

**As tensões e os diálogos entre os poderes na contemporaneidade –
A questão das cotas de gênero no financiamento de campanhas eleitorais**

**The tensions and dialogues between powers in contemporaneity –
The issue of gender quotas in the financing of electoral campaigns**

Sérgio Silveira Banhos

Ministro do Tribunal Superior Eleitoral. Subprocurador-geral do Distrito Federal. Advogado. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Políticas Públicas pela Universidade de Sussex, Inglaterra.

Pedro P. A. Banhos

Assessor da Presidência do Superior Tribunal de Justiça. Graduado pela Universidade de Brasília (UnB) e mestrando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP).

Resumo: A representatividade de gênero na política é tema da atualidade. Mitigar as históricas desigualdades na representação política entre homens e mulheres é desafio da sociedade contemporânea. O estudo pretende examinar os diálogos interinstitucionais e a zona de tensão entre os Poderes Legislativo e Judiciário, no afã de averiguar os limites da atuação do Poder Judiciário brasileiro na concretização de políticas afirmativas. Os recentes julgados do Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 5617, e do Tribunal Superior Eleitoral, na CTA nº 060025218, servirão como referência para a análise pretendida. Em ambos os casos, restou prestigiado o direito à igualdade de oportunidade e de resultado nos pleitos eleitorais, em razão da adoção de critérios de distribuição do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanhas, em observância aos percentuais mínimos de candidatura por gênero, já previstos na Lei nº 9.504/97.

Palavras-chave: Representação política. Diálogos interinstitucionais. Políticas afirmativas de gênero. Participação feminina na política. Financiamento de campanha.

Abstract: The gender representation in politics is a topic of the present time. Mitigating the historical inequalities in political representation between men and women is a challenge for contemporary society. The study intends to examine the interinstitutional dialogues and the area of tension between the Legislative and Judiciary powers, in the effort to ascertain the limits of the Brazilian Judiciary's performance in affirmative policies. The recent judgments of the Federal Supreme Court (STF) in ADI No. 5617 and the Superior Electoral Court (TSE) in CTA No. 060025218 will serve as a reference for the analysis intended. In both cases, the right to equality of opportunity and result in electoral campaigns was respected, due to the adoption of criteria for distribution of the Party Fund and the Special Fund for Campaign Financing (FEFC), in compliance with the minimum percentage of candidacy by gender, already provided for in Law No. 9,504 / 97.

Key-words: Political Representation. Interinstitutional dialogues. Affirmative gender policies. Women's participation in politics. Campaign finance.

As tensões e os diálogos entre os poderes na contemporaneidade – A questão das cotas de gênero no financiamento de campanhas eleitorais

Sumário: 1. Notas de introdução; 2. As cotas de gênero e o financiamento das campanhas eleitorais; 3. Conclusão; 4. Referências.

1 Notas de introdução

A reformulação do conceito de separação de poderes, a conversão das Constituições formais em materiais e o estabelecimento de um Estado constitucional são motivações suficientes para a adequação do Direito à atualidade. Apresenta-se, portanto, como desafio essencial da contemporaneidade, a busca pela defesa dos direitos fundamentais, com o objetivo de consolidar a melhor realização do Direito.

O Direito, a ferramenta correta e disponível para responder às questões veiculadas na modernidade, é pleno de cenários diversificados. Os novos tempos no Direito demandam uma abordagem material das Constituições. Tal fenômeno retrata a assimilação, pelas Constituições, das complexas relações socioeconômicas e culturais que tipificam o mundo contemporâneo.

O modelo do constitucionalismo clássico, cuja tônica não ia além da organização do Estado fundada na concepção da separação dos poderes, com vistas a assegurar um pretendido equilíbrio, bem como na fixação de um elenco de direitos e garantias individuais para consubstanciar a essência do ideário das Constituições daqueles tempos, encontra-se superado. O momento atual é o de busca pela efetivação de um Estado verdadeiramente constitucional.

Um Estado constitucional, além dos requisitos inerentes ao Estado de Direito¹, pressupõe a existência de democracia, de um poder que emane direta ou indiretamente do povo, de um sistema de direitos fundamentais formalmente expressos na Constituição, e que esses direitos sejam realmente respeitados e, sobretudo, efetivados. Ou seja, em um Estado constitucional é de restar observada a verdadeira aplicação de mecanismos que objetivem, entre outros, a garantia de direitos fundamentais, a realização social profunda pelo exercício dos instrumentos que garantam a cidadania, que possibilitam concretizar as exigências de um Estado de justiça social.

¹ Leciona CANOTILHO, as dimensões fundamentais do Estado de Direito seriam a juridicidade (matéria, procedimento e forma) e a constitucionalidade (presença necessária de uma Constituição). Ou seja, o Estado de Direito, por ser um Estado Constitucional, pressupõe a existência de uma Carta Política que sirva de ordem jurídico-normativa fundamental, vinculativa de todos os poderes públicos e sistema de direitos fundamentais. Para o mestre de Coimbra, os subprincípios concretizadores do Princípio do Estado de Direito são: a) Princípio da legalidade da Administração, representado pelo princípio da supremacia da lei e no princípio da reserva legal; b) Princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos, traduzidos no princípio da precisão das leis (clareza das leis) e no princípio da proteção da confiança (leis estáveis e previsíveis, não retroativas para piorar a situação do cidadão); c) Princípio da proibição do excesso ou, em outros termos, princípio da proporcionalidade; d) Princípio da proteção jurídica e das garantias processuais, constituído nas garantias processuais e procedimentais, tais como garantias de processos penal, judicial e administrativo; e) Princípio da garantia da via judiciária, fundamentado em um verdadeiro direito ou pretensão de defesa das posições juridicamente lesadas, legalmente protegidas (direito subjetivo público). CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 256-275

Vencidas praticamente duas décadas deste terceiro milênio, afigura-se como essencial a consolidação do receituário de direitos já exaltados na Constituição de 1988, mas agora reclamados na razão direta dos conflitos que emergem do meio social. Percebe-se, desde o fim do século XX, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, o fenômeno de uma interpretação jurisdicional pautada na aplicação de princípios. O objetivo desse modelo, dessa nova forma de interpretar, é promover a reformulação do próprio Direito a partir de uma nova concepção conferida ao Direito.

Nesse contexto, o Direito seria produto de uma política constitucional, ele não estaria posto, deveria estar sempre sendo construído. Na atualidade, urge considerar as ideias gerais e o pluralismo dos universos culturais éticos, religiosos e políticos que caracterizam e sofisticam as relações na sociedade contemporânea. O Direito traduziria, então, um conjunto de materiais de construção, sendo que o edifício a ser construído não é obra da Constituição, mas de uma política constitucional que versa sobre as possíveis combinações desses materiais.

A este desafio do agora, não pode o Direito Eleitoral se apartar. Ao contrário: vê-se obrigado a quedar-se adequado a essa nova realidade, para manter-se em dia com as exigências da sociedade. O Direito Eleitoral deve apresentar respostas imediatas no trato de questões ligadas ao exercício pleno da cidadania, ativa e passiva, independente do gênero do cidadão, em expresso respeito à noção de Estado Democrático de Direito, de atenção aos direitos fundamentais, de prestígio à igualdade, de valorização da dignidade humana.

O Direito Constitucional e o Eleitoral vivenciam períodos de prodigiosa versatilidade e criatividade. Tal momento profícuo significa um indiscutível processo de mudança sem retorno. O Direito tem como desafio atual alcançar a ideia de Constituição viva, construída a partir da visão de uma sociedade aberta, pluralista, democrática, tolerante, estabelecida com o compromisso de esperança e fé na formação de um Estado justo e democrático. Trata-se de uma abordagem humana voltada essencialmente para o cidadão. Nesse contexto, descortinam-se temas palpitantes, por meio dos quais poderão ser enfrentadas as questões e os problemas do mundo contemporâneo, em um enfoque que precisa ser forte, corajoso e, sobretudo, transformador.

Neste contexto, no Estado Democrático de Direito, novas leituras do princípio da separação (ou interdependência) dos poderes devem ser realizadas para melhor compreender esse inescapável diálogo interinstitucional.²

² Sérgio Antônio Ferreira Victor esclarece que o princípio da separação dos poderes, desenvolvido por Locke e aperfeiçoado por Montesquieu, deve ser interpretado, na quadra atual, como a garantia do equilíbrio e harmonia entre os Poderes, sendo tarefa da Constituição determinar e coordenar as competências dos poderes estatais. VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro* / Sérgio Antônio Ferreira Victor – São Paulo : Saraiva, 2015. p. 45-47. Por sua vez, Carlos Blanco de Moraes ensina que a separação rígida dos poderes proposta por Montesquieu nunca teve efetiva aplicação constitucional, visto que há interconexão entre os poderes. Em seus dizeres, existiria não uma separação entre os Poderes, mas uma interdependência entre eles. MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de direito constitucional - Tomo I: a lei e os actos normativos no ordenamento jurídico português*. Centro de investigação da Faculdade de Direito de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 40. É sob essa perspectiva, amparada nas ideias de Karl Loewenstein, que se pode afirmar que a limitação aos poderes está paralelamente conectada à interdependência por cooperação - ou por integração - entre eles, sendo necessário relativizar tal princípio, levando-se em consideração a importância da relação entre os Poderes que exercem a soberania. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2a. ed. 4a. reimp. Barcelona: Ariel, 1986. p. 108. Por fim, José Levi Mello do Amaral Júnior esclarece, nesse viés, que a “visão estática sobre a separação dos poderes nos impede de ver, claramente, que a separação funcional há muito foi relativizada na nossa própria Constituição e nos estimula a repelir como desvio qualquer evidência de

Há uma tênue fronteira entre a atividade legislativa, a jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária, sendo fundamental questionar os limites institucionais e analisar os diálogos existentes entre os Poderes, sob a óptica do princípio democrático e das funções inerentes de cada Poder.

Se, de um lado, a crise de representatividade no Brasil é fato incontroverso e abriu espaço para as questionáveis interferências do Poder Judiciário na supressão de lacunas ou omissões deixadas pelo Poder Legislativo, por outro, resta dúvida sobre até que ponto a supressão da omissão legislativa pelo Judiciário aprimoraria a democracia.

Os debates são profundos e merecem detida reflexão. O que parece incontroverso é que a insuficiência de legislação pode ensejar, em determinadas circunstâncias, omissões inconstitucionais. Também parece correto asseverar que, no mundo contemporâneo, a invasão de competência legislativa pelo Poder Judiciário, na tentativa de suprir a eventual inércia legislativa, expandiu fronteiras e se tornou muitas das vezes prática habitual, o que nos leva a questionar quais seriam os seus legítimos limites.

Sobre a questão, Luís Roberto Barroso³ explica que “o Judiciário não apenas ocupou mais espaço, além disso, sua atuação se tornou mais discricionária”. Complementa sua linha de raciocínio afirmando que, diante da complexidade e do pluralismo da vida contemporânea, “em muitas situações, em lugar de se limitar a aplicar a lei já existente, o juiz se vê na necessidade de agir em substituição ao legislador”. Por outro lado, possibilitar ao Poder Judiciário ultrapassar sua legitimidade de aplicador do direito e atuar como legislador positivo por intermédio de técnicas de decisão resulta em situação que – como diria Humberto Ávila – “obedece-se à (parte da) Constituição, violando-a (noutra parte)”⁴. No mesmo sentido, destaca-se a opinião de Elival Ramos, que entende esse fenômeno como uma “descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes”⁵.

Talvez por vício de formação profissional e acadêmica, filiamo-nos à linha de pensamento que entende ser o Poder Legislativo o *locus* inaugural – espaço plural e democrático – para se debater e criar o direito. Não obstante, compreendemos, sem qualquer dificuldade, que, nos tempos de agora, cumpre também ao Poder Judiciário a tarefa de bem aplicar o direito, de forma muito restrita e sempre com modéstia judicial⁶, com o objetivo solene – e inerente à sua função – de garantir direitos fundamentais.

sobreposição ou, heresia maior, usurpação de funções entre os três poderes da República.” AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. O mito da separação dos poderes e a necessidade real da legislação delegada. Revista Jurídica FURB. V. 20, n. 42, p.85-112, maio/ago. 2016. p. 156

³ BARROSO, Luís Roberto. O novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 41

⁴ ÁVILA, Humberto B. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n. 17, jan./fev.mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 10 jun2018.

⁵ RAMOS, Elival da Silva. Mandado de Injunção e Separação dos Poderes. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (organizadores). Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 238

⁶ Sérgio Ferreira Victor esclarece que: “Para Sunstein, portanto, a modéstia judicial favorece a sociedade, impedindo polarizações. Os princípios gerais (compromissos dilatatórios), de textura aberta e amplamente considerados, permitem a reunião em comunidade de indivíduos que possuem crenças e concepções de vida completamente distintas (reconhece-se aqui o fato do pluralismo, evidente nas sociedades modernas), ao passo que a densificação desses amplos princípios, por meio do processo de adjudicação, tende a produzir essas divisões na sociedade que muitas vezes mostram-se perigosas à paz social”. VICTOR, Sérgio Antônio

A questão das cotas de gênero para financiamento de campanhas é um exemplo de decisão judicial na qual não se vê caracterizada qualquer interferência judicial indevida na autonomia partidária, tampouco qualquer usurpação de competência.

2 As cotas de gênero e o financiamento das campanhas eleitorais

A representatividade das mulheres na política é tema da atualidade.

Há quase um século, pioneiras conquistavam o direito de votar e de serem votadas no Brasil. Em 1927, Celina Guimarães Viana, moradora de Mossoró/RN, tornou-se a primeira eleitora registrada no Brasil e na América Latina. Nas eleições de 1928, Alzira Soriano de Souza assumiu como prefeita do Município de Lajes/RN, entrando para a história como a primeira mulher eleita para um cargo político em toda a América Latina.

Em nível nacional, a participação feminina na política, ainda que de forma discriminatória, foi pela primeira vez prevista no art. 121 do Código Eleitoral de 1932, que dizia: “os homens maiores de sessenta anos e as mulheres em qualquer idade podem isentar-se de qualquer obrigação ou serviço de natureza eleitoral”. Por sua vez, a Constituição de 1946 estabelecia o voto obrigatório, exceto para as mulheres que não exercessem atividades remuneradas. Foi somente a partir do Código Eleitoral de 1965 que os direitos e as obrigações eleitorais foram igualados entre homens e mulheres.

Apesar desse pretensão pioneirismo brasileiro, a baixa representatividade feminina e as disparidades na questão de gênero denotam as múltiplas disfuncionalidades, hoje verificadas no sistema político brasileiro. É um problema de difícil resolução.

A questão passa, em primeiro lugar, pela dificuldade de se promover uma efetiva reforma política: é que o poder eleito não coloca em risco as suas vantagens eleitorais comparativas. Não há legislação que repercuta tão diretamente nos interesses dos legisladores que a eleitoral. Uma mudança, ainda que pequena na legislação, pode efetivamente transformar os outrora vitoriosos em vencidos.

Outro obstáculo a ser enfrentado é a total ausência de democracia intrapartidária nas agremiações. É de se notar que, na reforma política de 2017, todas as propostas que visavam aprimorar a democracia intrapartidária foram sumariamente afastadas. Muito nesse sentido há que ser aprimorado.

Em relação à participação de gênero na vida política brasileira, observa-se que o número de mulheres eleitoras é maior: 52% em 2018, ou seja, 7 milhões de votos a mais. Não obstante, dados da União Interparlamentar de 2017 demonstram que é ínfima a participação das mulheres na composição do Parlamento brasileiro, ainda mais quando comparada a de outras democracias. Conforme se extrai do estudo, o Brasil possui apenas 10,7% de representação feminina na Câmara dos Deputados, ocupando a 154ª colocação, entre 193 países.⁷ A título de exemplificação, na América Latina, o Brasil é superado pela

Ferreira. Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 154-155

⁷ INTER-PARLIAMENTARY UNION. Woman in Politics: 2017. Estudo disponível em: <https://www.ipu.org/resources/publications/infographics/2017-03/women-in-politics-2017?utm_source=Inter-Parliamentary+Union+%28IPU%29&utm_campaign=550dedbec7-EMAIL_CAMPAIGN_2017_02_23&utm_medium=email&utm_term=0_d1ccee59b3-550dedbec7-258891957>. Acesso em: 10jun2018

Bolívia (53,1%), Nicarágua (45,7%), México (42,6%), Equador (41,6%), Argentina (38,9%), Peru (27,7%), Colômbia 18,7%, entre outros.

Se, por um lado, sabe-se que a Lei nº 9.504/1997 prevê, em seu art. 10, § 3º, que o total de candidatos registrados por partido ou coligação deve ser, no mínimo, de 30% e, no máximo, de 70% de candidatos do mesmo gênero⁸, por outro, é certo afirmar que, de lá para cá, muito falta para se alcançar a efetiva igualdade de gênero na representação política.

As eleições de 2014, 2016 e 2018 evidenciaram essa desigualdade de oportunidades. Em 2014, na Câmara dos Deputados, foram eleitas apenas 51 mulheres, do total de 513 cadeiras. Já nas eleições de 2016, apesar de 31,6% dos candidatos a cargos eletivos serem mulheres, foram escolhidos mais de 50 mil vereadores e somente 7.811 vereadoras. Nas eleições de 2018, por sua vez, foram eleitas 77 mulheres para a Câmara dos Deputados, ou seja, 15% do total de cadeiras daquela Casa Legislativa, um aumento de 51% no número de mulheres eleitas em relação a 2014.

É de se notar, todavia, que embora tenha ocorrido esse significativo aumento na participação das mulheres, ainda se está longe dos números ideais, em especial ao considerar que, nas eleições de 2018, as mulheres obtiveram cota financeira de 30%, tanto do Fundo Partidário quanto do Fundo Eleitoral (Fundo Especial de Financiamento de Campanhas).

E pior. Noticia-se que uma significativa parte dessas candidaturas é constituída de mulheres fantasmas, candidatas que tiveram votação zerada, ou seja, sequer votaram em si mesmas. Esse fenômeno referente à falsa representatividade revela a frequente e reprovável prática de fraude cometida por agremiações, ao inscreverem mulheres com o único objetivo de atender a exigência legal da cota de 30% de vagas reservadas à minoria de gênero.

Esses dados preocupantes atestam o reflexo da ausência de democracia intrapartidária. Em um ambiente predominantemente dominado pela lógica masculina, os pleitos eleitorais vêm demonstrando que as mulheres tendem a ficar com menor exposição na mídia, bem como com uma fatia bem menor dos recursos financeiros. Não por outro motivo, intensificam-se as dificuldades em se eleger representantes femininas, levando, por consequência, à baixa representatividade dessas nas casas legislativas.

Nesse prisma, Clara Araújo⁹ registra que:

No Brasil, os partidos incorporam um discurso favorável à mulher em seus programas, plataformas eleitorais e nos pronunciamentos dos dirigentes. Isso pode ser visto como algo positivo, na medida em que expressa o apoio e o apelo que o tema dos direitos das mulheres angariou na sociedade como um todo. Mas para além dos compromissos intencionais, poucos são os partidos brasileiros que implementam ações mais substantivas nesse sentido.

⁸ Redação trazida pela Lei nº 12.034, de 2009.

⁹ ARAÚJO, Clara. Partidos políticos e gênero: mediações nas rotas de ingresso das mulheres na representação política. In: Revista de Sociologia e Política, n. 24, 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n24/a13n24.pdf>>. Acesso em: 18fev2019

Ciente disso, e sabendo que a mudança é inevitável, está na agenda do mundo de hoje a implantação de medidas que possibilitem às mulheres a efetiva participação na política, na busca de confrontar a retrógrada lógica existente.

