções, eliminaria a polêmica sobre o motivo do alto índice de votos em branco e nulo. Seria discutido apenas se o comparecimento foi baixo (faixa de 50%-60%) ou alto (faixa de 70%-80%) (KOBBER, 2010). Segundo a mesma fonte, os resultados eleitorais para cargos no Poder Executivo, cruzados com a preferência pelo voto facultativo não alterariam o ganhador e, portanto, teriam o mesmo resultado. Segundo pesquisa do Data Senado, 62% dos entrevistados afirmaram que votariam nas eleições presidenciais mesmo que não fossem obrigados (KOBBER, 2010).

Com o fim da obrigatoriedade é provável que o número de abstenções fosse maior, mas, mesmo com menos eleitores votando,

a maior parte dos presentes votaria de forma mais consciente e esse número tenderia a aumentar conforme a conscientização da importância do voto se tornasse mais ampla.

Outro fato que chama atenção é o grande número de países menos desenvolvidos social e economicamente nos quais o voto é obrigatório.

De acordo com dados da Central de Inteligência Americana (CNI), em 205 dos 232 países do mundo o comparecimento às urnas é facultativo. A maioria deles, inclusive, figura na lista das nações mais desenvolvidas. É o caso dos Estados Unidos, Canadá, Alemanha, Reino Unido, França, Itália e Japão, considerados os sete países mais ricos do mundo.

Enquanto isso, o voto é obrigatório em 24 nações, sendo que 13 delas são da América Latina, como o Brasil, Argentina, Paraguai, Chile e Uruguai. Na Áustria, o voto é misto: facultativo para todos os cargos políticos, menos para presidente (KOBBER, 2010).

O Brasil figura em 9º lugar dentre as 15 maiores economias do mundo e, entre elas, é o único país no qual o voto é obrigatório (RODRIGUES, 2016).

Mas não se diga que, “quanto menor o desenvolvimento, maior a necessidade de se obrigar o cidadão a votar”. O contrário parece mais acertado: quanto maior a conscientização, maior o interesse em votar. *E esse interesse pela participação política é fator que contribui para o desenvolvimento democrático, social e econômico de um país e não consequência desse desenvolvimento.* Embora a influência que esses dois aspectos exercem um sobre o outro seja bastante complexa, a relação aqui apontada não pode ser negada.

c) Outro argumento contra o fim da obrigatoriedade é que, sendo todos obrigados a votar, todos estarão representados, mesmo as minorias e os menos favorecidos economicamente.

A esse respeito, cabe analisar se o maior interesse da classe política em manter o voto obrigatório não seria, na verdade, garantir o voto justamente na população menos favorecida social e economicamente, boa parte da qual é mais suscetível à manipulação. E mais: a atual crise de representatividade faz questionar se, de fato, o povo está representado pelo simples fato de votar.

Não se pode afirmar que o comparecimento em massa às urnas – motivado pela obrigatoriedade – tem garantido a legitimidade da representação. É imprescindível questionar o que mais serve ao desenvolvimento nacional: uma representação eleita por menor número de eleitores – que, entre todos os cidadãos, *escolheram* votar – que com o passar do tempo e maior conscientização e menor suscetibilidade a enganos, façam melhores escolhas em prol de todos? Ou o inverso, uma representação escolhida por muitos, mas que a poucos favorece? A primeira opção parece-nos, de longe, a mais acertada.

Entendemos que a qualidade de uma democracia não se deve, unicamente, à participação quantitativa nas eleições, ainda mais se esta for obtida mediante constrangimento legal. O fato de o eleitor comparecer a uma seção eleitoral não significa que ele está interessado nas propostas dos candidatos e dos partidos políticos. Um número significativo de eleitores vota em branco ou anula seu voto deliberadamente, como protesto. Assim, o sistema político termina por ser levado ao descrédito pela constatação da existência de um número elevado de votos brancos e nulos, para não se mencionar o absentismo que cresce a cada eleição pela desmotivação do eleitor.²⁵

²⁵ Parecer. Comissão de Constituição e Justiça.

Com o voto obrigatório os partidos e candidatos não veem necessidade de fazer campanhas permanentes direcionadas ao esclarecimento quanto à importância da participação política. Com o voto facultativo teriam que convencer o eleitor não só a votar em “A” ou “B”, mas a *votar*, por razões claras e fundamentadas, não por simples dever.

d) A questão do voto útil ou de rejeição é outro ponto considerado. Argumenta-se que a facultatividade do voto aumentaria o número do denominado voto útil ou de rejeição, quando se vota em “A” para não votar em “B”.

Entretanto, a obrigatoriedade do voto não livrou o país desse tipo de problema, aliás, comum, em maior ou menor grau, em todas as democracias. E há que se reconhecer que mesmo o voto de rejeição é exercício de um direito, assim como anular, votar em branco ou se abster. Os que assim não pensam não veem recusa em participar das eleições como uma demonstração válida e significativa de visão política.

6.1 Possível alteração constitucional

A alteração constitucional para extinguir a obrigatoriedade do voto, tornando-o uma opção do cidadão, é plenamente possível. O que não se pode, repita-se, é retirar do eleitor a possibilidade de votar se assim o desejar. Por ser matéria constitucional, o fim da obrigatoriedade no Brasil exigiria votação em dois turnos por maioria qualificada (3/5 da Câmara dos Deputados em duas votações e 3/5 do Senado Federal).

E note-se que a tendência mundial é dedicar mais atenção à criação e ao aprimoramento dos meios de inclusão, de universalização do direito de sufrágio e de participação política. É no sentido de, cada vez mais, extinguir obrigatoriedades e limites que em pouco ou em nada contribuem para essa evolução social e política, tanto no que diz respeito ao eleitor quanto às candidaturas aos cargos eletivos.

7 Conclusão

A soberania expressa nas constituições democráticas, em especial a francesa e a norte-americana expressam com clareza, assim como a brasileira, que essa soberania só é popular quando há o exercício direto da cidadania através do voto dos nacionais, que não podem ser diferenciados por suas condições pessoais.

Mas não expressam as Constituições desses países que o alistamento e o voto são obrigatórios, como acontece com a Constituição do Brasil. Nelas, o voto é facultativo e, portanto, é um direito do cidadão francês ou norte-americano, e não um direito-dever.

A maturidade política dos cidadãos deve ser reconhecida e o seu processo de desenvolvimento, incentivado. Uma das formas de fazê-lo é lhes dar o direito de escolher votar ou não votar, já que, para muitos, a última opção é uma forma de se expressar politicamente.

Da mesma forma, muitos não o veem como direito puro e simples, mas como uma imposição. Ora, qual o direito que, se não exercido acarreta sanção?

O voto facultativo prestigia o cidadão perante todo o sistema eleitoral, e por consequência o torna mais interessado na participação política, além de estimular a uma mudança de mentalidade nos candidatos e partidos no sentido de, mais do que pura e simplesmente pedir votos, participarem efetivamente da educação política da população, papel que lhes foi atribuído pela própria Constituição Federal e pela Lei nº 9.096/1995.

Vale anotar lição de Dahl (1997, p. 133), de que “as evidências indicam que nos Estados Unidos, na Itália e na Alemanha, quando termina sua formação escolar, uma maioria substancial dos jovens concorda em que ‘democracia é a melhor forma de governo’”.

E Democracia não se faz com imposições desnecessárias, mas com educação política, com discussão popular e transformação cultural a fim de assegurar um Estado democrático pleno. E impor o dever de votar não é uma das muitas maneiras de se alcançar essas metas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rodolfo; MARIANI, Daniel. **O voto obrigatório e a abstenção nas urnas nos EUA e no mundo**. 05 maio 2016. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/grafico/2016/11/10/O-voto-obrigat%C3%B3rio-e-a-absten%C3%A7%C3%A3o-nas-urnas-nos-EUA-e-no-mundo>>. Acesso em: 9 set. 2017.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Brasília: EdUnB, 2004.

_____. _____. **O futuro da democracia**. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2012.

BURDEAU, Georges. **Manuel de droit constitutionnel**. 24^{ème} éd. Paris: Éd. L.G.D.J, 1995.

CARMO, Lana Cristina; MASSALLI, Fábio. **Abstenção, brancos e nulos são 29% dos votos**: eleitor tem descrença no candidato. Agência Brasil. 6 out. 2014. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2014-10/abstencao-brancos-nulos-sao-29-dos-votos-eleitor-tem-descrenca-no-candidato>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

CARTA CAPITAL. **Eleições 2012**: índice de comparecimento às urnas ainda é alto. 15 out. 2012. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/indice-de-comparecimento-as-urnas-ainda-e-alto>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

CARVALHO, Jeferson Moreira de. **Poder constituinte**: funções e limites. São Paulo: Ed. Oliveira Mendes, 1998.

DAHL, Robert A. **Poliarquia**: participação e oposição. São Paulo: Edusp, 1997.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. São Paulo: Atlas, 2011.

KOBER, Lidiane. Comparecimento às urnas independe de voto obrigatório. **Correio do Estado**, Campo Grande - MS, 13 set 2010. Disponível em: <<https://www.correiodoestado.com.br/noticias/comparecimento-as-urnas-independe-de-voto-obrigatorio/7207/>>. Acesso em: 29 jul. 2016.

PORTELLI, Hugues. **Cours de droit constitutionnel**. 2^{ème} éd. Paris: Dalloz, 1998.

REALE, Miguel. **Os legados de Norberto Bobbio**. São Paulo: Prisma Jurídico, 2004. v. 3.

REIS, Marisa Amaro dos; SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Partidos políticos**. São Paulo: Ipam, 2016.

RODRIGUES, Fernando. **Voto obrigatório no mundo**. 17 out. 2010. Disponível em: <<http://direito.folha.uol.com.br/blog/voto-obrigatorio-no-mundo>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

ROUVILLOIS, Frédéric. **Droit constitutionnel 1**: fondements et pratiques. 4^{ème} éd. Paris: Champs Université, 2015.

TELLES, Olívia Raposa da Silva. **Direito eleitoral comparado**: Brasil, Estados Unidos, França. São Paulo: Saraiva, 2009.

Propaganda eleitoral nas mídias sociais

Fórum Nacional

Realização



Apoio



1º DE MARÇO DE 2018

Painel 1: ROBÔS, FAKE NEWS, JUNK NEWS E BIG DATA - DESAFIOS DA JUSTIÇA ELEITORAL

Expositores: Diogo Rais (professor de Direito Eleitoral/Mackenzie, coordenador MackEleições) e Marcelo Weick (especialista em Direito Eleitoral e Digital).

Debatedores: Leandro Castro (engenheiro de computação); Fabio Zanini (editor do Caderno Poder da Folha de São Paulo); Daniel Falcão (advogado e cientista social) e Luiz Fernando Pereira (advogado).

Painel 2: COMO DAR EFETIVIDADE, NA VELOCIDADE EXIGIDA, ÀS DECISÕES LIMINARES

Expositores: Luiz Fernando Pereira (advogado) e Marilda Silveira (advogada)

Debatedores: Rebeca Garcia e Ricardo Dalmaso (Facebook); André Zanatta (Google) e Regina Lima e Fernando Gallo (Twitter); Diogo Cruvinel (cientista político e servidor do TRE/MG)

Painel 3: INVESTIGAÇÃO DIGITAL E FISCAUZAÇÃO: PROCEDIMENTOS DE INVESTIGAÇÃO NO CIBERESPAÇO E O APLICATIVO PARDAL

Expositores: Renato Leite Monteiro (especialista em investigação digital) e Giuseppe Janino (Secretário de Tecnologia da Informação do TSE)

2 DE MARÇO DE 2018

**WORKSHOP
OFICINAS DE IDENTIFICAÇÃO E
SOLUÇÃO DE PROBLEMAS**

Coordenador científico: Diogo Rais

Facilitadores: Diogo Rais, Juliana Freitas e Daniel Falcão

Grupos de Trabalho:

Painel 1

Facilitador (professor Diogo Rais); Coordenador (Juiz-Membro Mário Roberto Kono de Oliveira; Assessores (Servidores do TRE/MT: Antônio Henrique Ricci Boaventura, Breno Antônio Sirugi Gasparoto, Gustavo Silveira Castor e Luciano Vitor Soares Batista da Silva)

Painel 2

Facilitador (professor Daniel Falcão); Coordenador (Juiz-Membro Paulo César Alves Sodré; Assessores (Servidores do TRE/MT: Flávia Maria Duarte Monteiro Pasqualin, Isaqueu Maia do Nascimento, Jacques de Barros Lopes, Nelsi Camilo Evangelista Lima)

Painel 3

Facilitador (professora Juliana Freitas); Coordenador (Juiz- Membro Jackson Francisco Coleta Coutinho; Assessores (Servidores do TRE/MT: Ângela Aparecida Gabana de Queiroz, Luiz César Darienzo Alves, Weber Quirino de Andrade)

PROPAGANDA ELEITORAL NAS MÍDIAS SOCIAIS: PREMISSAS BÁSICAS

*Desembargador Márcio Vidal
Presidente do TRE-MT/COPTREL*

Tudo o que um homem pode imaginar, outros homens poderão fazer.
Jules Verne

É com incontido e indisfarçável regozijo que, neste surpreendente, multifacetado e atípico verão mato-grossense, de 2018, disfarçado com ares de outras estações, o Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso e o Coptrel, ancorados na irresistível atração do Centro Geodésico da América do Sul, ponto nuclear de Cuiabá – esta, desde o outono do último ano da segunda década do século dezoito (8/4/1719) *celula mater* –, alçada à capital desta Unidade da Federação, trouxeram este evento, de inegável oportunidade e de indiscutível repercussão nesta sociedade contemporânea, da internet ou da rede mundial de computadores, dos internautas, das redes sociais, da comunicação multimídia, em tempo real, sem fronteiras conhecidas e, quiçá, para além das fronteiras desconhecidas.