Na contemporaneidade, tem-se revelado imprescindível a mitigação das históricas disparidades entre os homens e as mulheres na esfera política, reforçando a importância da promoção de ações afirmativas de gênero nas novas democracias.

Sobre essa questão, María Inés Tula explica que as cotas de gênero na política são “medidas compensatórias e redistributivas que tornam possível a inclusão gradual de grupos historicamente marginalizados nas diferentes instituições representativas e/ou nos locais estratégicos de tomada de decisão.”¹⁰ Destaca ainda que as reformas políticas voltadas ao aumento do número de representantes femininas nos parlamentos “(...) foram as medidas que mais se espalharam na América Latina entre 1991 e 2015.”¹¹

Em sentido semelhante, Eneida Desiree Salgado e outros asseveram que as cotas político-eleitorais são instrumentos essenciais para a promoção da participação política, ressaltando que essa participação “(...) não se resume apenas ao exercício de direitos e deveres políticos constitucionalmente garantidos, mas na capacidade efetiva de influir na tomada de decisões públicas.”¹²

Nessa linha argumentativa, Cláudia Izidoro Sapi¹³ entende que:

(...) as políticas afirmativas são uma forma de transformação da sociedade conformada pela obrigatoriedade jurídica; trazem a possibilidade de equidade de participação política como participação efetiva e como mudança no paradigma de quem tem a possibilidade de ser representante do povo.

Os recentes julgamentos do Supremo Tribunal Federal - STF (ADI nº 5617)¹⁴ e do Tribunal Superior Eleitoral - TSE (CTA nº 060025218)¹⁵, nos quais se garantiu o

¹⁰ TULA, María Inés. Reformas político-electorales y género em América Latina. Perspectivas de Consolidación y Desafíos Pendientes. Reformas Políticas em América Latina. Disponível em: <<https://reformaspoliticas.org/reformas/genero-y-politica/maria-ines-tula/>>. Acesso em: 5jun2018.

¹¹ TULA, María Inés. Reformas político-electorales y género em América Latina. Perspectivas de Consolidación y Desafíos Pendientes. Reformas Políticas em América Latina. Disponível em: <<https://reformaspoliticas.org/reformas/genero-y-politica/maria-ines-tula/>>. Acesso em: 5jun2018.

¹² SALGADO, Eneida Desiree; MONTE-ALTO, Eric Vinícius Lopes Costa; GUIMARÃES, Guilherme Athaides. Cotas de Gênero na Política: Entre a História, as Urnas e o Parlamento. In: Revista Gênero & Direito. v. 4, n. 3, 2015. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/ged/article/view/25973>>. Acesso em: 19fev2019. p. 175

¹³ SAPI, Cláudia Izidoro. A reserva de vagas no Legislativo para mulheres : ação afirmativa para a plenitude democrática / Cláudia Izidoro Sapi. -- In: Estudos eleitorais, v. 13, n. 1, p. 57-76, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/estudos_eleitorais/estudos_eleitorais_v13-n1.pdf>. Acesso em: 19fev2019. p. 69

¹⁴ Em breve síntese, no julgamento da ADI nº 5617, de relatoria do Ministro Edson Fachin, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedente a ação direta para, entre outras disposições, “(...) dar interpretação conforme à Constituição ao art. 9º da Lei 13.165/2015 de modo a (a) equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (hoje o do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/1997, isto é, ao menos 30% de cidadãs), ao mínimo de recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados, que deve ser interpretado como também de 30% do montante do Fundo alocado a cada partido, para as eleições majoritárias e proporcionais, e (b) fixar que, havendo percentual mais elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido destinados a campanhas lhe seja alocado na mesma proporção; (...)”

¹⁵ Por sua vez, na apreciação da Consulta (CTA nº 060025218), de relatoria da Ministra Rosa Weber, o Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, decidiu, nos termos do voto da relatora, pela extensão do

direito à igualdade nos pleitos eleitorais (distribuição do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanhas em observância dos percentuais mínimos de candidatura por gênero), servem como casos válidos para empreender reflexão quanto à interação entre os Poderes, suas competências e seus limites.

Indaga-se: seria o Poder Judiciário competente para definir os critérios de distribuição de recursos dos referidos fundos nas campanhas eleitorais? Caberia ao Judiciário, em face da mora legislativa, o controle, a fiscalização e a promoção da citada ação afirmativa?

Antes de qualquer tentativa de resposta, faz-se necessário destacar as premissas adotadas, em seu voto, pelo Ministro Edson Fachin, relator da ADI nº 5671:

Primeira: As ações afirmativas prestigiam o direito à igualdade.

Segunda: É incompatível com o direito à igualdade a distribuição de recursos públicos orientada apenas pela discriminação em relação ao sexo da pessoa.

Terceira: A autonomia partidária não consagra regra que exima o partido do respeito incondicional aos direitos fundamentais, especialmente ao direito à igualdade.

Quarta: A igualdade entre homens e mulheres exige não apenas que as mulheres tenham garantidas iguais oportunidades, mas também que sejam elas empoderadas por um ambiente que as permita alcançar a igualdade de resultados.

Quinta: A participação das mulheres nos espaços políticos é um imperativo do Estado, uma vez que a ampliação da participação pública feminina permite equacionar as medidas destinadas ao atendimento das demandas sociais das mulheres.

A síntese do voto aponta para o necessário prestígio ao princípio da igualdade de oportunidades. Isso porque, nas lições de Giovanni Sartori, a classificação das igualdades se divide da seguinte forma: “1) igualdade jurídico-política, 2) igualdade social, 3) igualdade de oportunidades, 4) igualdade econômica.”¹⁶

Em sentido semelhante, Óscar Sánchez Muñoz, ao tratar da igualdade de oportunidades na competição eleitoral, destaca três formas, a seu ver perigosas, para a liberdade das eleições: “1) a superioridade derivada do exercício do poder público; 2) a

entendimento fixado pelo STF referente à distribuição proporcional do Fundo Partidário para a distribuição do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), bem como do tempo de propaganda eleitoral gratuita de rádio e TV, nos seguintes termos: “(...) 11. Se a distribuição do Fundo Partidário deve resguardar a efetividade do disposto no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97, no sentido de viabilizar o percentual mínimo de 30% de candidaturas por gênero, consoante decidiu a Suprema Corte ao julgamento da ADI 5617, com maior razão a aplicação dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) – cuja vocação é, exclusivamente, o custeio das eleições – há de seguir a mesma diretriz. 12. No tocante ao tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, consabido não haver disposição normativa expressa que balize a sua distribuição em termos de percentual de gênero. A despeito disso, a carência de regramento normativo que imponha a observância dos patamares mínimos previstos no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97 à distribuição do tempo de propaganda eleitoral no rádio e na televisão não obstaculiza interpretação extraída a partir de preceitos constitucionais que viabilizem a sua implementação (...)”

¹⁶ Tradução livre. SARTORI, Giovanni. ¿Qué es la democracia? / Giovanni Sartori ; traducción de Miguel Ángel González Rodríguez, Maria Cristina Pastellini Laparelli Salomon y Miguel Ángel Ruiz de Azúa. -- Nueva ed., rev. y ampl. --Madrid : Taurus, 2007. p. 210

superioridade financeira; e 3) a superioridade midiática, derivada em grande parte das duas anteriores.”¹⁷

Nesse intrincado diálogo entre Direito e moral, Sartori assevera que “o problema da igualdade entre os homens é um problema justiça”¹⁸. Assim, entende que “maior igualdade é um contrapeso eficaz às desigualdades, um sistema de compensação recíproca e neutralização entre desigualdades.”¹⁹ Adverte, todavia, que isso não significa dizer que todos são iguais em tudo.

Nessa óptica, vislumbram-se diversas e distintas premissas do princípio da igualdade na contemporaneidade, o que torna sua definição ainda mais complexa. De todo modo, a sua importância é evidente nos contextos democráticos, conforme ensina Robert Dahl²⁰:

A desigualdade entre os cidadãos é um problema grave e persistente em todos os países democráticos. As desigualdades em seus recursos políticos, em suas posições estratégicas, em seu poder de barganha explícito e implícito são grandes o bastante, até mesmo nas ordens democráticas, para conferir uma credibilidade considerável às teorias do domínio da minoria.

Em outra passagem, Robert Dahl explica que, em ambientes democráticos consolidados, busca-se a redução das desigualdades de capacidade e de oportunidades dos cidadãos como um todo, possibilitando a participação, de forma efetiva, na política. Nesse ponto, ressalta que as desigualdades “são causadas, num grau importante, pela distribuição de recursos, da posição e das oportunidades econômicas, bem como do conhecimento, da informação e das habilidades cognitivas.”²¹

Sobre o tema, vale também destacar o entendimento de Vinicius de Carvalho²²:

O direito fundamental e subjetivo de igualdade de oportunidades na concorrência eleitoral tem fundamento constitucional no princípio democrático e no princípio da igualdade, e decorre diretamente do direito ao sufrágio passivo que todos os candidatos têm e que implica no direito de poderem aceder aos cargos políticos em igualdade de condições.

¹⁷ Tradução livre. MUÑOZ, Óscar Sánchez. La igualdad de oportunidades en la competición electoral / Óscar Sánchez Muñoz. -- In: Direito eleitoral : debates ibero-americanos : memórias do V Congresso Ibero-americano de Direito Eleitoral e do IV Congresso de Ciência Política e Direito Eleitoral do Piauí. Curitiba : Íthala, 2014. p. 354

¹⁸ Tradução livre. SARTORI, Giovanni. ¿Qué es la democracia? / Giovanni Sartori ; traducción de Miguel Ángel González Rodríguez, Maria Cristina Pastellini Laparelli Salomon y Miguel Ángel Ruiz de Azúa. -- Nueva ed., rev. y ampl. --Madrid : Taurus, 2007. p. 208

¹⁹ Tradução livre. SARTORI, Giovanni. ¿Qué es la democracia? / Giovanni Sartori ; traducción de Miguel Ángel González Rodríguez, Maria Cristina Pastellini Laparelli Salomon y Miguel Ángel Ruiz de Azúa. -- Nueva ed., rev. y ampl. --Madrid : Taurus, 2007. p. 222

²⁰ DAHL, Robert. A democracia e seus críticos / Robert A. Dahl ; tradução Patrícia de Freitas Ribeiro ; revisão da tradução Aníbal Mari. - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 531

²¹ DAHL, Robert. A democracia e seus críticos / Robert A. Dahl ; tradução Patrícia de Freitas Ribeiro ; revisão da tradução Aníbal Mari. - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 531

²² MADEIRA, Vinicius de Carvalho. República, democracia e reeleições : o princípio da renovação / Vinicius de Carvalho Madeira. - Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2013. p. 125

O que parece incontestável é que o princípio da igualdade de oportunidades nos pleitos eleitorais, como decorrência do princípio democrático e da igualdade, conecta-se com o ideal de que os candidatos devem partir de condições iguais, de pontos de partida iguais. Isso significa dizer, nas palavras de Sartori, que “aqueles que tomam a saída devem estar em igualdade de condições”²³.

Ocorre, todavia, que, na história brasileira, os pontos de partida nas disputas eleitorais entre homens e mulheres sempre foram extremamente dispare. As condições de disputa – antes, durante e após o processo eleitoral – não se assemelham e tampouco possibilitam a efetiva e necessária expressividade na representação feminina nas casas legislativas do Brasil. O momento agora demanda a tese trazida no voto do Ministro Edson Fachin: não só o prestígio à igualdade de oportunidade (já previsto na legislação anterior), mas também a busca de igualdade de resultado, no ponto de chegada.

Por essas razões, as mencionadas decisões judiciais, proferidas pelo STF e pelo TSE – que fizeram valer a escolha legislativa de 30% prevista na legislação eleitoral vigente (Lei nº 9.504/1997) e impuseram critérios para distribuição proporcional de recursos eleitorais – revelam a importância da atuação da Justiça no controle e na fiscalização, não só de eventuais irregularidades, mas também do justo processo eleitoral, em que as desigualdades entre os candidatos devem ser mitigadas, em prol da igualdade formal e substantiva dos atores políticos nos pleitos eleitorais.

Daí a peculiaridade do caso em análise. O entendimento de ambas as Cortes não usurpou competência do Poder Legislativo, mas tão somente privilegiou a escolha antes tomada pelo próprio Legislador. Isso quer dizer que, ao determinar os critérios para distribuição de recursos eleitorais, tanto o STF quanto o TSE prestigiaram a escolha legislativa e a proporcionalidade previstas na legislação eleitoral ora vigente (art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997), a qual estabeleceu que o total de candidatos registrados por partido ou coligação deve ser, no mínimo, de 30% e, no máximo, de 70% de candidatos do mesmo gênero.

Não se pode, portanto, entender a concretização e efetivação de direitos constitucionais nos pleitos eleitorais, tais como a igualdade de oportunidades e de resultados, vistas como medidas garantidoras da representatividade de gênero na política, como sendo um caso no qual teria ocorrido eventual usurpação de competência do Poder Judiciário.

Evidente que é essencial tratar essa questão da tensão entre poderes caso a caso, para evitar a violação dos limites da interpretação e aplicação do direito. Segundo Humberto Ávila, “não se quer dizer que o Poder Judiciário é desimportante; quer-se, em vez disso, afirmar que o Poder Legislativo é importante”²⁴. Nesse sentido, diante das eventuais omissões legislativas ou da própria recusa do Legislativo, deve imperar, quando for o caso, a atuação contida, minimalista, do Poder Judiciário.

²³ Tradução livre. SARTORI, Giovanni. ¿Qué es la democracia? / Giovanni Sartori ; traducción de Miguel Ángel González Rodríguez, Maria Cristina Pastellini Laparelli Salomon y Miguel Ángel Ruiz de Azúa. -- Nueva ed., rev. y ampl. --Madrid : Taurus, 2007. p. 211

²⁴ AVILA, Humberto B. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n. 17, jan./fev.mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 10jun2018.

O dilema reside na busca do equilíbrio entre a atuação dos Poderes. Como bem demonstra Eduardo Mendonça²⁵, fazendo referência ao pensamento de Jeremy Waldron²⁶:

(...) uma dada sociedade pode entender que, dentre todas as formas imperfeitas de deliberação disponíveis, o processo parlamentar seria tão superior às demais alternativas que deva prevalecer sempre, inclusive quando se trate de definir o sentido correto das normas constitucionais que se destinam a limitar o próprio poder das maiorias.

Por outro lado, ele pondera que, face às angustias do mundo contemporâneo, abre-se espaço para que o Poder Judiciário possa “contrabalancear o poder dos agentes eleitos com outros mecanismos de decisão, baseados em formas de transferência de legitimação diferentes das eleições”²⁷.

3 Conclusão

Nos tempos de agora, de flagrante insatisfação popular, há uma inegável crise de representatividade popular, que não se verifica com exclusividade no Brasil, mas também na grande maioria das democracias ocidentais. Nessa quadra, a participação do Poder Judiciário é tentadora. Há, todavia, que se questionar até que ponto o Poder Judiciário estaria preparado para a realização de escolhas que “pressuponham responsabilidade política e para a avaliação de variáveis complexas, correndo-se o risco de captura pelos grupos de interesse com maior acesso à jurisdição”²⁸. Ademais, é de se questionar se estaria o Poder Judiciário habilitado para exercer a função de solver a multiplicidade de demandas da sociedade que se apresentam na atualidade.

O que deve ser exigido na contemporaneidade, pois, é uma maturidade e um esforço democrático por parte do sistema político e jurídico. A própria Constituição impõe a realização de uma complexa interface entre direito e política, entre os Poderes Legislativo e Judiciário.

É essa interação contínua, necessária e inevitável entre os mecanismos políticos e jurídicos, de fronteiras nem sempre claras, de delimitação cada vez mais crítica, que evitará os excessos advindos da indevida judicialização da política ou da politização da justiça. Por óbvio, a questão não é de fácil lida.

As diversas controvérsias, políticas e institucionais, eclodem com a possível interferência de um Poder em outro, mas o deslinde que se propõe passa pela aproximação, saudável em termos políticos, entre os Poderes, para melhor garantir os direitos aos cidadãos, sem violar princípios constitucionais e prestigiando a própria democracia.

²⁵ MENDONÇA, Eduardo, in SARMENTO, Daniel (org.), *Jurisdição Constitucional e Política*. São Paulo: Forense, 2015. p. 134

²⁶ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. Yale: The Yale Law journal; v. 115, 2006. p. 1387-1389.

²⁷ MENDONÇA, Eduardo, in SARMENTO, Daniel (org.), *Jurisdição Constitucional e Política*. São Paulo: Forense, 2015. p. 134

²⁸ MENDONÇA, Eduardo, in SARMENTO, Daniel (org.), *Jurisdição Constitucional e Política*. São Paulo: Forense, 2015. p. 136

O equilíbrio e o diálogo entre os poderes devem ser o ponto de partida e de chegada. Pensar o direito e a política é tarefa árdua, seja na óptica do jurista, seja na lógica do político. A ponderação de valores constitucionais se mostra efetivamente complexa, sofisticada. E é nessa zona de tensão entre Poderes que deve se primar pela disciplina interinstitucional, para se evitar usurpações de competências. Afinal, não é porque eventualmente uma lei não parece boa, que ela é inconstitucional; não é porque uma lei é omissa, que a omissão legislativa não é deliberada.

A hipótese das cotas de gênero para financiamento de campanhas não se apresenta como exemplo de usurpação de competência. As decisões do STF e do TSE fizeram tão somente valer regra eleitoral já previamente definida pelos legisladores (art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997). Afinal, nos últimos pleitos eleitorais, conforme constatado, o patamar mínimo legal de 30% para o registro de candidatas no partido ou coligação não se revelou suficiente para a efetiva participação da mulher na política.

Desse modo, faz-se necessário, na atualidade, dar eficácia à democracia intrapartidária, propiciando às candidatas meios e recursos adequados e razoáveis para o devido custeio de suas campanhas eleitorais, de modo a intensificar, assim, a representatividade da mulher no ambiente político, em especial, no Congresso Nacional.

Nessa linha argumentativa, Augusto Aras²⁹ entende que, para superar as distorções por vezes observadas nos sistemas eleitorais, deve-se buscar que:

(...) a representação política expresse cada vez mais uma identidade efetiva com a sociedade e que reflita as verdadeiras ideias e aspirações sociais, mantendo a unidade (soberania popular) para o fortalecimento da democracia representativa.

Portanto, as conclusões a que chegaram ambas as Cortes foram pautadas em total conformidade com a Constituição e com a legislação aplicável ao tema, observados critérios de justa proporcionalidade na distribuição de recursos do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanhas, promovendo efetividade à necessária ação afirmativa de resolução de uma dívida antiga da sociedade brasileira. Compromisso esse não com a minoria, mas com maioria do povo brasileiro, dado que as mulheres, como já asseverado, representam mais de 52% do eleitorado.

4 Referências

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. O mito da separação dos poderes e a necessidade real da legislação delegada. *Revista Jurídica FURB*. V. 20, n. 42, p.85-112, maio/ago. 2016.

ARAÚJO, Clara. A intercessão entre gênero e partidos políticos no acesso das mulheres às instâncias de representação. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/assuntos/poder-e-participacao-politica/referencias/politica-e-genero/a_intercessao_entre_genero_.pdf>. Acesso em: 18fev2019.

²⁹ ARAS, Augusto. *Fidelidade Partidária: efetividade e aplicabilidade* / Augusto Aras.- 1ed. – Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016. p. 120

ARAÚJO, Clara. Partidos políticos e gênero: mediações nas rotas de ingresso das mulheres na representação política. In: Revista de Sociologia e Política, n. 24, Junho 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n24/a13n24.pdf>>. Acesso em: 18fev2019

ARCHENTI, Nélide; TULA, María Inés. Las Mujeres al Poder? Cuotas y Paridad de Género en América Latina. Trabalho apresentado no Seminário de Investigation nº 9, Instituto de Iberoamérica – Universidade de Salamanca, 2013.

AVILA, Humberto B. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n. 17, jan./fev.mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 10jun2018.

BARROSO, Luís Roberto. O novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

DAHL, Robert. A democracia e seus críticos / Robert A. Dahl ; tradução Patrícia de Freitas Ribeiro ; revisão da tradução Aníbal Mari. - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

DALLAGNOL, Maritânia. Cotas de gênero e a participação feminina na política / Maritânia Dallagnol. -- In: ADV advocacia dinâmica : informativo semanal, n. 34, p. 557, 24 ago. 2012.

INTER-PARLIAMENTARY UNION. Woman in Politics: 2017. Estudo disponível em: <https://www.ipu.org/resources/publications/infographics/2017-03/women-in-politics-2017?utm_source=Inter-Parliamentary+Union+%28IPU%29&utm_campaign=550dedbec7-EMAIL_CAMPAIGN_2017_02_23&utm_medium=email&utm_term=0_d1ccee59b3-550dedbec7-258891957>. Acesso em: 10jun2018

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución. 2a. ed. 4a. reimp. Barcelona: Ariel, 1986.

MADEIRA, Vinicius de Carvalho. República, democracia e reeleições : o princípio da renovação / Vinicius de Carvalho Madeira. - Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2013.

MENDONÇA, Eduardo, in SARMENTO, Daniel (org.), Jurisdição Constitucional e Política. São Paulo: Forense, 2015.

MORAIS, Carlos Blanco de. Curso de direito constitucional - Tomo I: a lei e os actos normativos no ordenamento jurídico português. Centro de investigação da Faculdade de Direito de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MUÑOZ, Óscar Sánchez. La igualdad de oportunidades en la competición electoral / Óscar Sánchez Muñoz. -- In: Direito eleitoral : debates ibero-americanos : memórias do V Congresso Ibero-americano de Direito Eleitoral e do IV Congresso de Ciência Política e Direito Eleitoral do Piauí. Curitiba : Íthala, 2014.

NUNES, Geórgia Ferreira Martins. Candidatas de fachada : a violência política decorrente da fraude eleitoral e do abuso de poder e as respostas jurídicas para efetivação dos grupos minoritariamente representados / Georgia Ferreira Martins Nunes, Lorena de Araújo Costa Soares. In: Tratado de direito eleitoral. Belo Horizonte : Fórum, 2018, v. 1, p. 543-570.

RAMOS, Elival da Silva. Mandado de Injunção e Separação dos Poderes. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (organizadores). Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013.

RANGEL, Patrícia. As eleições de 2014 e a manutenção da sub-representação das mulheres em espaços institucionais de decisão política / Patrícia Rangel. -- In: Política democrática : revista de política e cultura, v. 14, n. 40, p. 48-57, dez. 2014. Disponível em: <<http://www.politicademocratica.com.br/wp-content/uploads/2015/06/pd40.pdf>>. Acesso em: 19fev2019

SALGADO, Eneida Desiree; MONTE-ALTO, Eric Vinícius Lopes Costa; GUIMARÃES, Guilherme Athaides. Cotas de Gênero na Política: Entre a História, as Urnas e o Parlamento. In: Revista Gênero & Direito. v. 4, n. 3, 2015. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/ged/article/view/25973>>. Acesso em: 19fev2019

SAPI, Cláudia Izidoro. A reserva de vagas no Legislativo para mulheres : ação afirmativa para a plenitude democrática / Cláudia Izidoro Sapi. -- In: Estudos eleitorais, v. 13, n. 1, p. 57-76, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/estudos_eleitorais/estudos_eleitorais_v13-n1.pdf>. Acesso em: 19fev2019

SARTORI, Giovanni. ¿Qué es la democracia? / Giovanni Sartori ; traducción de Miguel Ángel González Rodríguez, Maria Cristina Pastellini Laparelli Salomon y Miguel Ángel Ruiz de Azúa. -- Nueva ed., rev. y ampl. --Madrid : Taurus, 2007.

SILVA, Ana Cristina Monteiro de Andrade Silva. O Poder Judiciário como efetivador dos direitos fundamentais. Revista CEJ, ano XI, nº. 37, abril/junho, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5617. Relator Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2018.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL – TSE. Consulta n. 0600252-18.2018.6.00.0000. Relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2018.

TULA, María Inés. Reformas político-electorales y género em América Latina. Perspectivas de Consolidación y Desafíos Pendientes. Reformas Políticas em América Latina. Disponível em: <<https://reformaspoliticas.org/reformas/genero-y-politica/maria-ines-tula/>>. Acesso em: 5jun2018.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro / Sérgio Antônio Ferreira Victor – São Paulo : Saraiva, 2015.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. Yale: The Yale Law journal; v. 115, 2006.

A COMPETÊNCIA CRIMINAL DA JUSTIÇA ELEITORAL: PONDERAÇÕES SOBRE A CONEXÃO COM CRIMES COMUNS

Vitor Gambassi Pereira

Pós-graduado em Direito Processual Civil. Bacharel em Direito. Juiz Assessor da Presidência e Juiz Ouvidor do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. Juiz de Direito.

RESUMO

O presente artigo objetiva averiguar, de forma crítica, como a legislação brasileira estabeleceu a competência criminal da Justiça Eleitoral, especificamente no que toca ao conflito com a Justiça Comum, dada a competência daquela Justiça Especializada para processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns conexos a eles. A análise partirá da legislação vigente, bem como dos posicionamentos jurisprudenciais atualizados. Procurar-se-á demonstrar que a competência da Justiça Eleitoral já vem prevista na própria Constituição Federal, ainda que de forma indireta, de modo a não haver conflito com a competência da Justiça Comum, esta atuando subsidiariamente.

ABSTRACT

The present article intends to critically examining how Brazilian law established the criminal jurisdiction of the Electoral Justice, specifically in relation to the conflict with the Common Justice, given the jurisdiction of that Specialized Justice to process and adjudicate electoral crimes and the common crimes related to them. The analysis will be based on the current legislation and on the up-to-date jurisprudential positions. It will be tried to demonstrate that the jurisdiction of the Electoral Justice is already foreseen in the Federal Constitution, although indirectly, so there is no conflict with the jurisdiction of the Common Justice, with this one acting subsidiarily.

PALAVRAS-CHAVE

Direito eleitoral – Justiça Eleitoral – competência criminal – crimes conexos – crimes eleitorais – conexão

A COMPETÊNCIA CRIMINAL DA JUSTIÇA ELEITORAL: PONDERAÇÕES SOBRE A CONEXÃO COM CRIMES COMUNS

A presente exposição pretende abordar, de forma sucinta e objetiva, porém não por isso pouco científica, as questões envolvendo a competência criminal da Justiça Eleitoral em relação aos crimes conexos aos crimes eleitorais. Questiona-se se haveria necessidade de desmembramento dos processos em que se apurassem infrações penais eleitorais e comuns, remetendo-se as comuns à Justiça competente, ou se, aplicando-se o art. 35, II, do Código Eleitoral, seriam ambas processadas e julgadas perante a Justiça Eleitoral, dada a incidência da conexão aos casos.

A discussão se mostra relevante, pois, além do recente julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Agravo no Inquérito n. 4.435, haverá significativo impacto em diversas demandas criminais eleitorais que tramitam abarcando justamente crimes comuns conexos com crimes eleitorais, caso conclua-se pela existência ou inexistência de conexão.

Não bastasse, a discussão impacta diretamente na competência da Justiça Eleitoral, que desde a edição do Código Eleitoral é a responsável pelo julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns àqueles conexos.

Por isso, serão analisados os argumentos constitucionais e infraconstitucionais aplicados à hipótese de que a Justiça Eleitoral é a competente para o julgamento dos crimes eleitorais e comuns conexos, averiguando a sua aplicabilidade, ou não, bem como eventual superação dado o cenário público atual, em especial levando em conta as midiáticas operações policiais e as grandes empreitadas judiciais contra crimes patrimoniais de alta complexidade – em especial os crimes financeiros e contra a Administração Pública.

Anote-se que a análise versará, exclusivamente, a respeito das Justiças de primeira instância, Eleitoral, Federal e Estadual, haja vista que as competências dos Tribunais (tanto Superiores, quanto Regionais Federais, Eleitorais e de Justiça) vêm expressas na Constituição Federal e tratam de hipóteses específicas e nitidamente delineadas no texto constitucional.

1. PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS

Inicialmente, como primeiro parâmetro metodológico, cumpre desvincular a ideia de que a jurisdição processual penal é mero poder-dever de realização da justiça estatal pelos órgãos especializados do Estado (TUCCI, 1998)¹. Na realidade, na esteira do quanto leciona Aury Lopes Junior, jurisdição é um direito fundamental e, portanto, daí decorre a garantia da jurisdição; “ela passa a exigir uma nova estrutura de pensamento, como instrumento a serviço da tutela do indivíduo”. “Não se nega o caráter de poder-dever, mas, acima de tudo, é um direito fundamental do cidadão. (...) Como consequência, a própria conceituação de competência também é afetada. A competência, ao mesmo tempo em que limita o poder, cria condições de eficácia para a garantia da jurisdição (juiz natural e imparcial)” (2016, pp. 257-258).

De fato, a mais importante função da definição de jurisdição e competência, no processo penal, é garantir que o poder punitivo estatal não exceda ao mínimo necessário para aplicação e acompanhamento da pena ao delito cometido. “Ao final de tudo, está a garantia de ter um juiz natural, imparcial e cuja competência está claramente definida por lei anterior ao fato criminoso” (LOPES JUNIOR, 2016, p. 259).

Conforme art. 109, da Constituição Federal:

¹ O autor também afirma a inviabilidade de uma Teoria Geral do Processo, haja vista as nítidas distinções entre o processo civil e o processo penal, notadamente a ausência de lide.

“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;

VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

VII - os *habeas corpus*, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;

IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”.

A leitura do dispositivo constitucional permite inferir que a regra geral é a competência da Justiça Federal para julgar crimes em que a União, via órgãos da administração direta ou alguma de suas entidades da administração indireta, apresente-se como vítima – violação de seus interesses, patrimoniais ou não. O texto legal, porém, expressamente ressalva a competência tanto da Justiça Militar quanto da Justiça Eleitoral. A competência tratada no art. 109, I, da Constituição Federal, portanto, é da Justiça Comum Federal.

As demais hipóteses de competência da Justiça Comum Federal não se aplicariam ao caso, pois, além de não possuírem a ressalva da competência da Justiça Eleitoral, levando à conclusão de que eventual conexão se resolveria na concentração do processo e julgamento na própria Justiça Comum Federal, tratam de casos por demais específicos e cuja ocorrência não se vislumbra ser possível em conexão a crimes eleitorais.

Frise-se que a concorrência entre a competência da Justiça Federal e da Justiça Eleitoral vem expressamente prevista na Constituição Federal. Dessa forma, são nos casos em que o crime tem por vítima bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas que se poderia vislumbrar concorrência entre ambas as Justiças, Federal e Eleitoral.

Isso ocorre justamente por ser a Justiça Eleitoral uma Justiça especializada (BADARÓ, 2018, p. 273), com “a missão de velar pelo princípio democrático, na medida em que se constitui como órgão imparcial destinado a garantir a lisura dos mecanismos de renovação periódica do consenso” (ALVIM, 2016, p. 67).

Quanto à competência da Justiça Eleitoral, criminal ou não criminal, a Constituição Federal apenas dispôs que “Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais” (artigo 121, *caput*). A Lei n. 4.737/65, que instituiu o Código Eleitoral, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 como Lei Complementar – tão somente nos aspectos ligados à organização judiciária e competência eleitoral, como determina o texto

constitucional (ALVIM, 2016, p. 74) –, portanto apta a dispor sobre a competência dos juízes eleitorais, nos seguintes termos:

“Art. 35. Compete aos juízes [eleitorais]:

II - processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhes forem conexos, ressalvada a competência originária do Tribunal Superior e dos Tribunais Regionais.

Art. 364. No processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns que lhes forem conexos, assim como nos recursos e na execução, que lhes digam respeito, aplicar-se-á, como lei subsidiária ou supletiva, o Código de Processo Penal”.

Como se observa, a Justiça Eleitoral é competente para processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns conexos a eles.

Esses os parâmetros constitucionais que determinam a competência específica das Justiças Federal e Eleitoral, muito embora, como se viu, a própria Constituição Federal faça remissão à Lei Complementar como instrumento adequado para a delimitação da competência da Justiça Federal.

2. PRORROGAÇÃO DE COMPETÊNCIA NA JUSTIÇA ELEITORAL

A prorrogação de competência nada mais é do que “a modificação da esfera concreta de competência de um juiz” (BADARÓ, 2018, p. 260). Ocorre a partir da ampliação da esfera de competência de um juízo que, inicialmente incompetente para processamento e julgamento do feito criminal, torna-se competente, em detrimento de outro juízo que, a princípio o competente para tanto, deixa de sê-lo.

No processo penal, a prorrogação de competência ocorre nos casos de conexão (art. 76, do CPP) e continência (art. 77, do CPP). Além das finalidades de evitar decisões conflitantes e propiciar a economia processual, Gustavo Henrique Badaró acrescenta outra, a de possibilitar uma reconstrução unitária dos fatos, permitindo “ao julgador uma visão completa do fato criminoso”; afinal, “sem a completa análise da prova, a defesa será prejudicada”. “Assim, além de regramento de competência, a conexão e a continência têm, também, finalidade epistemológica, de ‘completude do acerto da verdade’” (BADARÓ, 2018, pp. 262-263).

As hipóteses de prorrogação da competência somente têm aplicação nos casos de competência relativa, conforme disposto no art. 54, do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo penal eleitoral (art. 364, do Código Eleitoral, c.c. art. 3º, do CPP): “A competência relativa poderá modificar-se pela conexão ou pela continência, observado o disposto nesta Seção”.

“Não se admite, pois, que a conexão e a continência, regras de alteração da competência previstas na legislação ordinária, possam produzir a alteração de regras de competência absoluta, que têm origem em norma constitucional, com a finalidade precípua de proteção do interesse público na correta e adequada distribuição de Justiça. Como é o interesse público que determina a criação dessa regra de competência, essa espécie de competência é indisponível às partes e se impõe com força cogente ao juiz. Logo, não admite modificações, cuidando-se de uma competência improrrogável, imodificável” (LIMA, 2019, p. 585).

Enquanto no processo civil conexão e continência têm relação entre lides, no processo penal os fenômenos ocorrem no tocante às infrações penais. “Quando mais de um fato configura mais de um crime (art. 76, CPP), estaremos diante da conexão; ao reverso, se com um só fato vários forem os crimes, o liame entre eles, para fins de processo e julgamento, será a continência” (DEMERCIAN E MALULY, 2012, p. 268).

A análise a ser feita nesse momento é a respeito dos critérios a serem observados para a definição do foro prevalente, pois é nisso que haverá diferenciação entre as demandas encaminhadas à Justiça Federal e à Justiça Eleitoral, além de ser o ponto em que se encontram divergências na doutrina, bem como na jurisprudência.

No tocante à hipótese específica entre Justiça Comum e Justiça Especializada, dispõe o art. 78, IV, do CPP:

“Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras:

IV - no concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta”.

Além disso, os próprios art. 35, II, e 364, do Código Eleitoral, já determinavam que aos juízes eleitorais compete processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhes forem conexos. A própria Constituição Federal, ao determinar a competência da Justiça Federal, faz ressalva expressa aos casos de competência da Justiça Eleitoral (bem como da Justiça Militar).

Parece nítido, portanto, que a *vis attractiva* será sempre do ramo do Poder Judiciário especializado, no caso a jurisdição eleitoral, em detrimento daquele Comum, seja Federal, seja Estadual. Porém, tal conclusão não é pacífica na doutrina.

Gustavo Henrique Badaró (2018, p. 273), por exemplo, indica:

“Todavia, diante da CR de 1988, o dispositivo será de aplicação mais restrita do que à primeira vista possa parecer. Isso porque, como já visto, não pode haver reunião de processos, por conexão ou continência, no caso em que concorram Justiças com competências constitucionalmente definidas. Assim sendo, o art. 78, IV, do CPP, somente tem aplicação no caso de concurso entre um crime de competência da Justiça Comum dos Estados e outro da Justiça Eleitoral, uma vez que as regras constitucionais não definem, expressamente, as competências de tais Justiças, relegando tal tarefa à legislação infraconstitucional”.

Para solucionar a questão a respeito da Justiça competente, conclui:

“Assim, se a Constituição prevê, como no caso do art. 109, um rol de competências taxativas, e não estabelece que a tal Justiça compete julgar aqueles crimes e os que lhe sejam conexos, a solução será a disjunção do processo, permanecendo sob competência de tal Justiça [Federal] apenas e exclusivamente sua competência constitucional. Admitir a conexão, com a transferência para a Justiça Federal de um crime não previsto no art. 109 CR seria ampliar sua competência com base em lei infraconstitucional” (BADARÓ, 2018, p. 274).

No mesmo sentido leciona Renato Brasileiro de Lima, para quem, “na medida em que a competência da Justiça Federal vem preestabelecida na própria Constituição Federal, não pode ser colocada em segundo plano por força da conexão e da continência, normas de alteração da competência previstas na lei processual penal. Afinal, é a lei processual que deve ser interpretada por meio da constituição e não o contrário” (LIMA, 2019, p. 431). Assim, “caso um crime eleitoral seja conexo a um crime comum de competência da Justiça Estadual, prevalece a competência da Justiça Eleitoral para julgar ambos os delitos”; porém, “essa força atrativa da Justiça Eleitoral limita-se aos crimes de competência da Justiça Comum Estadual”, não a exercendo sobre crimes de competência da Justiça Comum Federal (LIMA, 2019, pp. 590-591).

Por outro lado, Aury Lopes Junior (2016, p. 271) defende ser da Justiça Especial a competência para julgamento tanto dos crimes eleitorais quanto daqueles conexos, em detrimento também da Justiça Comum Federal, não somente da Estadual:

“A competência da Justiça Eleitoral está prevista no art. 121 da Constituição, cuja redação não é das melhores. Sua competência, diante da lacunosa previsão constitucional, acaba sendo dada pelo Código Eleitoral, que prevê ainda quais são os crimes eleitorais.

Assim, sempre que tivermos um crime eleitoral conexo com um crime comum, previsto no Código Penal, a competência para julgamento de ambos (reunião por força da conexão) será da Justiça Eleitoral (art. 78, IV)”.

No mesmo sentido, citando precedente do Superior Tribunal de Justiça, Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly (2012, pp. 275-276)².

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, nas oportunidades que teve para se manifestar a respeito do tema, concluiu pela aplicação integral dos art. 35, II, do Código Eleitoral, e 78, IV, do CPP, de modo a conferir à Justiça Eleitoral a competência para processar e julgar crimes conexos a crimes eleitorais, em detrimento da Justiça Comum. A título de exemplo, os seguintes precedentes: QO no Inq. 4428, Segunda Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 28.8.2018; Pet. 7319, Segunda Turma, rel. Min. Edson Fachin, rel. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, j. em 27.3.2018; Pet. 6820 AgR-ED, Segunda Turma, rel. Min. Edson Fachin, rel. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. em 6.2.2018; CC 7033, Tribunal Pleno, rel. Min. Sydney Sanches, j. em 2.10.1996.