Estas primeiras palavras são de acolhida a todos (ilustres colegas Desembargadores, Corregedores dos TREs do Brasil, juntamente com os nobres membros do Ministério Público Federal, Delegados da Polícia Federal, Juízes de Propaganda Eleitoral, Assessores Jurídicos, Profissionais das Comunicações, da Tecnologia da Informática e público interessado em geral) que nos honram com sua presença.

Segue uma saudação especial a todos que prestigiaram este evento, sustentaram o facho e alimentaram a chama que apontará as trilhas, na busca de uma atuação cidadã profícua, em claro compromisso com a causa de uma sociedade mais ética, assentada nos ideais de cidadania e de um **verdadeiro Estado Democrático de Direito**, sob a batuta de uma Justiça

Eleitoral atenta, competente, atualizada, devidamente instrumentalizada com um aparato técnico e tecnológico que garanta sua presença pronta, atuante, vigilante, eficiente e eficaz.

Para tanto, urge que o Corpo Judiciário eleitoral estenda seus tentáculos para além de sua zona de conforto, porque o Brasil precisa desse empenho. Nesse caminhar, o que move esta Justiça Eleitoral, neste momento crítico, não é outro se não o compromisso com a salvaguarda dos interesses maiores e mais legítimos de um país maduro e apto a escolher seus dirigentes, com consciência cidadã, na melhor forma e aplicação da lei, com projeção de uma sociedade mais ética, mais justa, mais correta, sob todos os pontos de vista, enfim, de uma autêntica sociedade de cidadãos, pelos cidadãos e para os cidadãos de hoje e do futuro.

É lugar comum, hodiernamente, a “coqueluche” nos iphones, smartphones, ipads etc. O deslumbramento é tanto que o uso desses aparelhos, dos mais simples aos mais sofisticados, entrou em rota de colisão, substituindo a comunicação tête-à-tête, nas situações mais inverossímeis.

O avanço das comunicações eletrônicas, sonoras e visuais, atingiu patamares nunca cogitados, e, agora, em dimensões visíveis e invisíveis, em tempo real, instantâneo, de um lado ao outro do planeta e até fora da atmosfera terrestre. A rede mundial de computadores e a telefonia celular, com suas condições técnicas e tecnológicas, já chegaram a níveis tais que, mediante aplicativos para diferentes fins, alçaram voos imprevisíveis.

A busca, incansável, de vencer a distância, na história da humanidade, desde a invenção da roda até a tecnologia ultra-avançada da realidade virtual, hoje, aproxima imagem e som, de um quadrante ao outro do planeta, em tempo real, o que parece inacreditável, mas é real e tem suas vantagens e desvantagens.

Bem a propósito, o economista e engenheiro alemão Klaus Schwab, autor do best seller *A quarta revolução industrial* (tradução para o português, 2017) e fundador do Fórum Econômico Mundial faz uma ampla exposição acerca dos avançadíssimos e fantásticos progressos tecnológicos, outrora, inimagináveis... Na sua concepção, ao moldar aquilo que entende como **quarta revolução industrial**, é preciso garantir que ela seja **empoderadora**

e centrada no ser humano – em vez de divisionista e desumana – e isso não é tarefa para um único interessado ou setor, nem para uma única região, ou indústria, ou cultura, pela própria natureza fundamental e global dessa revolução, ela afetará, e será influenciada, por todos os países, economias, setores e pessoas. Traz, também, à cena a discussão que envolve as interações e as colaborações necessárias às narrativas positivas, comuns e cheias de esperanças que permitam que indivíduos e grupos de todas as partes do mundo participem e se beneficiem das transformações em curso.¹ Até mesmo pelo criativo Júlio Verne, que se antecipou, em muito, aos submarinos, inclusive aos atômicos, ou pelo gênio criador italiano Leonardo Da Vinci, passaram ao largo as surpreendentes e inusitadas possibilidades de descobertas científicas e tecnológicas que marcam a realidade contemporânea.

Pelas palavras do insigne pensador contemporâneo (Schwab), os avanços científicos e tecnológicos deveriam ser voltados para o bem da humanidade, sem dúvidas. Infelizmente, contudo, a realidade é bem outra...

Esses avanços caminham em mão dupla: se de um lado, indubitavelmente, facilitam as comunicações, são excelentes aliados em várias direções, favorecendo a própria ciência, o desenvolvimento das sociedades e da humanidade; de outro lado, lamentavelmente, em mãos perversas e inescrupulosas, têm sido utilizados de modo a causar grandes e irreversíveis danos.

Tem-se, então, um paradoxo: um instrumento que está a serviço do bem da humanidade, poderá ser, ao mesmo tempo, sua perdição. O problema, no entanto, não é a tecnologia, e, tampouco, a ciência, mas o uso que delas se faça; do mesmo jeito que o problema não é a energia nuclear, mas o uso que dela se faça...

De regra, não se deve aos inventores o mau uso de seus inventos. Diz-se, por exemplo, que Santos Dumont ter-se-ia suicidado, ao saber que seu invento fora utilizado para bombardear o Campo de Marte, em São Paulo, na Revolução Constitucionalista de 1932.

É precisamente na encruzilhada de sua utilidade que surge a aplicação deletéria da tecnologia comunicacional, primeiro nas intrigas fúteis, de

¹ SCHWAB, K. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2017. p. 14.

alta frequência nas redes sociais, e, por desdobramentos utilitários, nas campanhas e anticampanhas políticas.

Nessa esteira vieram as “novidades” não tão novas assim, porque mentira, falsidade, calúnia, difamação, injúria, inveja, ambição, perversidade, perversão etc. enfim, toda sorte de maldades faz parte dos comportamentos dos “seres racionais”, do mesmo jeito que seus inversos como verdade, fidelidade, lealdade, honestidade, dignidade, sinceridade, honra-dez, ética, generosidade etc., sentimentos que sempre estiveram e estão na gênese dos comportamentos humanos.

A predominância de uns modos sobre os outros depende da educação, dentro e fora da família, dos costumes, das interações sociais, da visão de mundo de cada sociedade, da convivência social, do respeito pelos outros e pelas instituições, enfim, da cultura e do grau de civilidade dentro de cada sociedade.

No predomínio do “tudo pode”, em uma sociedade do “vale tudo”, o que se tem renovado são as formas de utilizar os conteúdos, em sofisticados invólucros tecnológicos, aparentemente simples e até singelos, mas aptos a concentrar altíssimas doses de veneno, no sentido próprio e no sentido figurado, capazes de arruinar, definitivamente, a reputação de quem quer que seja. É o que se chama correntemente de falsas notícias, em tradução literal da sofisticada expressão inglesa *fake news*,

As informações dão conta de que, pelas perspectivas examinadas, tem-se uma espécie de monstro de muitas cabeças e múltiplos tentáculos, alimentado, em profusão, pelos requintados multimeios, aparentemente despretensiosos, acessíveis, sem endereço certo, sem identificação clara, multifacetados, de procedência obscura, atuando a todo momento.

À Justiça Eleitoral caberá o controle do processo eleitoral, a prevenção e punição das fraudes, das irregularidades, das ilegalidades, a punição dos crimes eleitorais, enfim, a condução do processo eleitoral dentro da lei e da ordem.

Sua missão deverá chegar a termo, do melhor modo possível.

RELATÓRIO CIENTÍFICO: FÓRUM NACIONAL - PROPAGANDA ELEITORAL NAS MÍDIAS SOCIAIS²

O Colégio de Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais e o Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso em parceria com a Escola Judiciária Eleitoral de Mato Grosso realizaram, nos dias 1º e 2 de março de 2018, o Fórum Nacional “Propaganda Eleitoral nas Mídias Sociais”, no qual estiveram presentes doutrinadores da seara eleitoral, representantes das mídias sociais, profissionais da imprensa e diversas autoridades eleitorais, em uma interface entre os profissionais do Direito, representantes das mídias sociais digitais e atores de outras searas do conhecimento.

As eleições 2018 terão um elemento novo em matéria de propaganda eleitoral. A influência da mídia digital na vida do cidadão e o intercâmbio daí resultante modificaram a própria compreensão de comportamento e meio-ambiente da sociedade moderna.

A conexão do cidadão com as mídias sociais será um fator agregativo nas campanhas eleitorais, ante a pluralidade de pessoas interconectadas, incluindo os atores sociais, políticos e empresas.

O ambiente comunicacional transformador e a velocidade característica das inter-relações na mídia digital ocasionam uma mutação comportamental e têm um impacto avassalador.

A relação entre internet e eleições é multidisciplinar, em constante transformação, na qual os desafios tecnológicos e as soluções digitais em prol das boas práticas para as eleições demandam aperfeiçoamento daqueles que irão aplicar as regras, no tocante à propaganda eleitoral, nas eleições de 2018.

O forte impacto na construção da opinião pública em virtude da ambiência nas redes sociais e sua correlação com as eleições vindouras demandam aprimoramento.

² Relatório desenvolvido por Antonio Peleja (Juiz-Membro do TRE-MT) e Diogo Rais (Prof. de Direito Eleitoral – Universidade Mackenzie)

O primeiro painel teve como linha de abordagem o tema “Robôs, Fake News, Junk News e Big Data – Desafios da Justiça Eleitoral”, como expositores Diogo Rais e Marcelo Weick e debatedores Leandro Castro, Fábio Zanini, Daniel Falcão, José Luis Blaszak e Juliana Freitas.

O professor Diogo Rais indica a existência da vocação tecnológica da Justiça Eleitoral até por lidar com os processos de educação e cidadania. Em 1932, no Código Eleitoral, havia a previsão de uma máquina de votar. Algumas décadas após, em 1996, adveio a urna eletrônica, que traduz a vocação de comunicação, integração e conexão.

Os novos desafios de Fake News e Junk News exigem discussão e debate, porque a supressão dialógica é o grande problema no processo de comunicação de pensamento.

O pensamento polarizado ajuda a fomentar o ódio, que prejudica qualquer debate e não há como vencê-lo no debate porque inexistente racionalidade.

Deve-se analisar os aspectos positivos nos quais a tecnologia colabora com a democracia. No Facebook tivemos mais de 1 bilhão de diálogos sobre questões cívicas e políticas. Porém, como enfrentar os efeitos colaterais dessa situação é o objeto central da discussão.

É tudo muito recente a situação na forma pela qual a estamos enfrentando. Não a mentira, porque o boato sempre existiu. Na década de 30, houve um boato que derrubou a cotação do café na Bolsa. Mas qual o impacto desses boatos e mentiras veiculados nas mídias sociais para impactar as eleições?

No atual cenário, estamos em um processo de comunicação muito plural. Antes havia uma via de comunicação – um ente comunicador com vários receptores – ao passo que, atualmente, há um processo de muitos para muitos, em que todos se comunicam, quem escreve é quem também lê, além de a acessibilidade e oportunidade de diálogo não terem fronteiras.

A tendência da Justiça Eleitoral é a postura de “lógica de controle”, o que é expresso na legislação, por exemplo, art. 36, lei das eleições: a propaganda eleitoral é proibida, somente havendo exceções nos casos previstos. Há um quê de lógica invertida na propaganda eleitoral, sobretudo pela sua função.

No novo cenário, os produtores da comunicação não são o rol de candidatos e partido, mas os mais de 200 milhões de brasileiros. A situação recrudescer e se pulveriza ante o fato de que a internet não tem bordas. Não há como a Justiça Eleitoral fiscalizar, controlar todo mundo.

A própria legislação eleitoral cuida do tema e, recentemente, ela faz uma espécie de curva. A justiça tem o foco no processo e suas decisões são no sentido de garantir a igualdade e a paridade de armas. Na internet, porém, a questão é diversa, pois uma postagem pode viralizar e alcançar potencialização muito maior que outra. O problema é quando essa publicidade é falsa, por dolo e causa dano.

O conceito de fake news é plurissignificante. Em definição laica, é a mentira que parece verdade. Recentemente, temos a expansão do termo seguido de uma estigmatização, e alguns sugerem a “abolição” do uso da palavra, tal a conotação negativa assumida.

A tendência em agravar a censura sobre a fake news é um controle generalizado, que vai ferir a liberdade de expressão. Por isso, deve-se encontrar a melhor forma de lidar com a situação, que é combater a desinformação com a informação, por intermédio dos instrumentos de checagem, o que é feito por algumas agências brasileiras e, no cenário internacional, é trato corriqueiro.

A legislação eleitoral prevê a punição para um perfil falso para contratação de pessoas encarregadas de fazer uma má reputação digital para a injúria, difamação ou calúnia eleitoral e, se a fake news provoca um desses danos, pode ser aplicado o dispositivo correspondente.

A rastreabilidade inata à mídia social e às comunicações eletrônicas, por mais paradoxal que pareça, é menos nociva do que a fake news tradicional. Quando se distribuem panfletos apócrifos ou há derrames de notícias fraudulentas, é muito mais difícil de rastrear e chegar aos culpados.

No ambiente virtual, é muito mais fácil identificar os autores da notícia falsa do que no cenário não digital, pois ela é rastreável.

O palestrante Diogo Rais pontua cerca dos riscos da generalização, porque se se considerar tudo como fake news, corre-se o risco de partir de

uma premissa errada que pode render consequências indesejadas.

O que caracteriza a fake news não é a forma, mas sim o conteúdo e sobre como este deve incidir a análise, que depende do caso concreto. Não há criminalidade da mentira, mas sim reparação quanto aos danos – está-se na seara da responsabilização e não do controle prévio que pode dar causa à censura, que fira a liberdade de expressão.

As eleições de 2018 serão mais tecnológicas que as últimas e menos que as próximas, de maneira pela qual não há como parar o desenvolvimento tecnológico nas eleições.

Rais assevera que o boato é a melhor arma para desestabilizar o adversário político e desequilibrar as eleições. Isso ocorre porque há pouco tempo para se desmentir. Mas com o aparato tecnológico encontrar a verdade é possível. A verdade também está ali na internet.

Há um estudo em Stanford que demonstra que o impacto da fake news pode não ser tão significativo ou devastador quanto se pensa, mesmo porque, como já se disse, a rastreabilidade no cenário digital é muito mais aferível do que no mundo não digital. Se joga um monte propaganda na rua, de madrugada, é difícil de se chegar aos autos. No mundo digital, pelo cruzamento de dados, isso é possível.

Por fim, Rais diz que o melhor caminho é a prevenção e a grande vacina é a informação para a população. Deve-se encontrar e incentivar portais de conteúdos sérios. Além do mais, somos responsáveis acerca do que escrevemos e compartilhamos.

Enfrentar esse desafio é muito importante, pois do outro lado há 200 milhões de pessoas e existe o eixo central da liberdade de expressão como manifestação democrática da sociedade.

O segundo palestrante do dia foi o advogado e professor Marcelo Weick Pogliese. Ele pontua que, atualmente, há uma nova estrutura dominante, qual seja, sociedade em rede, consubstanciada em uma teia de conexões e interações, capilarizada por toda a estrutura social, bem como interligada pelas novas tecnologias de informação; uma nova economia, a economia informacional (global), modelo de desenvolvimento econômico

capitalista cuja fonte de produtividade está na “tecnologia de geração de conhecimento, de processamento de informação e de comunicação de símbolos”; uma nova cultura: virtualidade real.

O espaço digital e o espaço urbano estão, mais do que nunca, conectados e a sociedade brasileira está cada vez mais urbana e digital.

Após demonstrar essas mutações, aponta aquela incidente sobre a morfologia dos partidos políticos, caracterizada pela acentuada redução da bagagem ideológica; abertura do partido à influência dos grupos de interesse e das organizações colaterais (sindicatos, igrejas etc.); perda do peso político dos filiados e declínio do papel da militância política de base; fortalecimento do papel dos líderes partidários (cada vez mais vinculados aos grupos de interesses do que com os filiados) e diminuição da identidade relacional entre o partido e o eleitorado.

Essa morfologia permite a ascensão de uma nova classe política focada em uma visão partidária profissional-eleitoral, marcada por uma concepção pragmática e realista, na qual há uma incisiva participação dos profissionais de marketing, que substituem as bases da decisão sobre as mensagens partidárias e os partidos não mais protagonizam o debate político. Isso ocasiona a espetacularização das campanhas eleitorais, o desenvolvimento discursivo com poucas diferenças de conteúdo entre os adversários e, por fim, atuação propagandística eleitoral focada na pessoa do candidato e não no partido.

Os partidos políticos passam a se utilizar de estratégias similares ao marketing comercial para influenciar a decisão do voto do eleitor, em evidente crise de representatividade, o que abre espaço para os profissionais do ramo publicitário, pagos para vender política de uma forma apolítica.

Assim, como Diogo Rais, Weick ratifica que o mundo real está cada vez conectado em rede e o grande palco da propaganda eleitoral deixa de ser exclusivamente as mídias tradicionais, para as redes sociais. Surge aí um novo desafio para a Justiça Eleitoral.

Essa constatação traz um problema, o da rastreabilidade do comportamento dos usuários, lastreado em rebuscados algoritmos, que a quase

totalidade das mídias sociais, plataformas de comunicação sítios de buscas de conteúdo, serviços gratuitos de e-mail e empresas de telefonia, entre outros, realizam.

A rastreabilidade possibilita que seja traçado o perfil do eleitorado de uma forma maximizada e permite não só captação de um conjunto massivo e infinito de dados, mas também a sua análise com ferramentas computacionais de alta performance, identificando padrões, inferindo probabilidades e fazendo previsões.

O indivíduo, na sua plêiade de facetas (consumidor, expectador, cidadão, eleitor), torna-se um *ser datafocado* ou *datificado*, mediante incontáveis parametrizações. Compartilhar uma mensagem no Facebook ou um simples *like* no Instagram contribuem, por exemplo, para o desenho comportamental do usuário das redes.

A avaliação desses dados nas mídias sociais é considerada, a cada dia, com alto teor de eficácia, superior à amostragem e mais confiável do que entrevistas ou levantamentos.

A situação exposta traduz um grande desafio da Justiça Eleitoral, ainda incipiente no tema. As decisões judiciais padecem de diálogo normativo com o Marco Civil da Internet (Lei Federal nº 12.965/2014) e de enquadramento constitucional da decisão judicial eleitoral aos contornos e limites do direito à liberdade de expressão.

Disso decorre a baixa densidade de ferramentas para fiscalização e punição de abusos e desvirtuamentos da propaganda eleitoral nas redes sociais.

A informação em um blog ou site é impulsionada por milhões de pessoas. O grande problema é se se agregar uma notícia falsa, que se potencializa e pode ocasionar influência no jogo democrático. Há recursos fortemente econômicos em atuação.

O advogado Marcelo Weick ingressa no correlato tema do impulsionamento, previsto no art. 26, XV, Lei das Eleições, o qual, segundo lições de Alexandre Basílio Coura, é “a técnica mediante remuneração a provedores de serviços ou conteúdo para que potencializem o alcance e a divulgação da informação visando atingir usuários que, normalmente, não

teriam essa visibilidade pelas formas tradicionais”.

A título de exemplo, o conteúdo propagandístico é criado e inserido nos diversos canais oficiais da campanha, do candidato ou (ocultamente) de um terceiro. Em seguida, essa mensagem é impulsionada aos eleitores, por intermédio das diversas aplicações de internet (inclusive via provedores). E as alternativas são as mais diversas.

O problema é que a legislação autoriza o impulsionamento e os partidos políticos podem contratar os provedores para impulsionar. Ao legitimar os gastos da campanha eleitoral com o impulsionamento, pode-se criar um lastro financeiro para financiar a campanha suja.

Adentrando ao tema-base do evento, Weick pontua que se pode combater as fake news, junk news, o abuso e desvio de finalidade no emprego do *bots*, impulsionamento e outras ferramentas computacionais, por intermédio de ferramentas administrativas, como relação institucional da Justiça Eleitoral com a sociedade civil organizada (*Fact-checking*); desenvolvimento de ferramentas computacionais próprias; atuação jurisdicional, repressiva e preventiva – tutela antecipada em representações incidente sobre os grandes grupos econômicos que ganham muito dinheiro com o tema. Ressalta que a investigação judicial ocorre no âmbito do microsistema eleitoral, mas deve ser ampliada para combater essas intervenções nas eleições.

Weick, ao comentar sobre o mundo da internet, destaca que 59,7% da população brasileira acessou a Internet em 2016 – em torno de 123 milhões de pessoas (ITU/ONU) e, em 2017, o *WhatsApp* chegou a 100 milhões de usuários no Brasil.

Na campanha norte-americana à presidência da República, a fake news foi uma constante. É preocupante constatar que aquelas mais populares foram compartilhadas mais vezes do que as principais notícias verdadeiras relativas às eleições. Foram descobertas 115 notícias falsas pró-Trump (compartilhadas aproximadamente 30 milhões de vezes no Facebook) vs. 41 notícias falsas pró-Clinton (compartilhadas aproximadamente 7,6 milhões de vezes no Facebook).

No Brasil, segundo dados da Fundação Getulio Vargas, 11% das

discussões políticas nas eleições de 2014 foram incitadas por robôs. No processo de *Impeachment* em 2015, ao menos 10% das discussões foram impulsionadas por robôs. Entre os apoiadores da então Presidente Dilma Roussef essa proporção chegou 21,43%.

Os temas compõem-se de assuntos importantes como liberdade de expressão, paródia/sátira e direito à opinião.

Entre as possíveis soluções encontradas para combatê-lo estão, no paradigma da França:

a) *Crosscheck*: ferramenta criada por um grupo de 37 veículos de imprensa franceses – inclusive os mais importantes do país como *Le Monde*, *Agence France Presse* (AFP) e *Les Echos* para identificar e combater fake news expondo no site “*crosscheck*” informações falsas veiculadas na internet e publicando notas que esclarecem a realidade dos fatos;

b) *Fact-checking* (averiguação dos fatos): trata-se de uma checagem dos fatos mediante o confronto de histórias com dados públicos, pesquisas e registros acerca do tema.

No Brasil, há plataformas dedicadas ao Fact-Checking, como as agências *Lupa* (<http://fakeounews.org/>) e *Aos Fatos* (<https://aosfatos.org/>) e os projetos *Truco* da Agência *Publica* (<https://apublica.org/>).

Os provedores digitais começam a trabalhar os indicadores de confiança de seu conteúdo. Facebook, Google e Twitter iniciaram um projeto no intuito de incrementar a transparência das suas publicações.

Na Alemanha, há uma moderna lei a dispor sobre o assunto. Trata-se da *Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken* (Tradução Livre: Lei para melhor aplicação das Leis nas Redes Sociais), em vigor desde 1º de janeiro de 2018, e aplicável aos provedores de redes sociais (Facebook, Twitter etc).

Conforme a norma, uma vez denunciados os conteúdos nitidamente ilegais (discursos de ódio, veiculação de notícias sabidamente inverídicas etc.) devem ser retirados da plataforma em 24 horas, sob pena de multas que podem chegar aproximadamente a €50 milhões (cinquenta milhões de euros) em casos reiterados que demonstrem uma falha sistemática do

provedor. Já nos conteúdos que necessitam de uma verificação mais aprofundada acerca da ilegalidade, o prazo é de uma semana (sete dias).

Há também o *Deep Learning* (Aprendizagem profunda), que pode ser utilizado na identificação de fake news, que é lastreado em algoritmos capazes de aprender abstrações complexas dos dados por meio de um processo de aprendizagem hierárquico muito similar ao que ocorre no cérebro humano.

Às palestras seguiram-se os debates, com profissionais de outras áreas do conhecimento, como o engenheiro de computação Leandro Castro.

Castro, ao abordar a economia informacional global e o fato de a informação representar dinheiro, traz o exemplo de um vídeo da *Fox News* – rede de TV norte-americana: é o caso dos telefones sem chip e em modo avião que foram colocados em avião para um tour (15 milhas). Após pousar, os celulares foram analisados no estúdio da *Fox News* e baixadas todas as informações e dados neles contidos. Foram encontradas 121 localizações distintas mapeadas e 152 ações distintas executadas pelos telefones. Tudo isso com o telefone desconectado da rede e um deles em modo avião cujos dados não havia diferença do outro telefone, do que se conclui que estamos sendo monitorados o tempo todo.

O Google já gera pré-resposta de e-mail. Não há humanos controlando, mas as máquinas leem o que nós recebemos, escrevemos. Há uma monitoração contínua.

Em paralelo entre as mídias tradicionais – comunicação de um para muitos – e sociais – comunicação de muitos para muitos –, afirma que nestas eu posso escolher a informação, o que gera um empoderamento muito forte. Assim, já é possível fazer análises de tendências de votos, utilizando-se a busca os dados de mídias sociais para entender os porquês.