O mais antigo dos precedentes citados, o CC n. 7033, tratou de conflito entre a 3ª Vara Criminal Federal de São Paulo e o juízo da 1ª Zona Eleitoral de São Paulo. Perante a Justiça Federal foi apresentada denúncia, capitulando os art. 288 e 299, c.c. 71, todos do Código Penal; na Justiça Eleitoral, com base no art. 22, da LC n. 64/90, foi apresentada representação eleitoral por abuso do poder econômico e uso indevido dos meios de comunicação. O relator, Ministro Sydney Sanches, reconheceu que, de fato, não estava caracterizado conflito de competência, haja vista que a decisão do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo “nenhuma interferência tem no processo criminal em curso perante a 3ª Vara Criminal da Justiça Federal de São Paulo”; “Na verdade, o que há é, de um lado, uma investigação judicial, em curso perante a 1ª instância da Justiça Eleitoral, para apuração de fatos que, em tese, podem conduzir à sanção de inelegibilidade prevista no art. 22, IV, da LC 64/90; e, de outro, um processo criminal, perante a 3ª Vara da Justiça Criminal, para eventual imposição de sanções penais”. Por isso, não conheceu do Conflito de Competência.

Porém, dado que houve pedido de concessão de *habeas corpus*, para trancamento da ação penal em curso perante a 3ª Vara Criminal Federal de São Paulo, motivo pelo qual prosseguiu-se na análise para “saber se, no caso, é mesmo incompetente a Justiça Federal para o processo e julgamento da denúncia oferecida contra o requerente e outros”. Concluiu que “as imputações contidas na denúncia devem ser apreciadas, exclusivamente, pela Justiça Eleitoral, competente, com sua jurisdição especial, para o processo e julgamento, não só de crimes eleitorais, mas, também, dos crimes comuns, que lhe forem conexos, em face do que conjugadamente dispõem os

² Dentre outros autores que sustentam a competência da Justiça Eleitoral para processar e julgar crimes eleitorais e conexos, dando, portanto, plena aplicação aos art. 35, II, e 364, do Código Eleitoral, e 78, IV, do CPP, citem-se: Joel Cândido, *Direito penal eleitoral e processo penal eleitoral*, Bauru, EDIPRO, 2006, p. 583; Vinicius Cordeiro, *O procedimento do processo penal eleitoral e suas peculiaridades*, in Luiz Fux, Luiz Fernando Casagrande Pereira, Walber de Moura Agra (coord.), Luiz Eduardo Peccinin (org.), *Direito penal e processo penal eleitoral*, Belo Horizonte, Fórum, 2008, p. 404; Rodrigo López Zilio, *Crimes eleitorais*, 3. ed., Salvador, Juspodivm, 2017, pp. 19-20; Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira, *Tratado de direito eleitoral, tomo III*, São Paulo, Premier Máxima, 2008, p. 367; Marcus Vinicius Furtado Côelho, *Direito eleitoral, direito processual eleitoral e direito penal eleitoral*, 4. ed., Belo Horizonte, Fórum, 2016, p. 479; Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, *Crimes eleitorais e processo penal eleitoral*, 2. ed., São Paulo, Atlas, 2015, pp. 167-169.

artigos 121 da Constituição Federal de 1988, 364 do Código Eleitoral, 76, 78, IV, e 79 do Código de Processo Penal”.

Na QO no Inq 4428, entendeu-se “que os fatos em questão se amoldam, em tese, ao tipo de falsidade ideológica eleitoral estabelecido no art. 350 do Código Eleitoral (CE), o que atrairia a competência da Justiça Eleitoral para tramitação do inquérito e processamento da respectiva ação penal relativos aos crimes eleitorais e conexos, nos termos do art. 35, II, do CE, e art. 78, IV, do CPP”, “sendo importante destacar que a Justiça Eleitoral trata de matéria especializada em relação aos crimes de competência da Justiça Federal ou Estadual”, determinando, portanto, a remessa dos autos à Justiça Eleitoral.

Nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental na Petição 6.820, o Ministro Ricardo Lewandowski, que proferiu voto vencedor, entendeu que, ocorrendo a prática, em tese, dos crimes tipificados nos art. 317, do Código Penal, e 350, do Código Eleitoral, conexos, é o caso de aplicação do art. 35, II, do Código Eleitoral, de modo “a atrair a competência da Justiça especializada, que constitui, a meu sentir, o foro competente para eventualmente processar e julgar os interessados por eventual prática de crime de falsidade ideológica eleitoral, bem assim “os comuns que lhes forem conexos”, nos estritos termos do art. 35, II, do Código Eleitoral, combinado com o art. 5º, LIII, da Constituição Federal, que salvaguarda o princípio do juiz natural”.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, nos precedentes relativos a Conflito de Competência, dentre os quais destaca-se o CC 107913, 3ª Seção, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 24.10.2012, entende que “a Justiça Federal, muito embora pertença à categoria da jurisdição comum, tem sua competência fixada expressamente na Constituição Federal, não podendo, por esse motivo, prevalecer as regras de conexão e continência, previstas no Código de Processo Penal e no Código Eleitoral acerca da reunião dos processos no foro especial”. Por isso, “por força da parte final do art. 109, inciso IV, da Carta Magna, havendo conexão entre infrações penais federais com crimes eleitorais, a solução será a separação dos processos, não havendo que se falar em força atrativa da jurisdição especial”.

Outros precedentes do Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha argumentativa, são o CC 19478, 3ª Seção, rel. Min. Fontes de Alencar, DJ 4.2.2002; CC 39357, 3ª Seção, rel. min. Laurita Vaz, j. em 9.6.2004.

Como se vê, doutrina e jurisprudência, sob perspectivas e argumentos diversos, não se conciliaram acerca da competência da Justiça Eleitoral para processamento e julgamento de crimes eleitorais e comuns conexos àqueles.

Além disso, Silvia Batini (2015) apresenta outros argumentos pelos quais a competência da Justiça Eleitoral deve se restringir, “na função jurisdicional, aos conflitos de natureza eleitoral em sentido estrito, excluindo-se a apreciação dos crimes eleitorais que deveriam ser remetidos à justiça comum federal”. Diz que “os crimes eleitorais são crimes comuns” e, “Não se configurando nenhuma modalidade especial de figura típica, não há por que se especializar a jurisdição”. Ademais, “o TSE não tem competência originária em matéria penal. Determinados agentes com prerrogativa de foro, quando processados por crimes eleitorais, o são no STJ e no STF”.

Argumenta, também, que “boa parte das figuras típicas do direito eleitoral deveriam ser descriminalizadas, restando apenas um núcleo restrito de ofensas realmente graves”, sendo “inegável que a competência não penal da justiça eleitoral é grande e complexa o suficiente, tudo a recomendar que as lides criminais sejam remetidas à justiça comum federal”. Por outro lado, informa ser “fácil perceber que a eficiência da prestação jurisdicional na matéria penal eleitoral tende a ser crítica”, já que

a Justiça Eleitoral “não está vocacionada e muito menos aparelhada a enfrentar o julgamento de crimes comuns”.

Finaliza indicando que a composição dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Tribunal Superior Eleitoral acarreta parcial inconstitucionalidade à competência criminal da Justiça Eleitoral, haja vista que “a jurisdição criminal, por incidir sobre o *status libertatis* e *status dignitatis* do cidadão, exige a plenitude das garantias e deveres da magistratura, ausentes, na essência, nos juízes/advogados”. Segundo entende:

“Os tribunais regionais e o TSE têm hoje competência recursal plena em matéria criminal eleitoral e nada impede que um juiz não togado (e que, inclusive, não está impedido de continuar advogando) emita juízos condenatórios ou absolutórios em ações penais, o que, a nosso ver, fere a Constituição.

Juízes/advogados não estão submetidos ao quadro axiológico de prerrogativas e deveres da magistratura. Estamos nos referindo a vetores que compõem o quadro de legitimidade da jurisdição, tais como a independência, a inamovibilidade e a imparcialidade. Não lhes socorre o artigo 121, § 1º da Constituição. A jurisdição criminal exige independência substancial e material, além de imparcialidade ostensiva e notória, atributos ausentes em juízes que exercem advocacia concomitantemente à judicatura”.

2.1. ANÁLISE CRÍTICA

Como se viu, diversos são os argumentos, contrários e favoráveis, à competência da Justiça Eleitoral para processar e julgar crimes eleitorais e os conexos a eles. Razão assiste aos argumentos favoráveis.

Isso porque a competência da Justiça Eleitoral, ao contrário do quanto asseverado por Renato Brasileiro de Lima e Gustavo Henrique Badaró, também está prevista constitucionalmente, não sendo o caso de competência meramente infraconstitucional. Como se vê da leitura dos art. 109, IV, e 121, *caput*, da Constituição Federal, a despeito de não existir rol taxativo, há expressa ressalva da competência eleitoral para julgamento de crimes que, não houvesse tipificação específica, seriam julgados pela Justiça Comum Federal.

Importante ressaltar que a tipificação específica é, justamente, o que confere a especialidade dos crimes eleitorais (CERQUEIRA, 2008, p. 367), ao contrário do quanto aventado por Silvana Batini. A despeito de não existir uma teoria geral do direito penal eleitoral, haja vista a aplicação das mesmas regras e dos mesmos princípios do direito penal a esse ramo mais específico³, o crime eleitoral não deixa de ser “uma especificação do crime em geral, com a particularidade de objetivar a proteção de bens e valores político-eleitorais caros à vida coletiva. (...) São bens necessários à configuração da legítima ocupação dos cargos político-eletivos e, portanto, do regular funcionamento do regime democrático” (GOMES, 2018, p. 3). Assim, “não há dúvida de que a regularidade e legitimidade das eleições, bem como dos atos preparatórios para tanto e a posterior apuração, oferecem bens jurídicos que assume *dignidade penal*, ou seja, um grau de lesão ou ameaça suficiente a um bem jurídico, suficiente para autorizar o emprego de sanções penais e não meramente administrativas” (GONÇALVES, 2015, p. 3).

Dada a existência de tipificação específica, elementar a interpretação de que o texto constitucional dispõe, também, a respeito da competência criminal da Justiça Eleitoral, qual seja, julgamento de crimes eleitorais. As regras de prorrogação da

³ Conforme disposto nos art. 287, do Código Eleitoral, e 12, do Código Penal.

competência, em especial da conexão, por óbvio somente poderiam ser prescritas em dispositivo infraconstitucional, uma vez que não é o texto constitucional o local adequado para apresentar, em minúcias, regras processuais que têm o condão de ampliar a competência de órgão jurisdicional. A partir daí, conclui-se que as hipóteses de modificação de competência não excluem a própria competência criminal delineada na Constituição Federal à Justiça Eleitoral – e, mais do que isso, não tem o condão de contradizer o texto constitucional em casos de conflito de competência.

Insiste-se que a competência da Justiça Eleitoral vem prevista na Constituição Federal, embora de forma a excepcionar a competência da Justiça Federal Comum; além disso, a própria Constituição relegou à lei complementar dispor sobre a competência da Justiça Eleitoral, porém de modo a que sua interpretação não se dê em afronta à Constituição em si e, em especial, à ressalva já mencionada no art. 109, IV.

A prorrogação da competência da Justiça Eleitoral para o julgamento dos crimes conexos aos crimes eleitorais, como já explicitado, é mera ampliação da esfera de competência do próprio juízo eleitoral que, inicialmente incompetente, torna-se competente, em detrimento do juízo comum, federal ou estadual. Observa-se, assim, que não se está modificando a competência da Justiça Federal, constitucionalmente estabelecida, mas, sim, ampliando a competência da Justiça Eleitoral. As situações são distintas e, por isso, merecem tratamento distinto, o que permite ao Código de Processo Penal e ao Código Eleitoral prever a prorrogação da competência eleitoral, sem que isso implique em inconstitucionalidade por afronta à competência federal.

É de rigor repisar que a competência da Justiça Eleitoral vem prevista na Constituição Federal, de forma a excepcionar aquela da Justiça Federal. Ou seja, o próprio texto constitucional, originalmente, estabeleceu que a competência da Justiça Federal cede diante da competência especial da Justiça Eleitoral, sendo que os casos em que isso ocorrerá vieram previstos na legislação complementar, como é o caso do Código Eleitoral. Por isso, afronta nenhuma existe à norma constitucional, haja vista que a exceção já é tratada por ela mesma.

Importante frisar que, conforme art. 121, da Constituição Federal, qualquer alteração na competência da Justiça Eleitoral virá por lei complementar, jamais lei ordinária.

Por outro lado, o fato de o Tribunal Superior Eleitoral não possuir atribuição criminal originária não é impeditivo algum a que a Justiça Eleitoral de primeira instância a possua, pois tal delimitação trata-se de mera opção do constituinte originário. Tratar a escolha do constituinte como fator condicionante da atuação criminal da Justiça Eleitoral de primeiro grau inviabilizaria sua atuação em qualquer esfera, já que a Constituição Federal não estabelece competência específica de qualquer um dos Tribunais Eleitorais, tanto do Superior quanto dos Regionais.

Já a criminalização das condutas eleitorais é matéria exclusivamente legislativa e elucubrar sobre a descriminalização de uma ou algumas delas somente tem terreno fértil nos debates sobre política criminal; atuar, aqui, *de lege ferenda*, não resolve a questão e sequer reforça qualquer argumento, haja vista que é vastíssimo o rol de condutas criminalizadas no Brasil – mais de 1.500 – e atuar em prol da descriminalização não alcança concretude efetiva.

Outrossim, a Justiça Eleitoral, organizada de forma a não somente preparar e efetivar os pleitos eleitorais, mas também regulamentar as eleições, julgar processos ligados a partidos políticos e às próprias eleições e responder a consultas em matéria eleitoral, tem desempenhado a contento todas as suas atribuições. Pressupor que a complexidade da Justiça Eleitoral iria impedi-la de atuar concreta e eficazmente nos

processos criminais, tanto relativos a crimes eleitorais quanto aos conexos, é não conhecer o trabalho realizado por esse órgão do Judiciário. Ao contrário, é fechar os olhos para o afanco com que magistrados, magistradas, servidores e servidoras desempenham suas funções. Não bastasse, inexistente qualquer dado estatístico de que “a eficiência da prestação jurisdicional na matéria penal eleitoral tende a ser crítica”.

Por fim, fica o registro de que todos os Tribunais brasileiros contam com a participação de magistrados oriundos da advocacia. O quinto constitucional é previsto para os Tribunais Regionais Federais, para os Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (art. 94, da Constituição Federal), para o Tribunal Superior do Trabalho (art. 111-A, I, da Constituição Federal) e para os Tribunais Regionais do Trabalho (art. 115, I, da Constituição Federal); um terço dos magistrados do Superior Tribunal de Justiça são oriundos, em partes iguais, da advocacia e do Ministério Público (art. 104, II, da Constituição Federal); três ministros do Superior Tribunal Militar são escolhidos na advocacia (art. 123, parágrafo único, I, da Constituição Federal). O Supremo Tribunal Federal, embora não possua regra constitucional específica, sempre teve, dentre seus membros, magistrados oriundos dos quadros da advocacia.

Soa lógico, portanto, que atacar a presença de juízes oriundos da advocacia nos Tribunais Regionais Federais é, também, atacar o quinto constitucional. Hoje, nota-se que todas as Cortes têm funcionamento impecável, processando e julgando as causas que nelas aportam com independência e imparcialidade, seja pelos membros de carreira, seja pelos membros oriundos da advocacia ou do Ministério Público. Tal não é diferente nas Cortes Eleitorais, as quais não noticiam qualquer problema concreto decorrente da participação de juízes-advogados nas sessões de julgamento.

Dessa forma, fica nítido que a participação, nas Cortes brasileiras, de juízes e juízas de diversas origens, ao contrário de prejudicar os julgamentos, facilita a oxigenação de ideias e abre para a participação popular também as portas judiciais, fortalecendo o caráter democrático do Poder Judiciário.

Não bastasse, em 14.3.2019, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo no Inquérito n. 4.435, sedimentou o entendimento de que compete à Justiça Eleitoral processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns conexos a eles.

3. CONCLUSÃO

Diante do quadro apresentado, é de se concluir que também a competência da Justiça Eleitoral tem caráter constitucional, embora se apresente *a contrario sensu*, ou seja, preservando a competência da Justiça Eleitoral em crimes que, a princípio, seriam processados e julgados pela Justiça Federal. Mais do que isso, a Constituição Federal relegou à lei complementar a necessidade de regulamentar as competências da Justiça Eleitoral.

Nesse contexto, tanto Código de Processo Penal quanto Código Eleitoral determinaram ser da Justiça Eleitoral a competência para processar e julgar processos criminais nos quais se perseguem crimes eleitorais conexos a crimes comuns; ou seja, a competência da Justiça Eleitoral prorroga-se aos crimes conexos aos crimes eleitorais. Nada há de inconstitucional nesse procedimento, pois não se nega a competência da Justiça Comum, Federal ou Estadual, mas, simplesmente, prorroga-se a competência da Justiça Eleitoral para os crimes conexos.

Outrossim, salta aos olhos a plena capacidade da Justiça Eleitoral para lidar com crimes complexos, em especial os financeiros e de colarinho branco, haja vista o histórico de sucesso tanto do processo eleitoral em si quanto do julgamento das

demandas decorrentes desse processo eleitoral, sejam as prestações de conta, sejam as ações eleitorais *lato sensu*, o que demonstra ter a Justiça Eleitoral mão de obra qualificada e sistemas tecnológicos suficientes para lidar com qualquer tipo de demanda, criminal ou não.

Nessa toada, a conclusão é pela constitucionalidade dos art. 35, II, e 364, do Código Eleitoral, e 78, IV, do Código de Processo Penal, sendo a Justiça Eleitoral a competente para processar e julgar os crimes eleitorais e os conexos a eles.

4. BIBLIOGRAFIA

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

BADARÓ, Gustavo Henrique, *Processo penal*, 6. ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018.

BATINI, Silvia, *Competência criminal da Justiça Eleitoral – é tempo de pensar em mudanças*, in *Revista Justiça Eleitoral em Debate*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 4, outubro a dezembro de 2015, pp. 25-28

CÂNDIDO, Joel, *Direito penal eleitora e processo penal eleitoral*, Bauru, EDIPRO, 2006.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua, *Tratado de direito eleitoral, tomo III*, São Paulo, Premier Máxima, 2008.

CÔELHO, Marcus Vinícius Furtado, *Direito eleitoral, direito processual eleitoral e direito penal eleitoral*, 4. ed., Belo Horizonte, Fórum, 2016.

CORDEIRO, Vinicius, *O procedimento do processo penal eleitoral e suas peculiaridades*, in Luiz Fux, Luiz Fernando Casagrande Pereira, Walber de Moura Agra (coord.), Luiz Eduardo Peccinin (org.), *Direito penal e processo penal eleitoral*, Belo Horizonte, Fórum, 2008.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf, *Curso de processo penal*, 8. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2012.

GOMES, José Jairo, *Crimes eleitorais e processo penal eleitoral*, 3. ed., São Paulo, Atlas, 2018.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos, *Crimes eleitorais e processo penal eleitoral*, 2. ed., São Paulo, Atlas, 2015

LOPES JUNIOR, Aury, *Direito processual penal*, 13. ed., São Paulo, Saraiva, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de, *Manual de processo penal*, 7. ed., Salvador, Juspodivm, 2019.