O debatedor Fábio Zanini, da Folha de São Paulo, reitera como as duas grandes novidades da eleição são o fake news e a big data. Pontua que as mentiras sempre fizeram parte de nosso cotidiano, como Orson Wells na *Guerra dos Mundos* ou a morte de Paul McCartney. Mas no âmbito virtual, a fake news é um tema recente. A sua abordagem em relação ao tema é acerca da mensuração e discussão de seus impactos. Na avaliação de

Zanini, há um sentimento de paranoia, de exagero, que pode causar efeitos mais nocivos do que o tema colocado.

Fake news não decide as eleições, afirma Zanini. É um exagero essa afirmação, pois elas podem ter impacto, mas ganhar eleições é diferente. No caso da Hillary x Trump, a candidata democrata perdeu votos nos setores conservadores da sociedade, nos locais onde houve perda de empregos e, não, propriamente, em decorrência da disseminação de falsas informações. O que decide eleições são grandes narrativas, temas e plataformas, mas não boatos.

As fake news serão matizadas por uma contraofensiva, que é saudável, mas que também embute alguns riscos, um certo exagero de ações que começam a se assemelhar a “controle de conteúdo” – é o remédio matando o paciente; entre a fake news e a censura, prefere-se a censura – esse é o risco. Além do mais, quando se coloca reportagem mal apuradas, avaliação errada da notícia, na conta do fake news, isso começa a virar um problema sério, porque nem tudo é fake news. O termo se tornou um rótulo muito carregado, um xingamento, e, por isso, alguns pregam que esse termo deve ser abolido.

Assevera Zanini que se deve combater desinformação com informação, com checagem de dados, com transparência.

Por fim, pontua que big data é o futuro das pesquisas de opinião. As empresas que oferecem fazer campanhas customizadas, individualizadas pela análise do perfil dos eleitores e, para cada um deles, colocar um tipo de plataforma, um tipo de discurso. A pesquisa de amostragem será acrescida ou substituída por essa informação microdirecionada, que é baseada em perfil de uso de internet, que no Brasil ainda não existe. Ela tem falhas. Por exemplo, nenhum cientista de big data previu a vitória do Trump.

A advogada Juliana Freitas ressalta que estamos dentro de um novo palco de discussão democrática. Temos que agir com ética, pois computadores não têm valores.

No segundo painel do dia, que envolveu Google, Twitter e Facebook, a advogada Marilda Silveira dispôs acerca do impulsionamento, que será um dos grandes problemas dessas eleições e vai começar em maio e não em agosto, porque haverá a propaganda eleitoral para a captação de

recursos – pré-campanha eleitoral – por intermédio do *crowdfunding*.

O impulsionamento somente é permitido para candidatos, partidos e coligações.

Há muitas propagandas que não são expressamente apresentadas como propagandas e, nas eleições, serão impulsionadas por pessoas que não são partidos, coligações e candidatos. Essas situações são diferenciadas, pois se dão por intermédio de notícias, ainda que verdadeiras, e falam bem ou mal de candidatos.

Nota-se bem a diferença. Elas não são expressamente propagandas e serão impulsionadas por pessoas que não são partidos, coligações e candidatos. É mais ou menos comparável o que acontece nos EUA com o *super pac*. As pessoas jurídicas podem apoiar candidaturas desde que ela faça individualmente e não haja combinação entre eles.

O advogado Luiz Fernando Pereira aborda a tutela antecipada no âmbito das propagandas *fake* e tece críticas à orientação restritiva à propaganda negativa editada pelo TSE. Segundo ele, falta no Brasil a propaganda negativa em grau máximo e, somente em hipóteses excepcionais, o juiz pode inserir-se nesse tema; no mais, deve-se deixar ao cabo da autorregulação da propaganda.

O controle no Brasil é altamente “censor”, mesmo porque a lei proíbe o ataque. O Judiciário deve ser minimalista nesse ponto, intervir o menos possível.

O Judiciário tem outro dilema: resolver na linha dos juízos sumários, porque não há sentenças em tempo na Justiça Eleitoral, sobretudo após a reforma que reduziu o calendário eleitoral de 90 para 45 dias. Vige, então, a concessão de liminares, com as dúvidas próprias do juízo sumário que há no Brasil – há uma equivalência entre juízo sumário e decisão despreocupada.

Ressalta Pereira, apoiando-se em doutrina especializada, que o compromisso que o juiz tem para apreciar a liminar é o mesmo que ele tem na sentença, com a diferença é que ele tem um conteúdo probatório incompleto, o que ele terá somente na sentença. Nesse contexto, a medida liminar

é quase sempre tudo aquilo que o juiz possuirá. A fase probatória, nesse sentido, pouco agrega. O risco que o juiz corre para conceder a liminar é o mesmo risco da cognição exauriente.

Ao adentrar no tema da cassação em virtude das ações eleitorais, afirma que no Brasil, para que ela se dê, não é necessária potencialidade. No México, foi editada uma lei que trouxe um critério objetivo – diferença entre 5% do primeiro para o segundo colocado.

Os painelistas do Twitter, Regina Lima e Fernando Gallo, reafirmaram o compromisso da empresa pela liberdade de seus usuários e as missões da rede social fazendo um panorama sobre a atuação no Brasil e no mundo.

O painalista do Google, André Zanata, aborda o tema evolução digital e alcance da internet. O Brasil está entre 1º e 4º países do mundo em que é removida a maior quantidade de conteúdo das plataformas (produtos Google) – por exemplo, *websearch* (mecanismo de buscas), Youtube. Ponto que isso não pode ser motivo de orgulho, pois são muitas informações retiradas, especificamente em relação a processos judiciais. Nesse patamar, ressalta que 72% das ações judiciais do mundo inteiro que são movidas contra Google estão no Brasil.

Os *players* digitais estão otimistas com alterações das normas eleitorais, pois facilitam o cumprimento das liminares, por exemplo, o art. 27 da Resolução TSE sobre propaganda, que adota o marco civil da internet ao deixar claro que a responsabilidade do provedor (Google, Youtube, Twitter, Facebook, Instagram) só vai nascer em caso de descumprimento da decisão judicial. Isso valerá também para a propaganda eleitoral, o que pode antecipar julgamentos e evitar debates desnecessários, sempre com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e evitar a censura – com base no marco civil da internet.

Observam que nem tudo é judicializado, pois a maior parte das informações retiradas cai por parte da violação das normas dos próprios *players*.

Pelo Facebook, Rebeca Garcia do time de *policy* e Ricardo Dalmaso do jurídico trouxeram uma apresentação explicando a vocação da platafor-

ma em conectar pessoas e incentivar a liberdade de expressão de todos os seus usuários.

Afirmaram que é indispensável na ordem judicial em que determina a retirada do conteúdo, a indicação da URL específica do conteúdo, o que contribui para dar mais efetividade às decisões judiciais: o conteúdo precisa ser especificado e identificado para que possa, então, ser removido.

Não é viável a suspensão de um perfil inteiro por conta de uma postagem, seria desproporcional já que é possível fazer a remoção cirúrgica do conteúdo.

Pontua acerca da recorribilidade de liminares, no sentido de que são tão poderosas que não há sentido não ter recorribilidade das decisões interlocutórias.

Tanto o Google quanto o Facebook forneceram os e-mails para as questões eleitorais, o do Google é juridicobrasil@google.com e do Facebook é eleicoes_facebook@tozzinifreire.com.br cuja função é a de envio de liminares e decisões liminares – é um canal válido de interlocução para o cumprimento das liminares.

Finalizou com a assertiva de que informação se combate com informação, não com censura, principalmente no período eleitoral em que as informações devem caminhar na democracia.

WORKSHOP

No segundo dia do Fórum Nacional sobre Propaganda Eleitoral nas Mídias Sociais (2/3/2018), foi realizado um Workshop constituído de três grupos de trabalho, divididos em três painéis, para identificação de problemas e possíveis soluções.

PAINEL 1

ROBÔS, FAKE NEWS, JUNK NEWS E BIG DATA – DESAFIOS DA JUSTIÇA ELEITORAL³

1 Introdução

Este painel do workshop⁴ teve como tema: “Robôs, fake news, junk news e big data – desafios da Justiça Eleitoral”. Um dos primeiros desafios foi identificar o conceito ideal de fake news, além de buscar instrumentos para combater a sua ocorrência na seara eleitoral, mais precisamente nas eleições gerais que se aproximam.

O tema fake news (notícia fraudulenta ou falsa) está em ascendência nos últimos anos. É um fenômeno que se integrou ao cotidiano da sociedade moderna, que está constantemente conectada por meio das mídias sociais e dos aplicativos dos aparelhos telefônicos móveis.

Diariamente, nos defrontamos com uma notícia fraudulenta ou falsa, e isso nos mais diversos temas, como esportes, saúde, celebridades,

³ Desenvolvido por Mario Kono (Juiz-membro substituto do TRE/MT) Diogo Rais (prof. de Direito Eleitoral - Mackenzie) Antônio Henrique Ricci Boaventura (servidor do TRE-MT); Breno Antônio Sirugi Gasparotto (servidor do TRE-MT) Gustavo Silveira Castor (servidor do TRE-MT) Luciano Vítor Soares Batista da Silva (servidor do TRE-MT).

⁴ Conduzido por Diogo Rais, Mario Kono e Diogo Cruvinel

religião, ciência e política, que muitas das vezes são disseminadas por perfis falsos em redes sociais criados para propagar uma informação falsa, podendo ser alimentados por automação (como robôs, por exemplo), ou manual (por humanos), ou ainda em uma sinergia entre máquina e humano (conhecidos por *ciborgues*).

Não é diverso quando tratamos de eleições ou de propaganda eleitoral, que também não estão imunes a esse fenômeno mundial. Citemos por exemplo o que ocorreu nas eleições presidenciais americanas em que a candidata Hilary Clinton foi vítima de uma notícia falsa em que lhe imputava a participação em uma rede de pedofilia⁵, o que resultou no ataque com armas de fogo na suposta sede dessa rede, que seria uma pizzaria.

2 Conceito

Inicialmente, tentou-se no painel mencionado definir o que seria fake news, quais os seus contornos e como identificar uma fake news no contexto eleitoral. A tradução literal de fake news é uma notícia falsa, ou seja, uma notícia com conteúdo inverídico. Todavia, identificar uma fake news não é uma das tarefas mais fáceis, pois muitas vezes não se tem dados suficientes para saber se é verdade ou mentira, e às vezes os dados são subjetivos.

Discutiu-se, então, que o primeiro passo seria distinguir o trabalho da imprensa, do jornalismo de uma fraude. Questionou-se se a manipulação de estatísticas pode ser considerada fake news, a manipulação de informação seria fake news? Por exemplo, citou-se o caso do Estado do Amazonas, onde na eleição suplementar para governador ocorrida em dezembro último, divulgou-se uma foto em que aparecia um candidato algegado sendo conduzido por policiais. A informação no caso era verdadeira, realmente o candidato tinha sido preso, porém, o fato tinha ocorrido há

⁵ Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2016/12/05/business/media/comet-ping-pong-pizza-shooting-fake-news-consequences.html>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

mais de dez anos, e tinha sido absolvido.

Nesse sentido, verificou-se que criar um conceito de fake news eleitoral não seria possível, pois a própria legislação não traz em seu corpo tal acepção. Assim, optou-se por partir da premissa “sabidamente falso” para tratar esses casos. Dessa forma, com a análise de casos práticos e a prévia experiência dos magistrados seria possível definir o que seria fake news.

Assim sendo, como a normatização eleitoral brasileira não se socorre do termo fake news e que seus múltiplos conceitos e enquadramentos se referem a questões já positivadas pelas normas, tal como o conceito de notícia “sabidamente inverídica”, e também as consequências criminais e cíveis diante de determinado conteúdo sendo, portanto, dispensável para sua aplicação, a delimitação do conceito de fake news.

Portanto, concluiu-se que fake news é um conceito incerto e polisêmico, cuja utilização cotidiana em vários países vem tomando contornos diversos e plurais a ponto de gerar mais confusão sobre sua compreensão e aplicação.

Entretanto, para fins de aplicação na prática eleitoral seu conceito não é indispensável, já que a normatização trata especificamente do fato ou notícia sabidamente inverídica e pontualmente de várias situações que cotidianamente estão sob o conceito de fake news dependendo do dolo e do dano, como, por exemplo, ocorreria com uma notícia falsa ou fraudulenta que provocasse injúria, difamação ou calúnia eleitoral.

3 Utilização de ferramentas no âmbito da Justiça Eleitoral para coibir as fake news

Após os debates e registros dos pontos conclusivos do que deve ou não ser considerado fake news para fins eleitorais e das ações inibitórias voltadas ao esclarecimento dos eleitores sobre as notícias falsas, o debate foi direcionado às ferramentas que poderiam ser empregadas no âmbito da Justiça Eleitoral para combater as notícias falsas e mitigar seus impactos sobre as eleições.

A coordenação dos trabalhos da oficina passou então a colher propostas de ferramentas que poderiam ser adotadas pela Justiça Eleitoral para combater as notícias sabidamente inverídicas, estimulando os presentes a apresentarem livremente sugestões para, somente após enumeradas as propostas, analisar, delimitar e avaliar cada uma delas quanto a sua viabilidade, conveniência, legalidade, efetividade ou a outras perspectivas que possam impactar no resultado pretendido de coibir as fake news e seus efeitos, tanto sobre a instituição Justiça Eleitoral, quanto sobre a lisura do processo eleitoral.

Entre as propostas apresentadas, duas foram mais debatidas, quais sejam:

- a criação de portais de notícias falsas, com o propósito de desmentir as notícias sabidamente inverídicas identificadas nas redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas, com a finalidade de informar o eleitor e desestimular sua propagação; e
- a adoção do aplicativo de denúncias eleitorais, denominado PARDAL, para o recebimento também de denúncias de notícias falsas.

Quanto às propostas de criação de portais de notícias falsas, inspiradas as agências de *fact-checking*, que possibilite ao cidadão identificar a veracidade de notícias afetas à Justiça Eleitoral, por meio de página nos sítios dos Tribunais Eleitorais na Internet, foram debatidas as seguintes questões e deliberado o que segue.

A proposta foi apresentada de modo que cada Tribunal Regional Eleitoral veiculasse em seus sítios na internet as matérias de abrangência estadual, ficando a cargo do Tribunal Superior Eleitoral esclarecer sobre a veracidade das notícias relacionadas à instituição Justiça Eleitoral e, principalmente, quanto às notícias falsas sobre a urna eletrônica, que têm viralizado nas redes sociais.

Como principais benefícios dessa proposta, foram apontadas a redução da propagação das notícias falsas, pelo fato de os eleitores poderem consultar por si mesmos se determinada notícia recebida sobre a Justiça

Eleitoral ou sobre as Eleições é verdadeira ou falsa, antes de propagá-la aos seus contatos.

Ademais, o silêncio da Justiça Eleitoral diante das tantas notícias falsas disseminadas nas redes sociais sobre assuntos de sua competência poderia dar ainda mais espaço para a mentira.

Dessa forma, todos os órgãos da Justiça Eleitoral atuariam em rede, engajados no combate às fake news, como agentes idôneos e detentores de informações confiáveis para o eleitor.

Sabemos que já existem agências de notícias externas à Justiça Eleitoral que atuam no combate às fake news, todavia os defensores da proposta apontaram para a necessidade de garantir uma resposta efetiva contra as práticas ilícitas de divulgação de notícias sabidamente falsas.

Porém, o gigantesco volume de postagens nas redes sociais, como 1 bilhão de postagens no último período eleitoral, conforme números apresentados pelos debatedores dos painéis do evento, evidenciam a impossibilidade de a Justiça Eleitoral avaliar, com sua estrutura atual, a veracidade de cada notícia veiculada nas mídias sociais.

Caso a Justiça Eleitoral, provocada a manifestar formalmente sobre determinada notícia supostamente inverídica, após análise e julgamento do processo, venha a incluir tal notícia em uma área própria de *fact-checking*, poderia dar a entender aos eleitores que todas as demais notícias que não estejam relacionadas nessa área sejam automaticamente verdadeiras, comprometendo o objetivo maior de esclarecer o cidadão.

Sendo assim, o grupo de trabalho deliberou por não incluir a proposta no rol de suas recomendações, apresentando como alternativa a divulgação das agências de *fact-checking* existentes em suas estratégias de comunicação institucional, juntamente com as demais orientações que possam auxiliar o eleitor no processo de checagem das notícias, principalmente quando o eleitor desejar repassar as notícias recebidas.

No caso de denúncias de notícias falsas formalmente recebidas, sua remoção das redes sociais deve ser impulsionada pelo magistrado, da forma mais ágil possível, perante os veículos de mídias sociais.

As notícias não questionadas perante a Justiça Eleitoral, pelo princípio da veracidade que governa a produção de propaganda eleitoral, seriam veiculadas livremente, permitindo a divulgação de ideias e informações e estimulando o debate político.

Quanto à adoção do aplicativo Pardal no combate às fake news, os defensores da proposta apresentaram como pontos positivos: o canal direto com os eleitores para o envio e recebimento das denúncias sobre notícias falsas; a possibilidade de se criar classificação específica para esse tipo de manifestação do eleitor; possibilidade de gerar estatísticas sobre a quantidade de denúncias recebidas; e o conhecimento dos eleitores sobre esse aplicativo de denúncias, com relatos, inclusive, de denúncias dessa natureza em eleições anteriores.

Também foi debatido pelo grupo de trabalho a proposta de adotar o aplicativo Pardal como meio de divulgação das notícias falsas recebidas, analisadas e desmentidas pela Justiça Eleitoral, considerando que tais notícias já estariam no aplicativo, enquadradas ou não como notícias sabidamente inverídicas pelo juiz competente.

Esse aplicativo, destinado ao recebimento de notícias de irregularidades eleitorais, desenvolvido inicialmente pelo Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo para as eleições de 2012, e adotado como solução nacional da Justiça Eleitoral a partir das eleições de 2016, tem sido amplamente utilizado pelos eleitores, cada vez mais interessados em contribuir no combate às irregularidades eleitorais, fornecendo notícias de compra de voto, abuso de poder político ou econômico, irregularidades sobre a propaganda eleitoral ou de outros tipos de irregularidades eleitorais.

Porém, apesar de consolidado como solução de notícias dessas irregularidades eleitorais, com seus valiosos recursos de envio de fotos e geolocalização, a proposta de adoção do aplicativo como meio de recebimento também de notícias de irregularidades relacionadas às fake news teve vários contrapontos durante os debates, tais como os expostos a seguir.

A primeira preocupação apresentada pelos debatedores questionou a conveniência de se adotar a mesma solução de recebimento de denún-

cias para divulgar um banco de notícias falsas, recebidas pelo aplicativo e desmentidas pela Justiça Eleitoral, alegando que tal medida poderia se distanciar da finalidade maior do aplicativo e provocar confusão ao eleitor. Ademais, a ideia de se manter um banco de notícias falsas desmentidas foi analisada e descartada quando da análise das propostas relacionadas ao *fact check* da Justiça Eleitoral.

Os debatedores se debruçaram também sobre a viabilidade da Justiça Eleitoral conseguir responder a contento todas as comunicações de fake news recebidas pelo aplicativo. A expectativa de recebimento de notícias supostamente falsas em quantidade muito superior à capacidade de dar o devido tratamento, a averiguação de veracidade e as formalizações de respostas fizeram com que a proposta fosse considerada inviável por muitos debatedores, diante da estrutura atual dos órgãos da Justiça Eleitoral, especialmente nos estados com maior número de eleitores.

Ademais, debatedores integrantes da Justiça Eleitoral compartilharam com o grupo suas vivências de que em períodos eleitorais, muitas vezes, essas ferramentas destinadas aos eleitores são utilizadas indevidamente pelas próprias campanhas, abarrotando a ferramenta de fatos falsos, com o objetivo de criar uma “cortina de fumaça” e tirar o foco de ações que poderiam, de fato, identificar e combater irregularidades reais que possam estar em andamento.

Além desses argumentos, foram analisadas as questões relacionadas à legitimidade da Justiça Eleitoral agir sem a provocação do suposto ofendido pela notícia falsa. A manifestação de que a Justiça Eleitoral, na maioria das vezes, não tem legitimidade para atuar em nome do suposto ofendido sem que este acione o órgão competente.

No caso das atuais notícias de irregularidades eleitorais tratadas pelo aplicativo Pardal, relacionadas a crimes eleitorais, em que os infratores usam de todas as precauções para ocultar seus atos ilícitos, os recursos do aplicativo são extremamente valiosos, pois oferecem indícios de materialidade e autoria, com relatos, fotos e geolocalização, que muitas vezes permitem à Justiça Eleitoral comprovar em diligência a prática do ilícito

eleitoral e tomar as medidas cabíveis diante do caso concreto.

As fake news propagadas com a finalidade de atingir campanhas eleitorais adversárias, ao contrário, tem o objetivo de alcançar o maior número possível de pessoas, sendo amplamente difundidas e de conhecimento geral. Sendo assim, o próprio ofendido não terá dificuldade em constatar sua ocorrência e usar os meios previstos na legislação eleitoral, munido de todos os elementos capazes de demonstrar a não veracidade da notícia, expor os efeitos nocivos sobre sua honra e campanha eleitoral, e pedir a remoção da notícia falsa das mídias sociais e aplicativos de mensagens instantâneas, bem como a reparação dos danos causados, quando possível.

O recebimento das denúncias pelo próprio ofendido tende a tornar a atuação dos órgãos da Justiça Eleitoral mais ágil e efetiva, tendo em vista os elementos de comprovação da não veracidade da notícia providos pelo próprio interessado. Caso a denúncia seja enviada pelo aplicativo, a Justiça Eleitoral terá de tratar, além do processo formalizado pelo ofendido, as diversas denúncias que serão recebidas pelo aplicativo, muitas delas com grande ocorrência de repetição, por se tratar de fato de conhecimento geral.

Após sopesar os benefícios da proposta de adotar o aplicativo Pardal para as notícias de fake news durante o período eleitoral e os pontos levantados sobre sua viabilidade, conveniência, legitimidade, legalidade e efetividade o grupo optou, por ampla maioria, em não incluir a proposta como uma de suas recomendações, podendo os Tribunais que entenderem conveniente optar pela implementação da proposta regionalmente.

4 Proposituras relacionadas à sensibilização do cidadão-eleitor

No decorrer das discussões houve a preocupação de se buscar formas de esclarecer o cidadão-eleitor acerca dos malefícios ocasionados pela propagação indiscriminada das notícias falsas ou fraudulentas, ora denominadas genericamente de fake news, buscando-se enfatizar a prevenção – em contraponto à repressão judicial – como uma das ações essenciais

da Justiça Eleitoral, combatendo-se a notícia falsa, falseada ou distorcida a partir do primeiro momento possível, com a oferta de informação direta e objetiva ao eleitor, minimizando os efeitos deletérios da disseminação dessas ocorrências nas mídias sociais (Facebook, Twitter, Youtube, Foursquare etc.) e nos mecanismos de comunicação eletrônica (Whatsapp, Telegram, Viber etc.), que são os principais veículos de propagação.

Tal aspecto preventivo diz respeito, ainda, ao propósito de buscar maneiras de convencer o cidadão a se engajar na fiscalização daquilo que é verdadeiro ou falso, criando-se uma espécie de consciência coletiva de que devemos adotar critérios mínimos de checagem das notícias que nos chegam pelos mais variados meios de comunicação, combatendo-se, desse modo, uma das estratégias originárias da notícia falseada, que é fazer da sua vítima o seu principal agente multiplicador.

O aspecto ostensivo e repressivo, atrelado obviamente à atuação do magistrado e dos órgãos de fiscalização, investigação e apuração de ilícitos cibernéticos, também foi objeto de preocupação, entretantes versado em painel específico em que se discutiu e debateu os mecanismos à disposição da polícia judiciária, bem assim as dificuldades e os desafios hodiernos no enfrentamento dessas práticas cada vez mais frequentes no ambiente eleitoral.

Propostas debatidas e aprovadas:

- A. **Encaminhamento de proposição ao Tribunal Superior Eleitoral para que invista mais recursos humanos e financeiros para criar e fortalecer uma rede de esclarecimentos para combater a desinformação do eleitorado**

A proposta enfatiza a necessidade de o Tribunal Superior Eleitoral encabeçar ou direcionar as ações que visem ao esclarecimento do eleitorado em relação ao tema aqui tratado, haja vista as condições diferenciadas de que dispõe no ápice da estrutura organizacional da Justiça Eleitoral, contando inclusive com tempo destinado pela legislação eleitoral para veicular campanhas educativas, a exemplo da regra inserta no artigo 93-A da

Lei nº 9.504/97.

- B. Formulação e a intensificação de campanhas de conscientização dos eleitores por parte dos Tribunais Regionais Eleitorais, buscando o engajamento de mais atores na difusão deste material, sobretudo com a adoção de parcerias estratégicas com a imprensa e com empresas que atuam com mídias sociais**

A atuação do Tribunal Superior Eleitoral também incentiva as iniciativas dos Regionais, que deverão buscar perante o sistema Judiciário (Ministério Público Estadual e Federal, Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais), conselhos, órgãos ou empresas afins (OAB, CRC, Google, Facebook, Twitter etc.) parcerias para ampliar a abrangência dessas iniciativas de esclarecimento, adaptando-se, no âmbito regional, às particularidades existentes em um país com dimensões continentais como o Brasil, como exemplo a utilização de aspectos culturais para melhor atingir o público local).