TUCCI, Rogério Lauria, *Jurisdição, ação e processo civil (subsídios para a teoria geral do processo civil)*, in *Revista de Processo*, out-dez de 1988, n. 52, pp. 7-40.

ZILIO, Rodrigo López, *Crimes eleitorais*, 3. ed., Salvador, Juspodivm, 2017.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS E OS DIREITOS POLÍTICOS UNIVERSAIS

BRIEF CONSIDERATIONS ABOUT THE UNITED NATIONS COMMITTEE ON HUMAN RIGHTS AND POLITICAL RIGHTS

Ane Elise Brandalise Gonçalves

Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia (2017). Graduada em Direito (2012) e em Relações Internacionais (2015). Atualmente é professora de Direito Internacional Público e Direito Eleitoral na Universidade do Contestado (UNC).

Sumário: Introdução. 1 Os Direitos Humanos e os Direitos Políticos. 2 O sistema global de proteção aos direitos humanos e o papel das Nações Unidas. 3 Os Comitês de Monitoramento das Nações Unidas e o Comitê de Direitos Humanos. Considerações Finais. Referências.

RESUMO

Considerando acontecimentos na atual conjuntura brasileira, o presente artigo visa apresentar, brevemente, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas (ONU) e seu papel protetivo e promocional dos direitos políticos. Para tanto, o trabalho apresenta um panorama geral dos direitos políticos como direitos humanos conferidos por um sistema global protetivo, assim como elucida o que se entende por esse sistema global de proteção. Assim sendo, são visualizados o Comitê de Direitos Humanos e, de forma simplificada, os demais comitês de monitoramento dos direitos humanos existentes. Com fulcro no método teórico, a pesquisa é fundada no tripé jurídico “normas (legislação), doutrina e jurisprudência”, com maior incidência na doutrina brasileira que cuida do Direito Internacional dos Direitos Humanos, ramo jurídico essencial para atuação nas outras áreas do saber, como o Direito Eleitoral.

Palavras-Chave: Direito Internacional dos Direitos Humanos; Direitos Políticos; Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos; Comitê de Direitos Humanos.

ABSTRACT

Faced with current events in Brazil, this article aims to present, briefly, the United Nations Human Rights Committee and its protective and promotional role of political rights. To do so, the paper presents an overview of political rights as human rights conferred by a Global System of Human Rights, as well as elucidating its meaning.

Thus, the Human Rights Committee is visualized and, in a simplified way, the other existing human rights monitoring committees. Focusing on the theoretical method, the research is founded on the legal tripod "norms (legislation), doctrine and jurisprudence", with greater incidence in the Brazilian doctrine that takes care of the International Human Rights Law, essential juridical branch for action in the other areas of knowledge, such as Election Law.

Keywords: International Human Rights; Political Rights; Global System of Human Rights; Human Rights Committee.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa apresentar, ainda que de maneira bastante breve, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas (ONU) e seu papel protetivo e promocional dos direitos políticos. Com efeito, durante o ano de 2018, quando então pendente as eleições presidenciais, muito se comentou a respeito de parecer proferido pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas em prol do direito humano ao sufrágio de Luiz Inácio Lula da Silva (Lula) e, assim, do direito de poder concorrer nas eleições de 2018. Foi o momento, então, de grande parte da população brasileira ter ouvido falar, talvez pela primeira vez, desse mecanismo protetivo internacional e de sua relação com os direitos humanos, papel demonstrativo esse que ficou, em sua maior parte, a cargo da mídia nacional.

Longe de analisar o caso específico de Lula, uma vez que não houve acesso direto à petição individual de Lula junto ao Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas (de caráter confidencial) e nem às suas fases subsequentes, aproveita-se a atual conjuntura para expor, em linhas gerais, acerca desse Comitê de Direitos Humanos existente nas Nações Unidas.

Ou seja: o presente trabalho visa apresentar o “pano de fundo”, para conhecimento geral e para fins de auxiliar na compreensão e construção dos direitos políticos no Brasil. Ora, conhecendo o papel e funcionamento dos vários comitês de monitoramento existentes em um sistema global voltado à proteção de uma variedade de direitos humanos, como os direitos políticos, é possível tecer melhores considerações acerca de eventos que marcaram as recentes eleições presidenciais de 2018, sendo estas as justificativas maiores da presente pesquisa.

Nesse mesmo sentido, inserido no ramo científico jurídico, o conhecimento acerca do sistema global de direitos humanos e do papel das Nações Unidas por meio dos comitês de monitoramento, estudado por excelência por parte do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é capaz de solidificar um diálogo cada vez mais crescente com o Direito Eleitoral Brasileiro, cujas bases assentam-se na democracia e nos direitos humanos.

Para tanto, não basta apresentar, de forma qualquer e de antemão, o Comitê de Direitos Humanos em si. É preciso, pois, compreender os direitos políticos como direitos humanos e, assim, conhecer de modo geral o sistema global protetivo. Após, perpassado tal conhecimento, aí sim calha ver as formas de proteção aos direitos humanos existentes no âmbito das Nações Unidas e o papel dos variados comitês de monitoramento, com enfoque, por certo, no estudo do Comitê de Direitos Humanos, que justamente fica encarregado de cuidar dos direitos humanos relativos aos direitos civis e direitos políticos inscritos no Pacto Civil das Nações Unidas.

Nessa toada, com método teórico, a pesquisa é fundada no tripé jurídico “normas (legislação), doutrina e jurisprudência”, com maior incidência na doutrina brasileira e estrangeira que cuida do Direito Internacional dos Direitos Humanos, ramo jurídico essencial para atuação nas outras áreas do saber, como o Direito Eleitoral.

1 OS DIREITOS HUMANOS E OS DIREITOS POLÍTICOS

Para compreensão dos comitês de monitoramento de direitos humanos, é preciso, em primeira mão, esclarecer a problemática existente no meio jurídico a respeito do que se entende por direitos humanos e sua relação com os direitos políticos.

De fato, é bastante difícil trazer um conceito específico para termos como “direitos humanos” e outros como “democracia”, considerados de simbologia positiva, ou seja, vistos como uma qualidade e elementos legitimadores universais, aptos a justificar qualquer conduta, por mais controversa que seja (TAVARES; BUCK, 2007, p. 176).

Desse modo, não há um conceito fixo, definido e fechado de Direitos Humanos, sendo que a noção de direitos humanos perpassa por processos de lutas e conquistas (FLORES, 2009, p. 169) ao longo da história da humanidade e fruto de intensas modificações no âmbito internacional e no seu relacionamento com os Estados (COMPARATO, 2008).

Ainda assim, alguns elementos são comuns a todo e qualquer direito humano, como seu destinatário principal, qual seja: todo e qualquer ser humano, independentemente de sua nacionalidade, religião ou crença, cor etc.

Além disso, todo ser humano é, por via de consequência, detentor do núcleo central de qualquer direito humano ou mesmo de qualquer direito fundamental: a dignidade da pessoa humana, cuja dimensão básica é universal (SARLET, 2001).

Contudo, tais premissas nem sempre foram enfocadas na sociedade. Em realidade, verifica-se que o reconhecimento dos Direitos Humanos, em primeiro lugar como o “direito a ter direitos” (ARENDT, 1999, p. 12), adveio em momento recente, com o Pós Segunda-Guerra Mundial, quando então ficou patente a necessidade de os Estados protegerem tais direitos.

É aqui que novas figuras na sociedade internacional passam a surgir, contestando a ideia de soberania absoluta, como nos moldes colocados na Paz de Vestefália, responsável pelo surgimento do que se conhece hoje como Estado Moderno (MELLO, 2004, p. 26).

Inclusive, há alguns autores que exortam, hodiernamente, que sequer se pode falar em soberania na atualidade (FERRAJOLI, 2002), em que pese não seja o entendimento predominante, uma vez que ainda no âmbito internacional é de suma importância a interação entre os Estados, considerados os sujeitos clássicos e plenos de Direito Internacional Público (ACCIOLY *et alii*, 2012, p. 73).

Assim, o Direito Internacional passou por uma transformação, em termos de reconhecimento de direitos humanos, que desaguou para outras questões relevantes, como a construção da democracia em sociedade, manutenção da paz e outros vários temas (BOBBIO, 2004, p. 21).

Dentre essas novas figuras e transformações, está a criação da Organização das Nações Unidas e todo seu aparato normativo específico voltado para proteção dos direitos humanos a nível global (denominado, ainda, de universal), do reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos inerentes à sua própria condição humana (e, em contrapartida, de deveres) etc.

Levando-se em consideração o surgimento desses aparatos normativos, percebe-se que os direitos humanos foram classificados de variadas formas, sendo uma das mais conhecidas a ideia de gerações de direitos (teoria geracional dos direitos humanos), classificadas por Karel Vasak (RAMOS, 2018, p. 42). Assim, os direitos humanos estariam classificados em direitos de primeira geração, de segunda geração ou, ainda, de terceira geração.

Os direitos de primeira geração seriam concernentes aos direitos civis e políticos. É aqui, pois, que podemos citar direitos como o de sufrágio, além de outros. Ao seu turno, os direitos de segunda geração seriam direitos sociais, econômicos e culturais, como o direito à educação e ao trabalho, por exemplo. Por fim, os direitos de terceira geração seriam direitos atinentes aos ideais de fraternidade, como o direito ao desenvolvimento.

Não obstante, a ideia geracional de direitos humanos é alvo de críticas pela doutrina, ao que há preferência pela denominação de “dimensão” ao invés de geração, para fins de evitar a

falsa premissa de que há hierarquias entre direitos humanos ou equívocos temporais (TRINDADE, 2006, p. 25).

De toda forma, verifica-se que os direitos políticos são exemplos clássicos de direitos humanos, contando com direitos como o de participação na vida política, direito de acesso à vida política em condições de igualdade etc.

Nessa perspectiva, o direito de votar e de ser votado (como seria a situação apresentada pela mídia acerca de Lula, para fins de concorrer às eleições presidenciais de 2018 – vide item 3 desse trabalho), seria um direito humano garantido universalmente.

Juridicamente, os direitos políticos são encontrados sobretudo no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, conhecido também por Pacto Civil da ONU, sendo adotado em 1966, em conjunto com outro Pacto, dessa vez versando sobre direitos de segunda e terceira gerações/dimensões: o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), denominado como Pacto Social.

Em relação ao Brasil, cumpre notar que o país deu abertura aos direitos humanos sobretudo na fase de redemocratização, compreendida a partir de 1985 e consolidada com o advento da Constituição de 1988 (PIOVESAN, 2011). Foi o momento para o país passar a incorporar uma diversidade de tratados de direitos humanos, assumindo o compromisso de proteger tais direitos.

Outrossim, é nesse momento que o Brasil começa, de maneira mais pujante, a verificar e seguir outras fontes de direitos humanos de caráter não cogente, como recomendações e outras decisões proferidas pelos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Com efeito, dentre os instrumentos de proteção dos direitos humanos cujo Brasil é signatário, insta menção: (GOMES; PIOVESAN, 2000, p. 5-6):

[...]. Impulsionado pela Constituição de 1988 – que consagra os princípios da prevalência dos direitos humanos e da dignidade humana – o Brasil passa a se inserir no cenário de proteção internacional dos direitos humanos. Assim, a partir da Carta de 1988 foram ratificados pelo Brasil: a) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; b) a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; c) a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; d) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; e) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; f) a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; g) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995; h) o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996 e i) o Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996.

Na mesma toada, da leitura da Constituição Brasileira de 1988, o princípio da prevalência dos direitos humanos encontra-se positivado para reger as relações internacionais envolvendo o Brasil, assim como há expressamente previsão de que a dignidade da pessoa humana constitui fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro, conforme artigo 1º, III, e artigo 4º, II.

Mais especificamente, no que concerne aos direitos inscritos na própria Constituição Brasileira de 1988, os direitos políticos, além da sua disposição nos documentos internacionais, podem ser localizados nos artigos 14 a 16, além do artigo 17, que dispõe sobre os Partidos Políticos (BRASIL, 1988).

Sendo assim, frente a todo um aparato que visa proteger os direitos humanos (e que visa até mesmo conter – na medida do possível – a perversão humana, seja ela política, econômica ou pessoal, que ocasiona tantas violações de direitos humanos), a vítima de uma violação de direitos humanos pode optar por qual sistema lhe aprouver mais, lembrando que há três perspectivas de proteção desses direitos: a global, representada pela ONU, a regional, e a local.

Dessa maneira, cumpre conhecer o sistema global de proteção aos direitos humanos, foco principal deste artigo e base para o funcionamento dos comitês de monitoramento dos direitos humanos.

2 O SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E O PAPEL DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU)

É clássica a frase de Norberto BOBBIO quando afirma que, em matéria de direitos humanos, “não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, (...), mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados” (2004, p. 13).

Desse modo, na esfera internacional existem mecanismos de proteção voltados justamente para proteção, promoção e garantia dos direitos humanos, que se consubstanciam por meio dos chamados sistemas protetivos, ou, ainda, sistemas de proteção dos direitos humanos.

De acordo com seu âmbito de atuação, tais sistemas podem ser de âmbito global ou, ainda, de âmbito regional. Quanto a estes, há três sistemas regionais protetivos principais, a saber: o europeu, o interamericano e o africano (PIOVESAN, 2011, p. 34).

O sistema global de proteção aos direitos humanos, também conhecido como sistema universal, representa todo regime jurídico normativo de direitos humanos de alcance global, apto a abarcar não apenas uma região, como nos sistemas regionais protetivos, mas todo globo terrestre.

Tal sistema é materializado, sobretudo, por meio das organizações internacionais, da qual o exemplo maior é a Organização das Nações Unidas (ONU), organização intergovernamental que conta atualmente com 193 estados-membros, além de sujeitos observadores (como a Palestina e a Santa Sé) e se comunicam em seis idiomas oficiais, a saber: inglês, francês, espanhol, árabe, chinês e russo (<https://nacoesunidas.org/conheca/>).

Considerada recente na história da sociedade mundial e do surgimento do Estado Moderno (advindo em 1648, com a Paz de Vestefália – MELLO, 2004, p. 26), a ONU surgiu em 1945, constituída por meio da Carta das Nações Unidas e derivada do combate aos horrores que a Segunda Guerra ocasionou não apenas aos países conflitantes, mas também ao mundo como um todo.

De importância notória, hodiernamente a ONU possui instrumentos normativos tanto de alcance geral quanto de alcance específico em prol de assuntos relacionados a direitos humanos. Contudo, vale o alerta de que a ONU não se constitui a única organização internacional voltada à proteção dos direitos humanos em âmbito global, muito pelo contrário. No âmbito global, em realidade, há um sistema voltado a temas centrais, como segurança, paz e direitos humanos, que se vale, além da ONU, de outros organismos internacionais (que não se confundem, também, com os órgãos da ONU, por serem organizações próprias, autônomas), voltados especificamente para tratamento de assuntos específicos, a exemplo da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que cuida da temática atinente ao trabalho, da Organização das Nações Unidas para

Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), da Organização Mundial da Saúde (OMS), entre diversas outras.

O foco desse trabalho, por certo, é o estudo da ONU e, mais especificamente, seu órgão de monitoramento, denominado de comitê, dos direitos políticos inscritos em tratados internacionais universais.

Ainda assim, vale a oportunidade para apresentar os outros órgãos da ONU que acabam por cuidar também da monitoração dos direitos humanos. Desse modo, os principais órgãos da ONU podem ser conferidos da leitura do artigo 7º do seu tratado constitutivo (a Carta de São Francisco):

Artigo 7. 1. Ficam estabelecidos como órgãos principais das Nações Unidas: uma **Assembleia Geral**, um **Conselho de Segurança**, um **Conselho Econômico e Social**, um **conselho de Tutela**, uma **Corte Internacional de Justiça** e um **Secretariado**.
2. Serão estabelecidos, de acordo com a presente Carta, os órgãos subsidiários considerados de necessidade.

Não cumpre verificar cada um desses órgãos principais, dotados de características próprias, mas apenas ressaltar aqueles relevantes ao estudo do tema proposto (direitos políticos e comitê de direitos humanos). Desse modo, desses órgãos, talvez o mais conhecido em termos de monitoramento de direitos humanos seja o Conselho Econômico e Social da ONU, chamado em sua forma simplificada de ECOSOC (<https://www.un.org/ecosoc/>) e voltado para fins de implementação de melhorias de condições de vida e consequente redução das desigualdades econômicas e sociais.

Isso porque foi no seio desse órgão que se originaram variados tratados internacionais de direitos humanos, a exemplo maior do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos e do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ora, para conseguir alcançar sua finalidade principal, foi necessário garantir, pelo menos em convenções e outras fontes internacionais, direitos humanos básicos para se viver em uma sociedade democrática, ora compreendida pelo mundo como a via possível a propiciar crescimento econômico em larga escala e escutar a todos, sem distinção, por mais que sua realização seja dificultosa e que a democracia pareça ser um ideal inatingível e com visões imperfeitas, mas no caminho (DAHL, 1997).

Nessa toada, a democracia eleitoral, componente da ideia de democracia (DAHL, 1997, p. 45), encontra-se positivada por meio de direitos políticos encontrados sobretudo por força das disposições do Pacto Civil, que foram pensados e nasceram no âmbito do ECOSOC.

Foi também no ECOSOC que se elaborou a conhecida Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948 (data, inclusive, que marca o dia internacional dos direitos humanos). Nesse sentido, apesar da Declaração Universal não ser, tecnicamente, considerada um tratado internacional, é relevante fonte de direitos humanos¹.

Ademais, no ECOSOC funciona o atual Conselho de Direitos Humanos (criado em 2006, por força da Resolução nº 60/251 da Assembleia Geral), órgão responsável pelo monitoramento de direitos humanos por meio da Revisão Periódica Universal (RPU), consistente na avaliação entre estados quanto a situação de direitos humanos, gerando um conjunto de recomendações (ONU, 2016).

¹ Para saber mais da problemática atinente ao status da Declaração Universal dos Direitos Humanos e sua problemática com o Direito dos Tratados e fontes de Direito Internacional dos Direitos Humanos, vide: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Feita a cada quatro anos e meio, todos os Estados que fazem parte da ONU se submetem a tal revisão, considerado um mecanismo importante para promover cooperação entre os Estados, via compartilhamento das práticas em prol dos direitos humanos e possibilitar ajuda aos Estados na implementação dos direitos humanos (ONU, 2016).

Vale frisar que a sociedade civil e organizações não-governamentais podem participar da Revisão Periódica Universal (RPU), o que demonstra a importância de atuação desses atores na sociedade internacional (apesar de não poderem ser considerados, pela doutrina clássica, como sujeitos de Direito Internacional Público) e na construção dos direitos humanos.

Além do mecanismo da Revisão Periódica Universal (RPU), outras formas de proteção e promoção dos direitos humanos podem ser visualizadas no âmbito da ONU. Mais especificamente, vale o enfoque para os comitês incumbidos de monitorar os direitos humanos inscritos nos tratados internacionais do âmbito global.

3 OS COMITÊS DE MONITORAMENTO DAS NAÇÕES UNIDAS E O COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS

Para fins de efetivação da proteção dos direitos humanos, dos quais se incluem os direitos políticos, as Nações Unidas possuem variados mecanismos de cuidados e observação de tais direitos, o que é ilustrado, sobretudo, por meio dos seus variados Comitês de Monitoramento.