- C. Sugestão de engajamento do Colégio de Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais (Coptrel) no apoio às iniciativas de difusão de esclarecimentos que colaboram com o combate da propagação das fake news**

O Colégio de Presidentes dos Tribunais também apresenta um papel de destaque nesse trabalho de prevenção e esclarecimento do cidadão-eleitor, uma vez que além de apoiar as iniciativas da Corte Superior é capaz de difundir as boas práticas adotadas pelos Regionais, estimulando a troca de experiências e informações entre os 27 TREs.

PAINEL 2

COMO DAR EFETIVIDADE, NA VELOCIDADE EXIGIDA, ÀS DECISÕES LIMINARES⁶

1 Introdução

No segundo dia de realização do Fórum Nacional sobre Propaganda Eleitoral nas Mídias Sociais (2/3/2018), foram constituídos três grupos de trabalho, sob a formatação de painéis, cada qual responsável pela discussão de temas específicos. Aos componentes do Painel 2, coube a questão alusiva à preocupação com a efetividade das decisões liminares prolatadas pelos magistrados eleitorais na velocidade exigida em decorrência das características próprias deste ramo especializado do Direito.

De início, é pertinente ressaltar a composição multifacetada do painel 2, já que formado por participantes de vários estados, o que conferiu a amplitude desejada às discussões levadas a efeito. Mesmo assim, contemplou-se a uniformidade dos problemas e das angústias alusivas à necessidade de conferir efetividade às decisões liminares no contexto da propaganda eleitoral nas mídias sociais, tema atual e objeto motivador do fórum nacional realizado sob os auspícios do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso – TRE/MT.

⁶ Desenvolvido por Daniel Falcão (professor doutor da USP Ribeirão Preto e do IDP – Brasília), Paulo César Alves Sodré (Juiz-membro Substituto do TRE-MT); Flávia Maria Duarte M. Pasqualin (servidora do TRE-MT); Isaqueu Maia do Nascimento (servidor do TRE-MT); Jacques de Barros Lopes (servidor do TRE-MT); Nelsi Camilo Evangelista Lima (servidor do TRE-MT).

Conduzido por Daniel Falcão e Paulo César Alves Sodré.

1 Metodologia de trabalho

A sistemática adotada pelos membros componentes do Painel 2 para o desenvolvimento dos trabalhos ocorreu na forma de perguntas e respostas, tanto quanto possível fosse formulá-las de forma satisfatória, intermediadas por ampla discussão e debates de ideias e experiências entre os componentes do Painel.

Assim, na parte matutina do dia do encontro, foram formulados inúmeros questionamentos, alguns inseridos no conteúdo de outras questões mais amplas, de que resultou a elaboração de 22 (vinte e duas) perguntas, para as quais, no período vespertino, foram encontradas 7 (sete) respostas, restando os demais questionamentos endereçados a todas as demais autoridades presentes ao fórum, de molde a ensejar reflexões e estudos mais aprofundados, como resultado do esforço das autoridades reunidas neste importante conclave democrático, quiçá, para encaminhamento ao colendo Tribunal Superior Eleitoral, com a finalidade de, sob o pálio institucional maior, ensejar possíveis acordos de colaboração.

Ao final dos trabalhos, foram apresentadas em plenária as conclusões de todos os painéis.

2 Assuntos discutidos – breve síntese

A preocupação ensejadora do tema do Painel 2 prende-se fundamentalmente à premente questão referente à dificuldade de dar efetividade às decisões liminares no contexto da difusão de propaganda eleitoral no âmbito das mídias sociais, em especial, por decorrência da eventual utilização de provedores localizados ou com *hiperlink* no exterior. Passou-se, ainda, pela dificuldade encontrada pelos magistrados eleitorais de especificação técnica precisa quanto aos conteúdos a serem retirados “do ar”, diante da multiplicidade de termos técnicos de difícil apreensão intelectual por leigos na matéria, como URL, *HASH* e expressões similares. Destacou-se

também a peculiaridade de alguns provedores que, por exemplo, alegam serem apenas de mecanismos de busca, fato que os impediria de cumprir decisões judiciais de retirada de conteúdo, entre outras circunstâncias análogas.

Constituiu aspecto de maior relevância nos debates a preocupação com a veiculação de notícias falsas (as notoriamente chamadas *fake news*) no contexto da propaganda eleitoral, o que, não há dúvida, pode repercutir decisivamente no destino de uma eleição, como se suspeita que tenha ocorrido nos últimos pleitos presidenciais dos Estados Unidos e da França, bem assim no Reino Unido, por ocasião do plebiscito que culminou na retirada do país da União Europeia, fenômeno conhecido popularmente como Brexit.

O assunto, que é atual e ocupa as discussões de estudiosos e autoridades Brasil afora, foi objeto de demoradas discussões, tendo sido pontuado que somente se pode considerar notícia falsa a propagação de fato já ocorrido, e que não se consubstancia como tal a mera divulgação de opinião acerca de possibilidades, como simples exercício de futurologia.

Mas o cerne da preocupação estaria em estabelecer o que seria propriamente notícia falsa, como fundamento para sua coibição via judicial, haja vista a necessária observância da garantia constitucional ao direito de expressão e de opinião. Ou seja, ao lado da pertinente preocupação com a lisura do pleito, há de se ter em conta os preceitos constitucionais e legais incidentes nas circunstâncias de cada caso concreto, e essa preocupação perpassou por toda a discussão levada a efeito no Painel 2.

Suscitou-se a possibilidade de sugerir ao TSE estudos para implementar, via instituições próprias, como o Ministério das Relações Exteriores e a Polícia Federal, por exemplo, formas de cooperação internacional, notadamente no tocante aos sítios da internet hospedados em provedores localizados no exterior, assunto que não se alongou ante o argumento de que, de qualquer forma, os protocolos para as devidas providências demorariam mais tempo do que o suportado pela Justiça Eleitoral e seus feitos.

Outra possibilidade aventada durante os trabalhos do Painel 2 re-

porta-se à adesivagem que poderia eventualmente ser feita pela Justiça Eleitoral, ou pelos sites/provedores, por força de decisão judicial eleitoral, com o objetivo de taxar determinada notícia como “considerada falsa pela Justiça Eleitoral”. Essa sugestão foi prontamente rechaçada pelos próprios componentes do painel em questão, sob o argumento da dificuldade (ou impossibilidade) de se conseguir identificar o provedor no exterior, quanto mais o de “colar” em sua página (ou no conteúdo desta) um adesivo. Este, ao final, poderia se mostrar inadequado ou, o que é pior, inverídico, fato que seria altamente contraproducente, em muitos sentidos, até mesmo sob o ponto de vista de responsabilidade civil.

O resumo do argumento contrário a essa tese é de se a Justiça Eleitoral não consegue localizar com facilidade e nem retirar a notícia supostamente falsa, com que efetividade conseguiria “adesivá-la” com algum tipo de mensagem, a qual, ao final, poderia ser desabonadora da conduta da pessoa física ou jurídica responsável. Dificuldade semelhante foi apontada no que respeita ao usuário com perfil falso.

Em prosseguimento a essa ideia, surgiu a sugestão de criação de cadastro ou banco de dados internos, com acesso restrito ao Ministério Público e à Magistratura Eleitorais, no que concerne aos criadores ou propagadores (compartilhadores) de notícias falsas.

Também foi sugerido que se defendesse a ideia, talvez perante o colendo TSE, de constituição de uma “rede de checadores” da veracidade de notícias (a exemplo da agência Lupa, vinculada ao jornal Folha de S. Paulo). Quanto a este tema e a outros correlatos, ressaltou-se a possibilidade de recorrer à ajuda do Conselho Consultivo do TSE.

A ideia evoluiu para a sugestão de que o TSE disciplinasse a matéria alusiva a matérias hospedadas em sites localizados no exterior, com estudos da possibilidade de se constituir cadastros prévios perante a Justiça Eleitoral (com endereço eletrônico para recebimento de citação, por exemplo), como ocorre no caso de partidos e coligações, para efeito de recebimento de intimação e demais atos processuais. De qualquer forma, dada a limitação temporal imposta pela legislação para que o TSE edite

normas e instruções para as eleições, que se encerra no início de março dos anos eleitorais, a ideia não prosperou, pelo menos no que diz respeito às eleições deste ano.

No tocante especificamente à dificuldade técnica para cumprimento efetivo de decisões liminares, foi esclarecido que URL é a página, enquanto HASH é termo técnico para designar seu conteúdo, que geralmente encontra-se na nuvem. Porém, em que pese ter havido esse progresso parcial no entendimento da dificuldade técnica, persiste a inviabilidade concreta relativamente à especificidade exigida da decisão judicial, uma vez que, se se determinasse a retirada da página “do ar”, restaria íntegro seu conteúdo, que permaneceria na nuvem, ou poderia ser novamente veiculado em outra página, ou ainda, poderia ser utilizada eventualmente outra forma de subterfúgio que obstaría o sucesso da decisão.

Por outro lado, se determinada a retirada do conteúdo, bastaria ligeira alteração temporal do conteúdo (retirada de um ou dois segundos do tempo total do vídeo ou áudio) para que o endereço da página ou URL se torne outro, o que poderia ensejar a alegação de não descumprimento da decisão, afetando, uma vez mais, a efetividade da liminar.

Foi esclarecido que, pelas características do Facebook, por exemplo, bastaria copiar o *link* da matéria para obter sua URL, o que não se mostraria viável no WhatsApp, em que a solução seria fazer um *print* da tela, providência que não garante sucesso na identificação do usuário que eventualmente tenha divulgado matéria de forma ilícita.

Nesse sentido, caminhou-se para a necessidade de fornecimento de cursos de formação e aperfeiçoamento dos operadores do Direito Eleitoral, não somente juízes e membros do Ministério Público, mas também de advogados, porque, em última instância, todos atuam no interesse da lisura do pleito. Portanto, não seria viável que, em um momento de tão destacado progresso tecnológico, em face das diversas mídias de mensagens instantâneas, por exemplo, ainda existam representações eleitorais com pedidos genéricos e imprecisos quantos aos aspectos da tecnologia da informação (TI).

Não se deve cogitar, outrossim, de decisões judiciais genéricas e imprecisas, não sendo plausível, na velocidade que se exige desta modalidade de ação judicial, a prolação de decisão para emendar a petição inicial, por exemplo. Ademais, a fim de conferir celeridade às decisões, propugnou-se pela adoção de decisões menos prolixas, mais objetivas e claras, suscitando-se, ainda, a expressa determinação de que a decisão sirva de mandado, como medida de celeridade e efetividade.

Proposição que alcançou relativo consenso diz respeito à utilização de formulários eletrônicos padronizados, o que poderia agilizar a prolação de decisões judiciais. A partir dessa ideia, caminhou-se para a sugestão de estender a parte dispositiva da decisão liminar para todo e qualquer conteúdo similar da mesma página (URL), desde que já exista alguma medida judicial ajuizada, na qual se poderia vislumbrar a concessão de uma espécie de tutela inibitória de natureza mandamental, visando não somente a estender o alcance da decisão liminar, mas também a obstar a repetição da conduta tida por ilícita, como os impulsionamentos reiterados, ainda que de iniciativa de usuário diverso. Vislumbrou-se a hipótese de ajuizamento, por membros do Ministério Público e outros legitimados, de ação inibitória coletiva, especialmente para os casos de impulsionamentos repetitivos de material ilícito de propaganda eleitoral, hipótese que foi refutada ante a ausência de previsão legal específica.

Outra dificuldade apontada pelos debatedores do painel 2 consiste nas características operacionais dos aplicativos de mensagens instantâneas, a exemplo dos conhecidos WhatsApp e Telegram, pois não sendo essas pessoas jurídicas as responsáveis propriamente pelo conteúdo nelas divulgado, não teriam, em tese, legitimidade passiva para figurarem como parte nas representações eleitorais. Essas características associadas ao quanto já anotado anteriormente e à possibilidade de impulsionamento de mensagens (e de propaganda eleitoral) até mesmo via robôs, trouxeram mais questionamentos do que propriamente soluções.

Adicionalmente às angústias já retratadas e ainda não satisfatoriamente respondidas, veio à baila a dúvida acerca da possibilidade, ou

não, de citação de candidatos, por exemplo, via aplicativos de mensagens instantâneas, considerando a previsão contida na Resolução TSE nº 23.547/2017, de citação por “meio eletrônico”. E mais: caberia a citação do próprio aplicativo?

Nesse contexto de incertezas, apesar da dúvida acerca da licitude de aplicação de sanção além daquela prevista na Lei do Marco Civil da Internet, aventou-se como certa a possibilidade de estabelecimento de *astreintes*, para a hipótese de descumprimento da ordem judicial em sede de liminar, além, obviamente, da aplicação de multa por propaganda eleitoral irregular propriamente.

Por fim, suscitou-se a possibilidade de ampliação do Pardal, aplicativo oficial do TSE, para nele inserir mecanismos para “investigar” as fake news e outras formas digitais de ilicitudes eleitorais.