Nessa toada, cumpre frisar as características de tais comitês e, principalmente, o acesso do indivíduo, pessoa humana, a tais mecanismos protetivos e promocionais. Apesar de tais comitês não serem propriamente tribunais internacionais, por não possuírem caráter jurisdicional (TRINDADE, 2012, p. 26-27), são relevantes para defesa dos direitos humanos e defesa dos direitos dos indivíduos na medida em que visam à efetivação dos direitos humanos, por meio do monitoramento, sendo que cada Estado-membro dos tratados internacionais da ONU possui a obrigação de tomar medidas para assegurar que todos, no seu âmbito de atuação, possam usufruir dos direitos estabelecidos no tratado (UNITED NATIONS OF HUMAN RIGHTS, 2019).

Dos vários tratados internacionais presentes no fenômeno convencional materializado na ONU (REZEK, 2010, p. 38-48) e no Direito Internacional dos Direitos Humanos, dois tratados se sobressaem para o tema em questão, quais sejam: o Pacto Civil e o Pacto Social, cada qual imbuído de seu respectivo comitê.

O Comitê de Direitos Humanos é justamente o comitê referente ao Pacto Civil da ONU, imbuído de cuidar dos direitos humanos relativos aos direitos civis e políticos, sendo o foco dentre os 10 órgãos da ONU consistentes em comitês de monitoramento (OHCR, 2019, trad. livre).

O Comitê de Direitos Humanos, internalizado no Brasil por meio do Decreto nº 592/1992, encontra sua disposição nos artigos 28 a 45 do Pacto Civil. Mais especificamente, foi por força do Protocolo Facultativo Relativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), internalizado no Brasil por meio do Decreto nº 311/2009, que se possibilitou o mecanismo de peticionamento individual, sendo considerado o órgão da ONU que mais desenvolveu sua competência em petições individuais, mediante procedimento de aferição confidencial, escrito e informado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa (RAMOS, 2012, p. 30).

Além disso, o Comitê de Direitos Humanos somente atuará quando esgotados os recursos internos, requisito de admissibilidade para recebimento da petição. Ademais, exigem-se

requisitos de forma (escrita, não anônima, da vítima ou via representação) e a ausência de litispendência internacional (RAMOS, 2012, p. 31).

No ponto, foi o Comitê de Direitos Humanos a via escolhida pela defesa do ex-presidente Lula, uma vez que a questão maior dizia respeito ao direito humano do sufrágio, em sua faceta de direito a ser votado.

Como o caso é confidencial, não se pode falar, aqui, em acesso direto ao caso submetido e seu desenrolar, não sendo esse o intuito principal deste artigo. Ainda assim, no momento em que o Comitê tomou uma decisão, em prol do direito humano de Lula de ser votado, os meios de comunicação muito divulgaram a figura deste comitê.

Mais especificamente, em 17 de agosto de 2018, por meio de informe oficial e divulgado, o Comitê de Direitos Humanos da ONU, analisando a situação da suposta vítima, manifestou-se a favor da possibilidade de Lula concorrer nas eleições de 2018. Na íntegra do informe divulgado (OHCR, 2018, trad. livre):

O Comitê de Direitos Humanos da ONU pediu ao Brasil que tome todas as medidas necessárias para garantir que Lula possa desfrutar e exercer seus direitos políticos enquanto estiver na prisão, como candidato nas eleições presidenciais de 2018. Isso inclui ter acesso apropriado à mídia e aos membros de seu partido político. O Comitê também solicitou ao Brasil que não o impedisse de ser eleito nas eleições presidenciais de 2018, até que seus recursos nos tribunais fossem concluídos em processos judiciais justos. O nome técnico para este pedido é "medidas provisórias" e estas dizem respeito à sua queixa individual pendente que permanece perante o Comitê. Este pedido não significa que o Comitê tenha encontrado uma violação ainda - é uma medida urgente para preservar o direito de Lula, enquanto se aguarda a consideração do caso sobre o mérito, que acontecerá no próximo ano.

É importante notar que, embora essa resposta esteja sendo fornecida pelo Escritório de Direitos Humanos da ONU, é uma decisão do Comitê de Direitos Humanos, formado por especialistas independentes. Esta resposta pode ser atribuída ao Comitê de Direitos Humanos.

Foi o momento em que o Brasil passou a questionar a atuação do comitê e do Estado brasileiro, colocando diversas questões em jogo: a relação do país com os direitos humanos, a análise dos direitos políticos como importantes para exercício da democracia brasileira, a hierarquia das fontes do Direito Internacional no âmbito interno, entre diversas outras.

Interessante notar que o próprio Poder Judiciário Brasileiro foi instado a se manifestar sobre a questão e a analisar a força do comitê de direitos humanos. Contudo, o presente artigo não analisará de maneira aprofundada a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em específico, que versou sobre a temática e, ao fim, culminou pelo não acolhimento da decisão proferida pelo Comitê de Direitos Humanos em face de Lula (STF, Pet 7841, 2018).

Não obstante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito do tema, alvo de variadas controvérsias doutrinárias, foi o momento de o Brasil, por meio de suas instituições estatais fundamentais, como o Poder Judiciário, verificar a importância e consequências possíveis do Comitê de Direitos Humanos.

Além do Comitê de Direitos Humanos proporcionar o mecanismo de petições individuais, considerado um avanço em termos de acesso do indivíduo à sociedade internacional, por mais que se pudesse avançar (TRINDADE, 1997), tal comitê também conta com a possibilidade de comunicações interestatais e de emissão de recomendações.

Ao seu turno, vale mencionar que o Pacto Social possui o Comitê de direitos econômicos, sociais e culturais, existente desde 1987, com competência para receber e examinar

relatórios periódicos submetidos aos Estados-partes, de acordo com o artigo 18 do Pacto Social, sendo estes relatórios os principais mecanismos desse Comitê.

No Brasil, a implementação dos direitos inscritos no Pacto Social fica a cargo, principalmente, do atual Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (que englobou a antiga Secretaria de Direitos Humanos).

Ainda que se trate de uma opção da sociedade internacional da época de criação de dois tratados diferenciados, um sobre direitos civis e políticos (direitos de primeira geração, ou, ainda, primeira dimensão) e outro sobre direitos econômicos, sociais e culturais (direitos de segunda e terceira geração ou dimensão), ressalte-se aqui que tais direitos se complementam, não sendo dissidentes entre si, muito pelo contrário.

Conforme já mencionado, tais direitos, frutos de lutas constantes, são essenciais ao exercício da democracia política e da democracia em sociedade. Ora, a consubstanciação da democracia é clara nas eleições, quando então direitos humanos dos mais variados tipos são instalados a manifestarem-se em prol de uma decisão coletiva, além de se fazerem presentes no cotidiano dos povos.

Acerca dos demais comitês existentes, da análise dos diversos instrumentos normativos protetivos existentes no sistema global, verifica-se que há também variados comitês de monitoramento de seus respectivos tratados, sobre os inúmeros temas concernentes aos direitos humanos.

Assim, a título exemplificativo, de acordo com as lições extraídas de André de Carvalho RAMOS (2012, p. 30-48), cabe menção aos seguintes comitês que possuem mecanismo de peticionamento do indivíduo vítima de violações a direitos humanos inscritos nos tratados internacionais globais: (a) comitê contra a tortura e outras penas ou tratamento cruéis, consistente em sistema que monitora a Convenção contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (1984) e seus protocolos, assim como o Comitê de Direitos Humanos; (b) comitê para eliminação da discriminação contra mulher, criado com base na Convenção sobre Eliminação e Discriminação contra mulheres; (c) comitê para eliminação da discriminação racial, existente desde 1969, que monitora a implementação da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação Racial; (d) comitê dos Direitos da Criança, que monitora a Convenção sobre os Direitos da Criança (1990); (e) comitê para os Direitos das Pessoas com Deficiência, que monitora a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006) e cujo Protocolo Facultativo implementou a possibilidade de considerar petições individuais; (f) comitê para Trabalhadores Migrantes, que verifica a implementação da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de sua família (2003), possuindo cláusulas facultativas permitem o recebimento de petições individuais.

Como se pode notar, variados são os comitês voltados para implementação e efetivação dos direitos humanos. Por certo, muito mais que um esforço desses órgãos existentes na ONU, também a cooperação entre os Estados, com o fito maior de se atingir o mesmo fim (qual seja: a dignidade da pessoa humana, núcleo central dos direitos humanos e fundamentais) é essencial, transpassando, por vezes, a natureza ideológica e política que envolve os direitos humanos.

Ora, esses instrumentos internacionais de direitos humanos são fruto de uma longa e deliberada troca de diversos pontos de vista, de modo que a consecução de direitos humanos por parte dos Estados é também positiva para seus próprios interesses, na legitimação transnacional e transcivilizacional (YASUAKI, 2016, p. 288-289).

É aqui, então, que o papel dos diversos comitês se faz essencial para escutar os povos, mas não deve ser o único responsável por realizar a verificação da implementação dos direitos humanos. Em realidade, os demais atores internacionais e nacionais, como a sociedade civil e a mídia, podem ser um importante instrumento para fins de verificação constante dos direitos humanos.

No caso ora apresentado, acerca da decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU sobre a possibilidade de candidatura de Lula nas eleições presidenciais de 2018, por exemplo, a mídia teve papel central para mostrar a existência de mecanismos protetivos globais desconhecidos por muitos. Do mesmo modo, a Academia possui o papel relevante de tratar sobre os comitês de monitoramento e de auxiliar na monitoração dos direitos humanos.

Por certo, muitos são os desafios da atual conjuntura e do porvir, ao que conhecer os mecanismos protetivos existentes no sistema global pode e deve auxiliar na construção de uma sociedade democrática e em prol dos direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A intenção inicial do artigo era a apresentação do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas (ONU) e sua relação com os direitos políticos, considerando os recentes acontecimentos durante as eleições presidenciais de 2018, quando então tal mecanismo protetivo ganhou luz no palco brasileiro.

Para tanto, inicialmente foi preciso compreender a concepção de direitos políticos como direitos humanos garantidos pelos instrumentos internacionais dispostos no Direito Internacional dos Direitos Humanos, do qual o destaque maior foi o Pacto Civil da ONU.

Nessa toada, foi também necessário visualizar o que se compreende por sistema global (universal) de proteção dos direitos humanos, consubstanciado sobretudo (mas não apenas) pela ONU.

Sendo assim, elucidadas tais premissas necessárias, é apresentado o Comitê de Direitos Humanos da ONU e os demais comitês de monitoramento existentes nesta organização internacional.

Ainda que vislumbrados de forma bastante simplificada, o que fazia parte da intenção do artigo, o Comitê de Direitos Humanos é essencial para o relacionamento do Estado para com direitos humanos e exercício da democracia, bem como pode auxiliar na construção de uma sociedade democrática e em prol dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando *et alii*. Manual de Direito Internacional Público. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 9ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 jan 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DAHL, Robert Alan. *Poliarquia*. São Paulo: Edusp, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Nascimento e crise do Estado nacional. Trad. Carlos Coccioli, Márcio Lauria Filho e Karina Jannini. São Paulo: Ed. Martins Fonte, 2002.

FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GOMES, Luis Flávio e PIOVESAN, Flávia (coord). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Revisão Periódica Universal: perguntas e respostas*, 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/revisao-periodica-universal-perguntas-e-respostas/>>. Acesso em: 02 mai 2019.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos* – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Pet 7841*. Rel. Min. Edson Fachin. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5540805>>. Acesso em: 08 mai 2019.

TAVARES, André Ramos; BUCK, Pedro. Direitos fundamentais e democracia: complementaridade/contrariedade. In: *Direitos humanos e democracia*. Clèmerson Merlin Clève et al. (Coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI. *Rev. Bras. Política Internacional*, nº 40, 1997. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v40n1/v40n1a07>>. Acesso em: 20 abr 2019.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das Organizações Internacionais*. 5ª ed. rev. e atual. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

UNITED NATIONS OF HUMAN RIGHTS, Office of the High Commissioner (OHCHR). *Human rights treaty bodies*. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/TreatyBodies.aspx>>. Acesso em: 05 mai 2019.

UNITED NATIONS OF HUMAN RIGHTS, Office of the High Commissioner (OHCHR). *Information note on Human Rights Committee*, 2018. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23464>>. Acesso em: 18 abr 2019.

YASUAKI, Onuma. *Direito Internacional em Perspectiva Transcivilizacional*. Trad. Masato Ninomya e Paulo Casella (org.). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

Candidatura sub judice e campanha eleitoral: restringibilidade à capacidade eleitoral passiva.

Sub judice candidacy and electoral campaign: restrictiveness to passive electoral capacity.

José Wellington Bezerra da Costa Neto,

Graduado pela Faculdade de Direito da USP. Mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da USP. Doutor em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da USP. Mestrando em Direito Comparado pela Cumberland School of Law – Universidade de Samford/EUA. Professor do Curso de Especialização em Direito Processual Civil da Escola Paulista da Magistratura. Magistrado Formador credenciado junto à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Membro do IBDP.Ex-Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Juiz de Direito no Estado de São Paulo. Juiz Assessor da Corregedoria Regional Eleitoral/SP no biênio 2018-2019.

Palavras-chave: Constitucionalismo contemporâneo – Democracia – Direitos fundamentais – Direito fundamental político: capacidade eleitoral passiva – Restringibilidade de direitos fundamentais – Candidatura sub judice – Campanha eleitoral.

Key words: Contemporary Constitutionalism - Democracy - Fundamental rights - Political fundamental right: passive electoral capacity - Restrictiveness of fundamental rights - Sub judice candidacy - Electoral campaign.

Resumo: O texto parte da gênese do reconhecimento dos direitos fundamentais, desde as liberdades públicas, direitos de primeira geração que florescem no ambiente capitalista do século XVIII, para chegar-se à relação entre o Constitucionalismo

contemporâneo, democracia e proteção a direitos fundamentais. Analisa-se brevemente o direito fundamental político de ser votado, e sua garantia nos tratados e declarações internacionais e no plano constitucional interno. São pontuados os aspectos básicos do processo de registro de candidatura, enquanto *locus* onde se materializa por excelência o direito fundamental em questão. A seguir voltamos nossos olhos para a restringibilidade de direitos fundamentais e os possíveis parâmetros e limites que a regem, para então defender sua aplicabilidade ao direito ao sufrágio passivo. Consequente à tese defendida seria a possibilidade de que o direito à realização de campanha fosse, ante as circunstâncias do caso concreto, restringido no contexto da candidatura *sub judice*, como providência cautelar na proteção do interesse público representado pelo voto direto, livre e consciente e ainda, o patrimonial, evitando acesso a fundos de financiamento público por candidaturas temerárias.

Abstract: The text starts from the genesis of the recognition of fundamental rights, from the public liberties, first generation rights that flourish in the capitalist environment of the eighteenth century, to reach the relationship between contemporary Constitutionalism, democracy and protection of fundamental rights. It briefly analyzes the fundamental political right to be voted, and its guarantee in international treaties and declarations and in the internal constitutional plan. The basic aspects of the candidacy registration procedure are underlined as *locus* where the fundamental right in question materializes par excellence. Then we turn our eyes to the restrictiveness of fundamental rights and the possible parameters and limits that govern it, and then defend its applicability to the right to passive suffrage. According to the argument put forward, it would be possible for the right to conduct a campaign to be restricted, in the circumstances of the case, restricted in the context of the candidacy *sub judice*, as a precautionary measure in the protection of the public interest represented by direct, free and conscious voting, and, the patrimonial, avoiding access to funds of public financing by reckless applications.

Sumário: 1. Introdução: Constitucionalismo; democracia e direitos fundamentais – 2. Direito político fundamental: a capacidade eleitoral passiva - 3. Processo de registro de candidatura: aspectos basilares - 4. Cautelaridade e candidatura *sub judice* – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

1. Introdução: Constitucionalismo; democracia e direitos fundamentais.

O século XVIII, como de comum sabença, é marcado no cenário social, político, econômico e jurídico, pela ascensão da burguesia capitalista e a derrocada da aristocracia monarquista e do absolutismo, eis a era do Iluminismo. À necessidade de limitação do poder estatal soberano corresponde o reconhecimento de direitos fundamentais, aqueles normalmente conhecidos como de primeira geração, as liberdades públicas, que têm na Declaração de Independência dos Estados Unidos e na Revolução Francesa emblemas mais representativos.

Que ninguém se engane: o fundo de tal era e sua filosofia política humanista nada tem de puramente benemérito, mas sim o móvel econômico, a necessidade de forjar-se ambiente favorável ao florescimento do capitalismo sem as indesejáveis ingerências estatais sobre o livre jogo do mercado, tudo sob articulação da classe ascendente, a burguesia.

Evidentemente que o liberalismo clássico, ou Constitucionalismo Moderno, como sucintamente descrito, conduziu a excessos que denotaram a impossibilidade de que a filosofia *laissez faire* e o mercado, por si, promovessem os ajustes necessários. A formação da classe operária, depauperada e espoliada, conduz a um novo momento, o Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*), a dar nova roupagem às Constituições políticas, que agora, além das liberdades públicas, devem assegurar direitos sociais cujo atendimento passa a ser incumbência estatal, via políticas públicas. Eis os direitos de segunda geração.

O Constitucionalismo contemporâneo, assim, é fruto de duas grandes tradições ocidentais. A norte-americana, que tem na Constituição uma rigorosa norma de garantia, sujeita à tutela por juízes ordinários; e a francesa, que tem na Constituição uma diretiva fundamental, isto é, um programa político sem garantia efetiva, e que acaba confiando ao legislador ordinário um poder soberano e ilimitado para cumpri-lo. A fusão destas duas vertentes culmina na corporificação do mítico poder constituinte num texto supremo a garantido pela atuação da justiça ordinária, e a supremacia do Parlamento e da lei¹.

A par disto, há um eixo não apenas histórico, mas de interdependência causal entre Constitucionalismo; democracia e proteção a direitos fundamentais. Há íntima

¹ SANCHIS, Luis Prieto. *Los derechos fundamentales en la época del Constitucionalismo* in CONRADI, Faustino Gutiérrez-Alviz; LÁZARO, Javier Martínez. *El juez y la cultura jurídica contemporánea*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009, p. 147.

associação entre o regime democrático e a proteção dos direitos humanos fundamentais, notadamente, entre o conceito de democracia substancial ou material e referida proteção, relação esta de natureza *simbiótica*, para usar a expressão de André de Carvalho Ramos². Como já pontuou abalizada doutrina: “Constitutionalism is an institution through which a democratic nation tries to lay down and hold itself to its own fundamental legal and political commitments. And that is self-government”³.

Os direitos fundamentais, portanto, têm o significado histórico de representarem *limitação ao poder absoluto*, limitação esta que se põe a partir do indivíduo, assim como de um texto normativo supremo, representado pela Constituição, transformando em jurídicas as pretensões outrora contidas nos direitos naturais.

Também representam a limitação ao poder da maioria em um sistema democrático, assim como limitação ao poder na esfera internacional e aos poderes oriundos do setor privado, consistente na exigência de respeito às diversidades⁴.

Bruce Ackerman traça o paralelo entre as concepções monista e dualista da democracia. A primeira, segundo afirma, é bastante simples: democracia exige que seja atribuído pleno poder legislativo aos vencedores das últimas eleições gerais, de modo que quaisquer mecanismos de controle sobre os vencedores do pleito e no interstício entre dois processos eleitorais, são presumivelmente antidemocráticos⁵.

² RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 979-981. Ainda nas palavras do autor: “O conceito material de democracia (democracia material ou substancial) agrega, além da democracia formal, a adoção de decisões voltadas à preservação de direitos humanos e a obtenção da igualdade e justiça social” (Cit p. 980).

³ RUBENFELD, Jed. *Of Constitutional Self-Government* in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. *Modern Constitutional Theory – A reader*. 5º ed. Saint Paul: Thomson-West, 2004, p. 74.