Perguntas e respostas / sugestões encontradas:

A. Quais as possíveis medidas judiciais que poderiam ser aplicadas de forma a tornar eficiente e eficaz a decisão que visa coibir fake news advinda de provedor localizado no exterior, e demais veiculações de propaganda irregular na internet?

R – Sugerir ao TSE o estudo sobre a viabilidade técnica para efetividade dessas medidas, bem como a sua inclusão em eventuais convênios com entidades do exterior. Sugerir, ainda, a criação de um núcleo de assessoramento cibernético e/ou de inteligência para auxílio aos juízes auxiliares da propaganda.

B. É cabível, em ação inibitória de competência originária do TRE, determinar que se obste a repetição de veiculação da mesma mensagem de origem incerta e com conteúdo falso?

R – Sim, desde que seja entre as mesmas partes e que se especifique na decisão que a reiteração da conduta reconhecida como ilícita está proibida e sujeita às penalidades previstas em lei.

C. Podem ser ajuizadas ações inibitórias por outros legitimados além do Ministério Público, candidatos, partidos e coligações?

R – Não, por ausência de previsão legal.

D. É possível a criação de um grupo de checadores em rede para detectar notícias e perfis falsos?

R - Sim. (Obs: Há pertinência temática com a resposta da questão 01)

E. Quem seria o legitimado passivo em ações visando combater o conteúdo de mensagens veiculadas por meio de aplicativos de mensagens instantâneas (ex.: WhatsApp)?

R – O autor da mensagem, para efeitos de responsabilização, e o provedor para a obrigação de fazer consistente na retirada do conteúdo. (Propugnou-se a diretriz de tratar de forma mais aprofundada a questão relacionada a aplicativos de mensagens)

F. É possível a cominação de *astreintes* contra provedor de conteúdo que não faz parte da relação processual?

R – Sim, nos termos do artigo 19 da Lei nº 12.965/14.

G. Há uma previsão de capacitação de promotores e advogados?

R – Sugerir à EJE do TSE, em parceria com as EJEs Regionais, uma rede de capacitação sobre propaganda eleitoral na internet, com a participação das Escolas da OAB e do MP, visando às Eleições 2018.

PAINEL 3

INVESTIGAÇÃO DIGITAL E FISCALIZAÇÃO: PROCEDIMENTOS DE INVESTIGAÇÃO NO CYBERSPAÇO E AO APLICATIVO PARDAL⁷

A partir de um trabalho desenvolvido em grupo formado por servidores, juízes e desembargadores nos propusemos a discutir as diretrizes que deveriam orientar a investigação digital e a fiscalização como procedimentos utilizados no cyberspaço e ao aplicativo “Pardal”.

A dinâmica do trabalho foi iniciada com a apresentação, pelos que compõem a Justiça eleitoral, das dificuldades enfrentadas em razão de eventuais necessidades de investigação digital.

As fake news ou notícias falsas ou fraudulentas, que existem desde sempre, sem adentrar no seu amplo campo conceitual, baseiam-se em histórias fabricadas ou sem qualquer base factual, porém, apresentadas como verídicas ao interlocutor.

Com a proximidade do período eleitoral, o combate aos impactos gerados em razão da potencialização das notícias fraudulentas adquire maior relevo, principalmente, diante do argumento acerca da possibilidade de influenciar as eleições.

Dando continuidade ao trabalho, iniciou-se um ciclo de questionamentos acerca do objeto de estudo do grupo de trabalho, propostos pelos próprios participantes, cujas respostas foram debatidas e (re)pensadas.

Dessas respostas foram extraídas as diretrizes sugeridas pelo grupo de estudo e que nortearam a elaboração das considerações abaixo.

A investigação digital e a fiscalização, como procedimentos de investigação no cyberspaço e ao aplicativo Pardal têm como um dos seus princi-

⁷ Desenvolvido por Juliana Freitas (professora Cesupa); Jackson Francisco Coleta Coutinho (Juiz- membro substituto do TRE-MT); Angela Queiroz (servidora do TRE-MT); Luis César Darienzo Alves (servidor do TRE-MT) e Weber Quirino de Andrade (do TRE-MT). Conduzido por Juliana Freitas e Jackson Coutinho.

pais objetivos, o de identificar a autoria e materialidade do fato ilícito.

Dessa forma, sugere-se a possibilidade de criação de um repositório oficial com as fake news já identificadas como forma de conscientização dos atores políticos: sociedade, candidatos e partidos políticos (Fábio Barros/TRE-RR).

Uma vez caracterizada a fake news, não cabe à Justiça Eleitoral o papel de investigar, exercendo, por outro lado, o poder de polícia em qualquer espécie de propaganda eleitoral irregular, como lhe é outorgado pelos normativos vigentes, inclusive quando há a necessidade de retirada do conteúdo criminoso.

Não é designada aos Tribunais Eleitorais competência administrativa para a investigação digital, entretanto, é seu dever encaminhar aos órgãos competentes, como o Ministério Público Federal e a Polícia Federal para a apuração cabível.

Sob outro aspecto, a formação de uma equipe multidisciplinar composta por membros da Assessoria de Comunicação, Corregedoria, Secretaria Judiciária e Secretaria de Tecnologia da Informação, sem prejuízo da participação de outras instituições governamentais, poderia auxiliar a metodologia de trabalho, ainda incipiente, implementando melhores e mais eficientes resultados aos problemas decorrentes da disseminação e dos impactos gerados por uma notícia inverídica, no processo eleitoral (Rodrigo Camelo/TRE-AM, Luciano Covolo/TRE-GO e Gileade Maia/MPE-MT).

A sociedade também tem papel fundamental no combate e na fiscalização da propagação de informações sabidamente inverídicas, cabendo, assim, ao Tribunal Superior Eleitoral o aprimoramento do sistema de denúncias “Pardal”, no tocante à criação de uma funcionalidade específica para o tratamento das denúncias provenientes de meios eletrônicos, com campos exclusivos para identificação da *URL*, *HASH* ou identificador único.

Para efetivar a conscientização social, a Justiça Eleitoral poderia realizar campanhas educativas em rádio, televisão, internet e demais meios de comunicação, a fim de estimular o uso consciente e responsável das redes virtuais, promovendo instrumentos para facilitar a identificação de notícias falsas e o uso do aplicativo “Pardal” pelos cidadãos, partidos po-

líticos e empresas de mídias sociais (Osvaldo Trigueiro/TRE-PB, Davi Lima/TRE-AL, Luciano Covolo/TRE-GO e André Sant’Anna/TRE-RJ).

Além disso, a Justiça Eleitoral poderia designar equipes de triagem para o tratamento das denúncias, bem como compor um repositório de casos julgados relacionados às fake news (Davi Lima/TRE-AL e Gilmar/TRE-PR).

Visando a viabilizar a atuação conjunta e cooperação entre as entidades envolvidas nas investigações, recomenda-se também a otimização do sistema “Pardal”, a fim de possibilitar a acessibilidade das informações entre as instituições do Ministério Público e autoridades policial e judiciária, de modo que haja a sua integração ao Processo Judicial Eletrônico (PJE) (Gileade Maia/MPE-MT).

A investigação digital somente seria necessária nas hipóteses em que não haja provas robustas suficientes para subsidiar a propositura de uma ação judicial para o caso, com o objetivo precípuo a identificação da autoria e materialidade do fato ilícito (Paes Landim/TRE-PI).

Além dessas medidas, a atuação judicial ainda poderá demandar investigações no ambiente *off-line*, medidas extrajudiciais, quebra de sigilo e demais estratégias que visem coibir tais ilicitudes.

Importante ressaltar que, ainda que de mais difícil rastreamento no âmbito da internet surface ou “internet normal”, mais cedo ou mais tarde, o investigador digital consegue identificar rastros que o conduzirão ao autor do ilícito virtual. Entretanto, tal rastreamento torna-se mais difícil quando se navega através da *Deep Web*.

Pode-se definir a internet como uma rede pública de comunicação de dados, com alcance mundial, estabelecida pela interligação de dispositivos⁸, denominados *hosts*, aos *backbones*⁹ mantidos pelas operadoras de telecomunicações, utilizando, para a troca de informações, regras previa-

⁸ Como dispositivos é possível destacar os computadores, dispositivos móveis como smartphones e tablets e, também, dispositivos vestíveis como os smartwatches.

⁹ O *backbone* é a principal rede de dados de uma operadora, por onde passam os dados dos usuários ao acessarem a internet, interconectando-se, quando necessário, ao *backbone* de uma outra operadora.

mente estabelecidas, denominadas protocolos (KUROSE e ROSS, 2013).

Entre os protocolos citados, destaque deve ser dado ao IP (*Internet Protocol*) que estabelece que cada *host*, conectado na internet, deve possuir um endereço único, também denominado IP, com o objetivo de permitir que o mesmo seja localizado na rede pública de forma exclusiva (COMER, 2016).

É por meio dessa rede que trafegam serviços como e-mails, comunicadores instantâneos e ligações VoIP (*Voice over Internet Protocol*). Todavia, é a *Word Wide Web*, ou simplesmente Web, o maior e mais conhecido sistema distribuído executado sobre a internet, fazendo com que os usuários tratem esse sistema como se o mesmo fosse a própria internet.

Desde seu surgimento, em 1989 no CERN (*European Organization For Nuclear Research*), a Web tem modificado a forma como as pessoas lidam com a informação, como se relacionam e consomem produtos. Nesse ambiente, algumas tecnologias se destacaram, moldando, inclusive, o modo como os usuários visualizam a Web. Nesse contexto, destacam-se os mecanismos de busca como Google®, Yahoo® e Microsoft Bing®, que indexam, automaticamente, as páginas da Web, permitindo que sites sejam localizados e acessados facilmente.

No entanto, tais mecanismos de busca indexam apenas páginas e sites que seguem as normas que regem a Internet e a Web, alcançando, assim, apenas os domínios regulamentados como: “*.jus.br*”, “*.gov.br*”, “*.com*”, entre outros. Esses domínios são gerenciados de forma distribuída, cabendo à *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN)* a responsabilidade pelos domínios raízes e de suas delegações para outras entidades, como por exemplo, a atribuição da gestão do domínio “.br” para o Comitê Gestor de Internet do Brasil (CGI-BR).

Assim, ao se realizar uma pesquisa em um buscador comercial, este retornará apenas páginas vinculadas aos domínios regulamentados e que não possuam restrições de indexação. Tais restrições são estabelecidas por meio de mecanismos legítimos, como o uso do arquivo “*robots.txt*”. Esse arquivo permite que os administradores de um determinado site informem ao software de indexação dos buscadores, quais páginas podem ser inde-

xadas e, posteriormente, localizadas por meio dos mecanismos de buscas.

Dessa forma, é possível perceber que apenas uma pequena porção da Web, denominada *Surface Web*, é indexada e pode ser acessada pelos usuários através de buscadores comerciais.

Por outro lado, existe uma grande quantidade de sites, também pertencentes à Web, que utiliza as mesmas tecnologias, que não atende aos padrões internacionais estabelecidos ou, simplesmente, não vincula nomes aos seus endereços IP. Tais sites não são alcançados pelos buscadores comerciais, formando-se, assim, a *Deep Web*. Atualmente, apesar da complexidade para determinar o tamanho da Deep Web, estima-se que ela represente, aproximadamente, 70% de todo conteúdo disponível na Web (CIANCAGLINI et al., 2013).

Adicionalmente, uma parte da *Deep Web*, denominada *Dark Web*, somente é acessada por meio de redes de comunicações específicas, que se sobrepõem à internet, utilizando-a como infraestrutura. Essas redes comumente são estabelecidas através das interconexões de pares de computadores ou equipamentos, denominados *Peers*, mutuamente confiáveis, fazendo com que uma requisição a uma determinada página seja encaminhada por vários *peers* na rede, garantindo o anonimato para o usuário e, também, para o site. Devido à característica de tunelamento existente, tais redes são acessadas, somente, por meio de ferramentas específicas como Freenet, I2P (*Invisible Internet Project*) e Tor¹⁰, sendo esta a mais difundida (CIANCAGLINI et al., 2013).

Uma vez conectado a uma privativa, como a rede Tor, o usuário deverá utilizar um navegador próprio do projeto, denominado *Tor Browser*, que lhe dará acesso aos sites e páginas da *Surface Web* e, também, permitirá que buscas sejam realizadas em diretórios de sites, acessíveis somente por meio desta rede, permitindo que o usuário encontre endereços de sites não indexados da *Dark Web*, formados pelo domínio “.onion”, como em http://zqkltwi4fecvo6ri.onion/wiki/index.php/Main_Page. É interessante observar que na Deep Web e, conseqüentemente, na *Dark Web* não existem indexado-

¹⁰ O projeto TOR está disponível em: <<https://www.torproject.org/>>.

res eficientes como aquele utilizado pelo Google®, por isso há a necessidade de buscas em repositórios que possuam as listas de outros sites e páginas.