⁴ SANCHIS, Luis Prieto. *Los derechos fundamentales en la época del Constitucionalismo* in CONRADI, Faustino Gutiérrez-Alviz; LÁZARO, Javier Martínez. *El juez y la cultura jurídica contemporánea*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009, p. 142-144.

⁵ ACKERMAN, Bruce. *We the People, volume 1: Foundations* in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. *Modern Constitutional Theory – A reader*. 5º ed. Saint Paul: Thomson-West, 2004, p. 53. O autor esclarece que uma terceira escola do pensamento moderno a respeito da teoria constitucional é aquela que denomina de *rights foundationalists* (podemos traduzir como “fundamentalistas dos direitos”). Embora teóricos desta linha diverjam a respeito de quais direitos sejam fundamentais, todos concordam que a principal preocupação da Constituição norte-americana é com a sua proteção. Deste modo, quando há por parte de uma legislatura a ameaça a direitos fundamentais, a intervenção judicial se justifica e se exige para restabelecê-los, a despeito da quebra do princípio democrático: “Rights trump democracy – provided, of course, that they’re the Right rights”. A proposta dualista é defendida como uma forma de conciliação entre democracia e direitos, é dizer, entre monistas e “fundamentalistas dos direitos”, já que parte-se do pressuposto de que sendo os direitos fundamentais produto do processo mais qualificado de produção legislativa, estariam a salvo e protegidos de mácula por parte do ordinário processo legislativo, sem que se privasse aos vencedores de eleições gerais do necessário poder legiferante para levar a cabo a proposta sufragada pela maioria (Cit. p. 55-57). Assevera o autor: “enactment of normal statutes and the judicial protection of constitutional rights are part of a larger practice of dualist democracy” (Cit. p. 57).

A concepção dualista de democracia distingue níveis de processo legislativo. O ordinário, atribuído aos vencedores das últimas eleições, com poderes gerais de implementar as medidas comuns de política pública; e o que denomina *higher lawmaking system*, que poderíamos traduzir como *mais elevado ou qualificado processo legislativo*, que demanda maior mobilização política e social de modo que se possa afirmar que neste segundo processo não apenas os representantes eleitos se pronunciaram, mas o próprio “Povo” (o que poderíamos aduzir como “Poder Constituinte”) legiferou.

Consequente à distinção qualitativa entre os processos legislativos é a vedação a que por via do processo legislativo ordinário, os vencedores das eleições gerais revoguem ou mesmo deturpem a legislação e os princípios previamente estabelecidos por meio do processo legislativo qualificado, o que normalmente está plasmado em texto constitucional. Assim sendo, as democracias e Constituições dualistas em geral preveem instituições destinadas à função preservativa, isto é, a barrar eventuais atentados por parte da legislação ordinária⁶.

À vista do mecanismo exposto no anterior parágrafo, monistas e dualistas nutrem perspectivas inteiramente diversas a respeito de Cortes Constitucionais. Os monistas encaram qualquer revisão judicial dos atos legislativos como presumivelmente antidemocrática; dualistas a enxergam como exercício da função preventiva, mecanismo necessário e essencial a um regime democrático bem ordenado⁷.

A perspectiva dualista dá pleno suporte teórico a um regime constitucional de proteção *judicial* aos direitos fundamentais, já que direitos humanos universais consubstanciam aqueles garantidos por Cortes Constitucionais ao redor do mundo, como imperativos supra-nacionais e supra-políticos, aos quais todas as nações, inclusive as consideradas democráticas, devem igualmente se render⁸. Nesta ótica, a revisão judicial

⁶ ACKERMAN, Bruce. *We the People, volume 1: Foundations* in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. *Modern Constitutional Theory – A reader*. 5º ed. Saint Paul: Thomson-West, 2004, p. 54.

⁷ ACKERMAN, Bruce. *We the People, volume 1: Foundations* in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. *Modern Constitutional Theory – A reader*. 5º ed. Saint Paul: Thomson-West, 2004, p. 54. Palavras do autor: “(...) courts serv democracy by protecting the hard-won principles of a mobilized citizenry against erosion by political elites who have failed to gain broad deep popular support for their innovations” (*Cit.* p. 54).

⁸ RUBENSFELD, Jed. *Of Constitutional Self-Government* in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. *Modern Constitutional Theory – A reader*. 5º ed. Saint Paul: Thomson-West, 2004, p. 72. Prieto Sanchis leciona que Constituições substantivas e garantidas pode ser tido como o lema do Constitucionalismo contemporâneo, este que se identifica a partir da Segunda Grande Guerra e caracterizado por um denso conteúdo material substantivo, voltado a condicionar aquilo que se pode decidir democraticamente pela maioria. Garantidas porque aptas a ensejar a plena tutela judicial. Os velhos direitos naturais deixam então o universo da moralidade para integrar-se ao direito positivo, e o fazem em seu ápice,

foi cunhada como uma garantia adicional de proteção à vontade popular consubstanciada na lei extraordinária representada pela Constituição, contra as ameaças decorrentes de más intenções ou considerações de curto prazo por parte dos agentes do povo e por meio da edição de leis ordinárias. Os direitos individuais originariamente devem ser entendidos como assecuratórios e parte da idéia de democracia deliberativa. Os escopos de proteção dos direitos e promoção à deliberação foram concebidos para caminharem de mãos dadas⁹.

A medula do Constitucionalismo dos Direitos é a noção do Estado como um artifício, isto é, que se justifica enquanto instrumento vinculado unicamente à defesa dos direitos dos consorciados, e apenas enquanto tal se legitima a outorga do monopólio da força. Deste modo, pode-se dizer que os direitos estão sempre acima da democracia e a justiça acima da política¹⁰.

Que as ponderações e assertivas ora feitas não conduzam a percepções de que as características ora postas aos direitos fundamentais justifiquem proteção ilimitada. Eis o espinhoso tema da restringibilidade dos direitos fundamentais, e os parâmetros para tanto, o que se seguirá em tópicos seguintes, e constitui o fundamento teórico do tema examinado.

2. Direito político fundamental: a capacidade eleitoral passiva.

Vimos de ver que as características centrais da democracia contemporânea foram herança do Constitucionalismo¹¹. Além disto, os direitos fundamentais no contexto do Constitucionalismo dos Direitos se caracterizam como normas supremas, efetivas e diretamente vinculantes, a serem observadas em toda operação de aplicação do Direito¹². E mais, o Constitucionalismo implica submeter até mesmo o poder democrático da maioria ao texto normativo supremo¹³.

no texto constitucional, que se vê rematerializado (SANCHIS, Luis Prieto. *Los derechos fundamentales en la época del Constitucionalismo* in CONRADI, Faustino Gutiérrez-Alviz; LÁZARO, Javier Martínez. *El juez y la cultura jurídica contemporánea*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009, p. 148).

⁹ SUSTEIN, Cass R. *A Republic of reasons* in GARVEY, John H.; ALENIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. *Modern Constitutional Theory – A reader*. 5º ed. Saint Paul: Thomson-West, 2004, p. 66.

¹⁰ SANCHIS, Luis Prieto. *Los derechos fundamentales en la época del Constitucionalismo* in CONRADI, Faustino Gutiérrez-Alviz; LÁZARO, Javier Martínez. *El juez y la cultura jurídica contemporánea*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009, p. 145-146.

¹¹ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 980.

¹² SANCHIS, Luis Prieto. *Los derechos fundamentales en la época del Constitucionalismo* in CONRADI, Faustino Gutiérrez-Alviz; LÁZARO, Javier Martínez. *El juez y la cultura jurídica contemporánea*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009, p. 151.

¹³ SANCHIS, Luis Prieto. *Los derechos fundamentales en la época del Constitucionalismo* in CONRADI, Faustino Gutiérrez-Alviz; LÁZARO, Javier Martínez. *El juez y la cultura jurídica contemporánea*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009, p. 158.

O direito político fundamental de candidatar-se, a capacidade eleitoral passiva, corresponde ao núcleo essencial da categoria direito fundamental enquanto limitação ao exercício do poder estatal, na medida em que alavanca a renovação periódica da legitimação popular consubstanciada no mandato. Na medida em que possibilita a interrupção do ciclo de poder, também permite a afirmação pelo titular do poder, o povo, de sua aprovação com eventual recondução (reeleição) ou sua reprovação com renovação do plantel de representantes populares. Impede, assim, a retroalimentação do poder pelo Poder, o que se vê bem plasmado, por exemplo, no conjunto de condutas vedadas aos agentes públicos em período eleitoral¹⁴.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, apanágio da Revolução Francesa, já previa no art. 6º: “A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”.

O art. XXI, itens 1 a 3 da Declaração Universal dos Direitos Humanos igualmente estipula: “1.Toda a pessoa tem o direito de tomar parte na direcção dos negócios, públicos do seu país, quer diretamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos. 2.Toda a pessoa tem direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas do seu país. 3.A vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos: e deve exprimir-se através de eleições honestas a realizar periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto”.

Ainda, o art. 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, internalizado no Brasil por meio do Decreto n. 592 de 6º de julho de 1992, previu: “Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2º e sem restrições infundadas: a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos; b)

¹⁴ “De todas as maneiras que se exercite a liberdade política, tanto quanto a legitimidade que com ela fica sempre relacionada, não acompanha a soberania em sua retração ao estado potencial, tendo de manter-se em ininterrupta ativação, fazendo fluir no intercuro dos mantados representativos as manifestações da opinião pública, em seus renovados anseios e objeções, dando ensejo à permanente revitalização das bases consensuais para reforçamento da legitimidade da ordem política estabelecida” (RIBEIRO, Fávila. *Pressupostos constitucionais do direito eleitoral*. Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1990, p. 33).

de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores; c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país”.

No plano constitucional brasileiro cede-se que os direitos políticos estão previstos nos arts. 14 a 16, com disposições que geram efeitos reflexos no art. 17, que trata da regulamentação fundamental dos partidos políticos. Sob o amplo conceito de direito ao sufrágio estão, em relação de espécies para com o gênero, os direitos ao voto (capacidade eleitoral ativa, *jus suffragii*) e a ser votado (capacidade eleitoral passiva, *jus honorum*).

A Justiça Eleitoral bem pode ser definida em razão da multiplicidade de tarefas que lhe são afetas, como uma “agência de eleições”¹⁵. Assim sendo, é sobre ela que recaem os conflitos mais agudos, polêmicos e espinhosos acerca da amplitude e limites do direito fundamental ao sufrágio passivo.

Tem-se por assentada, para fins deste estudo, a noção de que os direitos fundamentais estruturam-se como princípios.

A idéia de restrição a direitos fundamentais como elementos externos a eles (isto é, não como limites decorrentes de sua própria descrição de conteúdo) é compatível unicamente com a concepção destes direitos como princípios, e como tal definidores de posições *prima facie*, e não definitivas¹⁶. Define-se restrição, nesta ótica, como normas que, uma vez compatíveis com a Constituição, restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental. Se se cuidarem de normas de competência, não restringem diretamente, porém fundamentam sua restringibilidade (embora se admita que a criação de competência para estabelecer restrição tenha algo de restritivo), isto é, nesta sede a restrição ostentaria caráter potencial e indireto. Já as normas mandatórias ou proibitivas estabelecem restrições diretamente¹⁷.

¹⁵ HARSHEIM, Elaine Macedo. *Decisões no processo de registro de candidatura e coisa julgada: os artigos 502 e 503 do NCPC e o Direito Eleitoral*. In: TAVARES, 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. 319.

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2º ed. Tradução: AFONSO DA SILVA, Virgílio. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 276-280. O autor em questão traça a distinção das restrições a direitos fundamentais conceituadas de acordo com as teorias *interna* e *externa* e sua respectiva correspondência com a definição dos direitos fundamentais como *regras* (teoria interna) ou *princípios* (teoria externa).

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2º ed. Tradução: AFONSO DA SILVA, Virgílio. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 281-284.

Uma Constituição substantiva ou principiológica subministra razões justificadoras de soluções distintas e tendencialmente contraditórias, tanto para o juiz como para o legislador, que devem procurar um “ponto ótimo de recíproca satisfação de direitos”, via juízo de ponderação, que representa nada mais que um esforço de racionalização. O juízo de ponderação obriga a um reposicionamento da tensão sempre presente entre Constituição e Democracia; juiz e legislador; e entre os direitos e a lei. Nesta esteira requer-se da instância judicial demonstrar suas razões antes de seu poder, não por acaso o pós-guerra infunde o desenvolvimento da Teoria da Argumentação: “Ni positivismo legalista, ni realismo judicialista; la judicialización a partir del Constitucionalismo requiere y de hecho alienta una nova teoría del Derecho centrada en la racionalidad, que es justo lo contrario de la voluntad desnuda del poder soberano”¹⁸.

A interpretação judicial das cláusulas constitucionais, a despeito das diferentes raízes destas, revela uma comum preocupação que jaz subjacente a todas elas: a distribuição de recursos ou oportunidades para um grupo em detrimento de outro como resultado puramente do exercício do cru e bruto poder político, o que representa uma violação ao princípio da imparcialidade, o que Cass R. Sustein denomina a *naked preference* (uma preferência nua e crua por um grupo ou segmento). Neste contexto, torna-se tarefa do legislador não ceder a pressões privadas, mas ao invés, selecionar valores por meio da deliberação e debate¹⁹.

Nesta ótica, a ampla participação política assegurada pela garantia a todos do direito político fundamental de ser votado apresenta-se como salvaguarda contra a formação de grupos privilegiados de detentores do poder. Assim sendo, as restrições ao exercício de tal direito devem ser vistas e aplicadas com toda cautela, de modo a não representarem instrumento de formação de oligarquias políticas.

3. Processo de registro de candidatura: aspectos basilares.

A certeza quanto aos candidatos que concorrem é decorrência do princípio constitucional do voto direto²⁰. O processo de registro culmina com a declaração de

¹⁸ SANCHIS, Luis Prieto. *Los derechos fundamentales en la época del Constitucionalismo* in CONRADI, Faustino Gutiérrez-Alviz; LÁZARO, Javier Martínez. *El juez y la cultura jurídica contemporánea*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009, p. 155-157.

¹⁹ SUSTEIN, Cass R. *A Republic of reasons* in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. *Modern Constitutional Theory – A reader*. 5º ed. Saint Paul: Thomson-West, 2004, p. 68-69.

²⁰ SEVERO DA SILVA, Luis Gustavo Motta. *Registro de candidatura – O conflito entre o encurtamento dos prazos e a substituição de candidatos* in Revista do Advogado 139/130, p. 130.

existência do direito político fundamental à elegibilidade, isto é, o deferimento do pedido, ou com o indeferimento, independentemente de ter havido impugnação, pois que se cuida de matéria de ordem pública. A negativa do direito político fundamental ao sufrágio passivo ostenta eficácia declaratória e aptidão para produzir coisa julgada²¹.

A capacidade eleitoral passiva, portanto, se consubstancia na elegibilidade, a conformação do cidadão ao regime jurídico estabelecido para o processo eleitoral, que contém elementos positivos (as condições de elegibilidade – pressupostos que o indivíduo deve ostentar) e negativos (hipóteses de inelegibilidade – pressupostos que o indivíduo não deve apresentar)²². Acrescentam-se ainda as condições de registrabilidade, requisitos formais elencados no art. 11, § 1º, da Lei n. 9.504/97.

No processo de registro de candidatura materializa-se o direito fundamental político de ser votado. Evidente que por não se cuidar de direito exercido com predicados de soberania, sujeita-se às condições postas pela legislação eleitoral, aquelas indicadas no anterior parágrafo.

O referido processo de registro de candidaturas é marcado pela *sumariedade*, *natureza documental* e *contraditório eventual ou diferido* (que se forma apenas em caso de impugnações), e é dividido em duas fases. Controverte a doutrina sobre sua natureza, advogando alguns o entendimento de que em não havendo impugnação, o procedimento se restringiria à esfera administrativa; havendo impugnação, abrindo-se a controvérsia sobre a elegibilidade de algum partido, coligação ou candidato, então instalar-se-ia a atividade propriamente jurisdicional. A jurisdição seria, nesta ótica, eventual²³.

Parece-nos correta a posição segundo a qual, independentemente das circunstâncias do processo de registro, isto é, haver ou não impugnação, o caráter é jurisdicional.

Investir um órgão do Poder Judiciário para conduzir as eleições revela inequivocamente a opção pela condução do processo eleitoral pela via jurisdicional, visto

²¹ HARZHEIM, Elaine Macedo. *Decisões no processo de registro de candidatura e coisa julgada: os artigos 502 e 503 do NCPC e o Direito Eleitoral*. In: TAVARES, 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. 324.

²² RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 994.

²³ HARZHEIM, Elaine Macedo. *Decisões no processo de registro de candidatura e coisa julgada: os artigos 502 e 503 do NCPC e o Direito Eleitoral*. In: TAVARES, 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. 321-322 e 329.

que é a jurisdição que garante o exercício de direitos fundamentais, gênero do qual os direitos políticos são espécie²⁴.

Imperioso é assegurar que nos momentos nevrálgicos do processo eleitoral, como o é o registro de candidaturas, a jurisdição atue assegurando os contornos e garantias dos direitos fundamentais dos candidatos, incidindo, portanto, todas as garantias constitucionais do processo e não da atividade administrativa: devido processo legal; juiz natural; vedação da prova ilícita; duplo grau de jurisdição, etc.²⁵. As atividades de natureza administrativa restariam reservadas para os atos e decisões que não estabeleçam controvérsia em relação ao exercício de direitos políticos fundamentais²⁶.

Seja como for, mesmo que se considerasse administrativo o processo de registro de candidatura, como defendem alguns, nem assim estaria o interessado privado do direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, os quais também são assegurados nas instâncias administrativas (art. 5º, LV, CR/88). Assim sendo, mesmo que admitido o indeferimento do pedido de registro de ofício, isto é, independentemente de haver ajuizamento de impugnação²⁷, certo é que ao candidato ou partido assegura-se o direito à prévia manifestação sobre as irregularidades constatadas²⁸.

A atividade judicial assim desempenhada assume ares de jurisdição voluntária, podendo, porém, adotar feição contenciosa em exsurgindo impugnação, na forma do art. 3º, LC 64/90. Evidente que a ausência de impugnação não isenta o órgão judicial de avaliar a presença das condições de elegibilidade, a ausência de inelegibilidade ou

²⁴ HARZHEIM, Elaine Macedo. *Decisões no processo de registro de candidatura e coisa julgada: os artigos 502 e 503 do NCPC e o Direito Eleitoral*. In: TAVARES, 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. 322.

²⁵ HARZHEIM, Elaine Macedo. *Decisões no processo de registro de candidatura e coisa julgada: os artigos 502 e 503 do NCPC e o Direito Eleitoral*. In: TAVARES, 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. 323-324.

²⁶ HARZHEIM, Elaine Macedo. *Decisões no processo de registro de candidatura e coisa julgada: os artigos 502 e 503 do NCPC e o Direito Eleitoral*. In: TAVARES, 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. 324.

²⁷ “Nos processos de registro de candidatura, o juiz eleitoral pode conhecer de ofício da existência de causas de inelegibilidade ou da ausência de condição de elegibilidade, desde que resguardados o contraditório e a ampla defesa” (súmula n. 45, TSE).

²⁸ DIAS, Joelson; SOARES, Michel Bertoni. *Lei da Ficha Limpa, indeferimento de pedido de registro de candidatura e aplicação de recursos públicos em campanha: dever de ressarcir o erário?* In REDESP, n. 3 (julho a dezembro de 2018), p. 9.

eventual falta de condição de registrabilidade, caso em que mesmo à falta de impugnação, deverá indeferir o pedido de registro, o que já se destacou²⁹.