Ao acessar a Deep Web, percebe-se que esta é utilizada para diversos fins, tanto legais, quanto ilegais. Entre os ilegais, destacam-se a venda de drogas, sendo o Silk Road um dos sites mais conhecidos até seu fechamento pelo FBI (*Federal Bureau of Investigation*), em 2013; a venda de documentos ilegais, como passaportes; agências de fake news; e, também, a venda de listas com dados de pessoas reais, tais como números e senhas de cartões de crédito.

A principal característica da Deep Web é o anonimato, e a quebra deste anonimato requer o auxílio de recursos tecnológicos avançados que não parecem estar, por ora, ao alcance da Justiça Eleitoral. Além dos recursos tecnológicos, o investigador precisa de tempo para a identificação do anônimo, o que para Justiça Eleitoral pode ser uma eternidade, devido à celeridade que lhe é peculiar, como, a título de exemplo, no caso do site Silk Road, o FBI demorou 2 anos para identificar o IP do seu dono.

Em redes “*dark net*”, é normalmente comum que todos os acessos sejam intermediados por um ou mais sistemas. Nessa intermediação, o IP verdadeiro da origem e do destino da comunicação ficam ocultados e cada sistema intermediário sabe muito pouco da conexão – ou eles não sabem o conteúdo, ou não sabem o destino, ou não sabem a origem, por exemplo. Mas, novamente, se um espião conseguir controlar vários desses sistemas, ele pode acabar conseguindo juntar as peças do quebra-cabeça e rastrear a comunicação¹¹.

Finalmente, apesar da sucinta explanação, conclui-se que, no âmbito da Justiça Eleitoral, a investigação digital e a fiscalização no ciberespaço se restringem, atualmente, a *Surface Web*, onde se encontram os sistemas comerciais como Facebook® e Twitter®. Dessa forma, é necessário observar que havendo interesse em expandir a investigação e fiscalização para níveis mais profundos da Web, considerando que cada vez mais políticos

¹¹ Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/blog/seguranca-digital/post/por-que-deep-web-nao-pode-ser-rastreada-pacotao-de-seguranca.html>>.

vêm se utilizando deste modo de navegação para propagarem notícias, faz-se necessário a especialização dos profissionais envolvidos, bem como a definição de uma política para a conduta nesse novo cenário que aqui se apresenta.

A liberdade de expressão e a de acesso à informação correspondem a dois dos pilares estruturantes do Estado Democrático de Direito, sendo essenciais para a consolidação e efetivação da Democracia no Estado nacional brasileiro.

Estimular a democratização das sociedades a partir, entre outros valores, dessa liberdade de informação significa propulsionar um cenário político-participativo mais equilibrado (STIGLITZ, 2002), porque menos vulnerável e sujeito aos abusos que podem ser cometidos por quem usa da manipulação para subjugar aos seus mandos (e desmandos) os destinatários das (in)verdades ditas como informações necessárias para subsidiar posicionamentos, diminuindo, sem dúvidas, a margem da livre convicção, fator crucial para a concretização da democracia.

Faz-se imprescindível, então, para a democratização das sociedades que o eleitor ao estar informado, possa assumir posições, promover ideias, decidir sobre o programa político ou candidato que melhor representam e defendem os valores de um dado contexto social e estão mais aptos a gerir a coisa pública. Portanto, escolher quem pode, em nome do povo, promover o alcance das finalidades para as quais o Estado, como ideologia que é, foi concebido, quais sejam: administrar os bens e interesses públicos e satisfazer as necessidades sociais.

As inovações constantes no âmbito tecnológico e do consumismo acelerado por informação impõem à Justiça Eleitoral uma constante atualização, diante da imperiosidade do acesso público de informações garantidoras do devido processo eleitoral, de modo que possa permitir que o resultado refletido nas urnas eletrônicas seja decorrente da manifestação livre e consciente do eleitor.

A expansão do uso de *tecnologias* de informação e de comunicação repercute, não apenas, em novas formas de interação, como também, impacta no dinamismo e na potencialização das relações interpessoais, privilegiando

assim, ainda mais, a liberdade de expressão e do acesso à informação, ambos direitos de envergadura constitucional, em nível fundamental.

A disseminação das informações, portanto, a partir do seu compartilhamento, também alcança a seara política, na medida em que, inegavelmente, as redes virtuais, como um espaço de manifestação democrática que devem ser, e assim o são, apresentam-se como uma nova arena de debate entre os protagonistas do processo eleitoral, eleitores e candidatos, ávidos pela construção de suas opiniões e “bandeiras” políticas.

CONCLUSÃO

A sinergia entre a academia e a justiça eleitoral: metodologias participativas e o engajamento dos profissionais envolvidos no processo de desenvolvimento¹²

Como unir de forma paritária juízes, desembargadores, assessores com formação jornalística e em ciência da computação, sendo cada um tão diferente, seja pela idade, pela formação, ou pela região do Brasil em que vive? Na resposta a essa pergunta e no desafio da educação de profissionais é que o ensino jurídico participativo encontrou espaço para conectar experiências tão diferentes representando a Justiça Eleitoral de todos os estados da federação.

Assim desenvolveu o Fórum Nacional de Propaganda Eleitoral nas Mídias Sociais organizado pelo Colégio de Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais e pela Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso, que se aliou à academia, convidando professores dos cursos de Direito para conduzir científica e metodologicamente o evento.

¹² Por Diogo Rais (Professor doutor de Direito Eleitoral da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Pós-graduação da FGV – Direito SP) e por Fernanda de Carvalho Lage (Mestra em Direitos sociais, difusos e coletivos pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Assessora da Escola Judiciária Eleitoral EJE/TSE e professora nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito).

O evento foi realizado em dois dias e contou com cento e cinquenta participantes.

O primeiro dia foi dedicado à exposição e aos debates com convidados da área do jornalismo, direito digital, direito eleitoral, direito constitucional e engenheiros de computação. O segundo dia foi dedicado integralmente ao ensino jurídico participativo. Os cento e cinquenta participantes foram divididos em três grandes grupos com eixos temáticos diferentes para a realização de workshops planejados, conduzidos e facilitados por um professor e um juiz em cada sala.

Os três workshops se realizaram simultaneamente durante o período da manhã e da tarde e, ao final do dia, os três grupos se reuniram em plenária para compartilhar com todos os participantes a experiência vivida em cada workshop.

O primeiro eixo foi “Robôs, Fake News, Junk News e Big Data – desafios da Justiça Eleitoral”, facilitado e coordenado pelo professor Diogo Rais, pelo juiz-membro do TRE-MT Mário Kono e pelo servidor do TRE-MG Diogo Cruvinel.

O segundo eixo temático foi dedicado ao desafio de “Como dar efetividade, na velocidade exigida, às decisões liminares”, facilitado e coordenado pelo professor Daniel Falcão e pelo juiz-membro e coordenador da propaganda eleitoral no TRE-MT, Paulo César Alves Sodré.

Por fim, o terceiro eixo foi facilitado e coordenado pela professora Juliana Freitas e o juiz-membro do TRE-MT Jackson Coutinho, cujo tema foi “Investigação judicial e fiscalização: procedimentos de investigação no ciberespaço”.

Todos os participantes foram instigados a desenvolver problemas hipotéticos sobre temas jurídicos eleitorais de difícil solução para, no período da tarde, buscar soluções jurídicas criativas para esses cenários, em especial, diante do conflito entre a liberdade de expressão, a participação política e a propaganda eleitoral.

As metodologias participativas compreendem a educação como uma maneira de mostrar caminhos para a autonomia, a autodeterminação do

aluno, pessoal e social, de modo que são indispensáveis para o desenvolvimento da consciência crítica, com o propósito de modificar a realidade. Assim, a motivação dos participantes do curso passa a ser o ponto central de todo o processo de desenvolvimento de ensino-aprendizagem. O professor torna-se um facilitador, motivador para que o formando faça pesquisas, reflita e decida por ele mesmo o que fazer para atingir os objetivos propostos. Tais metodologias ativas consistem em “processos interativos de conhecimento, análise, estudos, pesquisas e decisões individuais ou coletivas, com a finalidade de encontrar soluções para um problema” (BASTOS, apud BERBEL, 2011).

As metodologias participativas estimulam a reflexão coletiva, o diálogo, o reconhecimento de novas perspectivas e permitem uma prática crítica e comprometida, visando a promover a autonomia e a liberdade no processo de ensino-aprendizagem.

Uma das inovações no que diz respeito ao ensino profissional, em particular, da formação de magistrados, é a utilização de metodologias participativas em cursos de formação inicial e continuada de magistrados. A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, em sua Resolução nº 1, de 03 de maio de 2017 determina em seu art. 6º V, que as metodologias adotadas para desenvolver os temas dos cursos de formação de magistrado devem viabilizar a aprendizagem e a consecução dos objetivos específicos, “observando-se a aplicação prioritária de métodos ativos que promovam, de forma sistematizada, a participação e a interação de magistrados” (BRASIL, 2017). De tal forma, a proposta didático-pedagógica da formação de magistrados preza por sua formação integral, aliada a iniciativas educacionais baseadas na problematização da realidade, que atendam às necessidades resultantes das complexas e contínuas mudanças sociais (ENFAM, 2017).

Unir a metodologia e o rigor acadêmico aos desafios profissionais daqueles que todos os dias lidam com a aplicação ou a informação do direito foi um exercício de sinergia e desprendimento, permitindo a todos – simultaneamente – aprender e ensinar.

O evento inteiro, inclusive a divulgação dos resultados, contou com

cento e cinquenta pessoas atentas e participativas, que, mesmo após dois dias, somando mais de dezesseis horas de discussão e já passando das 18 horas da sexta-feira, estavam reunidos em um mesmo espaço para trocar as experiências vividas naqueles dois dias.

Ali, o que se ouvia não era apenas o resultado de indicadores jurídicos diante de problemas de difíceis soluções, mas sim, a evolução multidisciplinar dos envolvidos, narrando o desenvolvimento do aprendizado com o colega e o caminho percorrido por todos, além da sensibilização diante dos efeitos das metodologias participativas.

Não havia plateia ou expositores e sim um grande grupo de pessoas que trabalhou muito e uniu experiências diferentes e multidisciplinares em salas de workshop e plenárias.

As diversas diferenças entre os participantes, seja de idade, profissão, tempo de serviço público, área de conhecimento, região etc., foram vencidas pelo engajamento dedicado ao ensino participativo, atividade que só foi possível pela conexão entre a academia e os profissionais da Justiça Eleitoral.

O clima desenvolvido por meio das atividades promovidas nas oficinas de criação hipotética de problemas jurídicos eleitorais e na de construção coletiva e criativa de soluções, permitiu a quebra de formalidades e protocolos que costumam permear a convivência profissional entre desembargadores, juízes, assessores de comunicação e de tecnologia no cotidiano dos Tribunais Eleitorais brasileiros, sendo envolvidos em uma mesma bolha lúdica dedicada ao desenvolvimento profissional.

Parece que a diferença entre o ouvir e o participar foi a responsável pelo intercâmbio de experiências multidisciplinares e por vencer as inúmeras diferenças que separavam, inicialmente, os participantes.

REFERÊNCIAS

BERBEL, N. A. N. As metodologias ativas e a promoção da autonomia de estudantes. **Seminário de Ciências Sociais e Humanas**, Londrina, v. 32, n. 1, p. 25-40, jan./jun. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Bibliografia básica para o ensino e pesquisa nas escolas de magistratura**. Brasília: Enfam, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados** - Enfam. Instrução Normativa Enfam n. 1, de 03 de maio de 2017. Diário da Justiça Eletrônico do STJ, 10 de maio de 2017. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/109933/INT_01_2017_ENFAM.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2018.

CIANCAGLINI, V.; BALDUZZI, M; GONCHAROV, M; MCARDLE, R. **Deepweb and cybercrime: it's not all about TOR**. Cupertino, CA: Trend Micro Incorporated, 2015. Disponível em: <<http://www.trendmicro.de/media/wp/deepweb-and-cybercrime-whitepaper-en.pdf>>. Acesso em: 5 mar. de 2018.

COMER, D. E. **Redes de computadores e internet**. 6. ed. São Paulo: Bookman, 2016.

ENFAM. ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS. **Diretrizes pedagógicas da Enfam para a formação e aperfeiçoamento de magistrados**. Brasília, 2017. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/diretrizes-pedagogicas/>>. Acesso em: 5 mar. de 2018.

KUROSE, J; ROSS, K. W. **Redes de computadores e a internet: uma abordagem Top-Down**. 6. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2013.

McARDLE, R. **Cybercrime in the Deep Web**. Trend Micro White Paper. Tóquio: Trend Micro Security Intelligence, 2015.

STIGLITZ, J. **Transparency in government: the right to tell: the role of the mass media in economic development**. Washington, D.C.: World Bank Institute, 2002.



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