A ausência de condições de registrabilidade, por envolver normalmente aspectos formais, ostenta menor repercussão jurídica, sendo usualmente superável. Porém, as duas outras possíveis causas de pedir, a saber, a falta de condições de elegibilidade ou a presença de causas de inelegibilidade, guardam respaldo constitucional, daí porque defende-se que a decisão em favor da candidatura não transite materialmente em julgado, admitindo eventual revisão por via de ações/representações autônomas, previstas para tanto, como é o caso do Recurso Contra a Expedição de Diploma (RCED)³⁰.

A fase de registro de candidaturas é momento crucial do processo eleitoral, pois que destinado a definir o quadro de candidatos, partidos e coligações, voltando-se à obtenção de um provimento de natureza declaratória em que se reconheça a habilitação dos pretendentes à disputa³¹.

Ao analisar os pedidos de registro de candidatura, a Justiça Eleitoral exerce competência material, de natureza absoluta³². Relembre-se também que as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade são consideradas no momento em que formalizado o pedido de registro, ressalvadas, entretanto, as posteriores alterações nas condições de fato ou de direito que afastem inelegibilidade (art. 11, § 10, Lei n. 9.504/97). Note-se, aliás, que o Tribunal Superior Eleitoral confere à norma em comento interpretação ampliativa e potencializadora do exercício do direito fundamental ao sufrágio passivo, eis que também admite alterações supervenientes em condições de fato

²⁹ “Constatando-se a existência de irregularidade, pode o juiz eleitoral, *ex officio*, indeferir o pedido, pois existe a preponderância do interesse público. Nesse caso, o resguardo da ordem jurídica exige que o impulso processual seja relegado para a manutenção da eficácia normativa. Registre-se, contudo, que a atuação do magistrado deve se cingir ao devido espaço estipulado legalmente, impedindo discricionariedades que possam estorvar sua imparcialidade na direção dos trabalhos eleitorais” (VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura Agra. *Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 257).

³⁰ HARZHEIM, Elaine Macedo. *Decisões no processo de registro de candidatura e coisa julgada: os artigos 502 e 503 do NCPC e o Direito Eleitoral*. In: TAVARES, 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. 331.

³¹ HARZHEIM, Elaine Macedo. *Decisões no processo de registro de candidatura e coisa julgada: os artigos 502 e 503 do NCPC e o Direito Eleitoral*. In: TAVARES, 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. 320-321.

³² DIAS, Joelson; SOARES, Michel Bertoni. *Lei da Ficha Limpa, indeferimento de pedido de registro de candidatura e aplicação de recursos públicos em campanha: dever de ressarcir o erário?* In REDESP, n. 3 (julho a dezembro de 2018), p. 5.

ou direito que importem a presença de condição de elegibilidade antes ausente (súmula n. 43, TSE)³³.

A impugnação ao pedido de registro se operacionaliza via ação incidental (AIRC), ajuizada por algum dos legitimados previstos no art. 3º, da Lei Complementar n. 64/90³⁴. Daí porque falar-se em contraditório diferido ou eventual, pois que cabe ao interessado provocá-lo mediante o ajuizamento da demanda incidental em questão, o que se cuida também de técnica de sumarização do processo³⁵. A via da impugnação possibilita uma ampla e democrática fiscalização sobre os candidatos³⁶.

4. Cautelaridade e candidatura *sub judice*.

A noção de dano marginal ao processo é de comum referência em doutrina, e corresponde aos males necessariamente atrelados ao só fato de sua tramitação. Independentem de alguma conduta imprópria de qualquer das partes ou mesmo de alguma falha de funcionamento do maquinário estatal. O só ajuizamento, por exemplo, de uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa acarreta a perda de capital político importante em desfavor de seu réu, independente do resultado advindo. No caso do processo de registro de candidatura, um dos fatores marginais de máxima relevância é o elemento “tempo”. E isto porque inexiste entrosamento entre o período de campanha e o tempo de tramitação do processo em questão, que corre enquanto a campanha se desenvolve. Aliás, no atual contexto legislativo, em que a campanha se inicia apenas a partir de 15 de agosto, sem tempo hábil para que o processo de registro esteja

³³ “Assim, o que realmente importa para o exercício do direito fundamental de sufrágio é que no dia do pleito o candidato seja elegível” (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 12º ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 338).

³⁴ Defendendo a legitimação também do eleitor, com respaldo no § 3º do art. 97, CE: HARZHEIM, Elaine Macedo. *Decisões no processo de registro de candidatura e coisa julgada: os artigos 502 e 503 do NCPC e o Direito Eleitoral*. In: TAVARES, 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. 326. José Jairo Gomes leciona que ao eleitor se admite a via da notícia de inelegibilidade, que não se constitui tecnicamente em impugnação, “mas forma de valorizar a cidadania, otimizando a participação do cidadão no processo político-eleitoral” (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 12º ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 375).

³⁵ HARZHEIM, Elaine Macedo. *Decisões no processo de registro de candidatura e coisa julgada: os artigos 502 e 503 do NCPC e o Direito Eleitoral*. In: TAVARES, 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. 327.

³⁶ HARZHEIM, Elaine Macedo. *Decisões no processo de registro de candidatura e coisa julgada: os artigos 502 e 503 do NCPC e o Direito Eleitoral*. In: TAVARES, 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. 327.

definitivamente julgado antes do início da campanha eleitoral (art. 11, “caput”, Lei n. 9.504/98).

Assim sendo, em sobrevindo impugnação ao registro de candidatura, e em sendo ela considerada óbice à participação na campanha por parte do impugnado, teremos que ao final, em caso de rejeição do pedido impugnatório, o registrando terá restado privado do exercício de direito político fundamental. Claro que a restrição a direito fundamental não é novidade no estágio atual da teoria constitucional, como alhures pensamos ter ficado bem vincado. A questão é saber da legitimidade e devida justificação de referida supressão. Deve entrar em cena nesta equação o princípio constitucional da não-culpabilidade (art. 5º, LVII, CR/88). Muito embora a ação de impugnação de registro de candidatura não contenha viés condenatório, certamente possui o *efeito material* a tanto equiparável, já que pode alijar o pretense candidato de participar do processo político eleitoral exercendo a capacidade eleitoral passiva. Daí porque, em primeira aproximação, justifica-se que antes do trânsito em julgado da decisão que impeça sua participação no pleito, não seja privado de referido direito fundamental.

O raciocínio esboçado no parágrafo anterior é o que está à base, e justifica, a disposição do art. 16-A, da Lei n. 9.504/98, que autoriza o candidato cujo registro esteja *sub judice* a efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior.

A disposição em questão foi introduzida pela Lei n. 12.034/09, e se inspirou na jurisprudência até então vigente do C.Tribunal Superior Eleitoral, no sentido de que na pendência da discussão acerca do registro de candidatura postulado, poderia o candidato, *por sua conta e risco*, prosseguir na campanha. Ocorre que a disposição legislativa não reproduziu a atribuição deste *risco* ao próprio candidato³⁷.

Indaga-se, entretanto: o direito referido no dispositivo retro mencionado merece amplo e irrestrito exercício? Ou existem circunstâncias que justificam seja o candidato *sub judice* impedido até mesmo de praticar atos de campanha?

³⁷ DIAS, Joelson; SOARES, Michel Bertoni. *Lei da Ficha Limpa, indeferimento de pedido de registro de candidatura e aplicação de recursos públicos em campanha: dever de ressarcir o erário?* In REDESP, n. 3 (julho a dezembro de 2018), p. 10.

A matéria, como bem pontuado por Joelson Dias e Michel Bertoní Soares, foi amplamente revolvida no ano de 2018, por ocasião das Eleições Gerais, em razão da postulação ao registro por parte do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, culminando com a tese de que cessa a condição *sub judice* nas eleições gerais com o trânsito em julgado da decisão de indeferimento do registro ou o indeferimento do registro pelo plenário do Colendo Tribunal Superior Eleitoral (recurso n. 0600903-50.2018.6.00.0000). Daí a conclusão de que na pendência do trânsito em julgado ou não tendo o indeferimento sido proferido pelo Tribunal Superior Eleitoral, poderia o candidato praticar normalmente todos os atos de campanha³⁸.

Direitos fundamentais apenas admitem restrições por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas. Fala-se, assim, em restrições *diretamente constitucionais* ou em restrições *indiretamente constitucionais*, estas representadas por aquelas veiculadas por normas infraconstitucionais que, porém, encontram na Constituição seu fundamento de validade³⁹.

As restrições indiretamente constitucionais substanciam as chamadas *cláusulas de reserva explícitas*, que podem ser simples ou qualificadas, neste último caso quando se impõe desde logo um limite ao conteúdo da própria restrição. As restrições igualmente sofrem delimitação de seus aspectos formal e material. O primeiro diz com a competência para impor restrições e seu procedimento. O aspecto material resta estabelecido pelos limites impostos na barreira qualificada e pela idéia de conteúdo essencial, exigindo-se o dever de sopesamento (respeito à proporcionalidade), de modo que não tenha o direito seu conteúdo esvaziado⁴⁰.

Estabelecidas estas bases, sabe-se que a Constituição da República erige outros valores além do pleno exercício do direito político de ser votado, como se depreende, por exemplo, do disposto no § 9º do art. 14, CR/88: i) proibidade administrativa⁴¹; ii) a moralidade para exercício de mandato; iii) a vida pregressa do candidato; iv) a

³⁸ DIAS, Joelson; SOARES, Michel Bertoní. *Lei da Ficha Limpa, indeferimento de pedido de registro de candidatura e aplicação de recursos públicos em campanha: dever de ressarcir o erário?* In REDESP, n. 3 (julho a dezembro de 2018), p. 10.

³⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2º ed. Tradução: AFONSO DA SILVA, Virgílio. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 286.

⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2º ed. Tradução: AFONSO DA SILVA, Virgílio. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 292.

⁴¹ Outra concessão do direito político fundamental ao valor proibidade administrativa encontramos no art. 37, § 4º, CR/88: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. Outros há, explícitos ou mesmo implícitos à norma constitucional, decorrentes da forma de governo adotada e do próprio regime democrático, tísido pela soberania popular. Assim, por exemplo, o valor transparência, que é ínsito ao regime republicano.

O que é primordial vincar é que as inelegibilidades, sejam as previstas no nível constitucional, sejam aquelas postas no infraconstitucional, se legitimam na medida em que protegem outros valores de igual grandeza⁴².

Note-se que problema similar surge em relação à possibilidade (ou vedação) à substituição tardia de candidatos, em caso de indeferimento do registro. Explique-se.

Decorre das disposições dos arts. 13, § 3º e 16, § 1º, da Lei n. 9.504/98 que o prazo final para substituição de candidatos é o mesmo para julgamento pelas instâncias ordinárias dos processos de registro de candidatura. O problema surge de forma aguda quando tal julgamento não sucede em dito prazo, e depois sonegue-se ao partido o direito à substituição, tendo sobrevindo o indeferimento do registro ao decurso do prazo para substituição.

De um lado, a regra de substituição mira a clareza do exercício do voto pelo eleitorado. De outro, impor aos candidatos cujo processo de registro esteja *sub judice* a renúncia prematura (para evitar que o julgamento após o prazo de substituição os impeça de serem substituídos) viola o direito fundamental de participar do processo político⁴³.

Daí porque a defesa da tese de que o prazo do art. 13, § 3º, da Lei das Eleições seja aplicável aos processos de registro julgados no prazo estipulado pelo art. 16, § 1º, do mesmo diploma. Nos casos de demora no julgamento, a substituição poderia ocorrer após o julgamento pelas instâncias ordinárias (Tribunal Regional Eleitoral no caso das eleições municipais; e Tribunal Superior Eleitoral no caso das gerais)⁴⁴.

É interessante perceber que o valor *clareza do voto* ganha especial relevo a fim de permitir tardia substituição de candidato, ao arrepio da literalidade da disposição legal sobre o assunto, porém não ganhe o mesmo protagonismo quando se trate de alijar a literalidade do art. 16-A, do mesmo diploma, a fim de permitir que, em circunstâncias

⁴² RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 996.

⁴³ SEVERO DA SILVA, Luis Gustavo Motta. *Registro de candidatura – O conflito entre o encurtamento dos prazos e a substituição de candidatos* in Revista do Advogado 139/130, p. 132.

⁴⁴ SEVERO DA SILVA, Luis Gustavo Motta. *Registro de candidatura – O conflito entre o encurtamento dos prazos e a substituição de candidatos* in Revista do Advogado 139/130, p. 132.

excepcionais, quando haja elevado grau de improbabilidade do direito ao registro, seja impedido o candidato de proceder à campanha que pode, no fim e ao cabo, deturpar a consciência do voto, induzindo a erro o eleitorado.

Deixemos de lado, por ora, esta ordem de considerações, e vejamos outra que nos conduz à mesma conclusão.

Há uma gama considerável de inelegibilidades que incidem quando ainda não há decisão condenatória transitada em julgado, porém proferida por órgão colegiado (v. art. 1º, I, “e”, da LC 64/90), e daí a autorização a que por provimento de natureza cautelar se suspenda a inelegibilidade em questão, conforme previsão expressa do art. 26-C, da Lei Complementar n. 64/90: “O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas d, e, h, j, l e n do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso”.

Também a referida regra tem merecido interpretação ampla por parte do C. Superior Tribunal de Justiça e pelo próprio C. Tribunal Superior Eleitoral, de modo que por outros mecanismos oriundos do poder geral de cautela atribuído aos magistrados tem-se admitido a suspensão de inelegibilidades por decisões monocráticas do relator ou do Presidente do Tribunal a que afeto o julgamento do recurso contra a decisão condenatória (súmula n. 44, TSE; art. 1.029, § 5º, III, CPC)⁴⁵.

Nas palavras de André de Carvalho Ramos, “houve uma ponderação de direitos e, no limite, todas as situações geradoras de potenciais inelegibilidades podem ser questionadas no Poder Judiciário”⁴⁶.

É curioso, entretanto, que a regra do art. 26-C, mereça ampla interpretação extensiva, calcada no poder geral de cautela, inclusive para atribuir competência a quem, pela literalidade da lei, não a teria para proferir decisão (as monocráticas por parte do relator ou do Presidente do Tribunal *ad quem*), em nome da defesa do direito fundamental

⁴⁵ DIAS, Joelson; SOARES, Michel Bertoni. *Lei da Ficha Limpa, indeferimento de pedido de registro de candidatura e aplicação de recursos públicos em campanha: dever de ressarcir o erário?* In REDESP, n. 3 (julho a dezembro de 2018), p. 7-8. A teor do disposto no art. 11, § 10, *in fine* da Lei n. 9.504/97, mesmo que o provimento cautelar emanado na forma do art. 26-C, LC 64/90, sobrevenha ao pedido de registro de candidatura, deverá ser considerado para fins de afastar a inelegibilidade em questão (DIAS, Joelson; SOARES, Michel Bertoni. *Lei da Ficha Limpa, indeferimento de pedido de registro de candidatura e aplicação de recursos públicos em campanha: dever de ressarcir o erário?* In REDESP, n. 3 (julho a dezembro de 2018), p. 8).

⁴⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 997.

político ao exercício do sufrágio passivo, porém não mereça a mesma ordem de considerações para se admitir a tutela dos demais valores em jogo no processo de registro de candidatura, parte dos quais pensamos já termos indicado anteriormente, a justificar plenamente a restrição do referido direito fundamental.

No processo de registro de candidatura pendente, impugnado ou não, três ordens de interesses podem ser vislumbrados.

Em primeiro lugar, e mais evidente, o do candidato em exercer seu direito político fundamental em ser votado, por cujo exercício postula em juízo o deferimento do registro com rejeição de eventual impugnação apresentada por um dos legitimados.

Em segundo lugar, e de modo mais fluido, o interesse público de natureza política, representado pela pretensão do eleitorado em depositar votos válidos. De fato, deve-se obter que fosse a intenção do eleitor anular seu voto, desde logo o declararia branco. Se o eleitor declara voto em tal ou qual candidato, ainda que *sub judice*, é de crer que tencione sua validade, e que a eventual nulificação seja circunstância accidental que solapa sua originária vontade (art. 175, § 3º, CE e art. 16-A, Lei das Eleições).

Por fim, e em terceira posição, o interesse público de cunho estritamente patrimonial, qual seja, em não permitir que recursos públicos sejam destinados a campanhas de candidatos cujo registro venha a ser indeferido posteriormente, o que se considera prejuízo ao Erário.

A prevalência de cada um destes interesses impõe solução diversa ao problema do registro de candidatura que tramita paralelamente ao período eleitoral, e os respectivos atos que são permitidos ou vedados ao pretense candidato. Antes, entretanto, de verificar a solução que a prevalência de cada um destes pólos impõe, cumpre tecer pequena explicação sobre este último ponto.

Novidade nas eleições de 2018 foi a criação do FEFC – Fundo Especial de Financiamento de Campanha, atrelada sobretudo ao reconhecimento da inconstitucionalidade das doações patrocinadas por pessoas jurídicas (ADi n. 4.650). Claro que o financiamento público não é, a rigor, novidade no país, pois que já existente por força do fundo partidário ou mesmo do emprego de tempo em rádio e televisão, indiretamente financiados pelo Poder Público por meio de compensações fiscais (art. 99,

Lei n. 9.504/97)⁴⁷. O elemento inovador, certamente, foi a dimensão que tal fonte assumiu, já que passou a gozar importância muito maior dada a vedação do aporte dos recursos de empresas e pessoas jurídicas em geral, e ainda a falta de familiaridade do meio político eleitoral com o *crowdfunding*. De outro lado, a crise econômica atrelada à de representatividade dos órgãos compostos por membros eleitos, adicionou-se como tempero complicador, tornando o assunto agudamente polêmico.

Nesta quadra, surgiu então um novo elemento de sobrelevado peso, a ser considerado no jogo do registro da candidatura considerada *sub judice*: o envolvimento de recursos públicos em monta muito mais expressiva em candidaturas que podem, ao depois, serem cassadas, cogitando-se assim de prejuízo ao Erário. E diante desta possibilidade, o Ministério Público Eleitoral advertiu durante o último período eleitoral que proporia ações de ressarcimento contra requerentes cuja candidatura viesse a ser considerada inadmissível.

A iniciativa mereceu crítica da doutrina, afirmando-se inexistir justa causa para tanto, visto que a legislação expressamente permite que o candidato *sub judice* realize campanha normalmente até o trânsito em julgado da decisão indeferitória, ou até que tal indeferimento seja proferido pelo próprio Tribunal Superior Eleitoral. Argumentou-se que o indeferimento tardio não teria o condão de tornar em ilícitos atos de campanha realizados anteriormente sob o manto da permissão legal expressa, e que vedar o acesso aos recursos públicos neste caso seria violar o direito fundamental de exercer a capacidade eleitoral passiva, além de prejudicar o jogo democrático e a igualdade de oportunidades entre candidatos. Aliás, vaticinou-se que a só ameaça de cobrança já seria perniciosa ao livre jogo democrático⁴⁸.

Voltemos, pois, ao ponto de sabermos qual a solução imposta a prevalecer cada um dos pontos de interesse existentes no processo de registro de candidatura.

A prevalecer o primeiro centro de interesses, qual seja, o do candidato, a solução que logicamente se segue ao problema do registro de candidatura em curso é a de permitir

⁴⁷ DIAS, Joelson; SOARES, Michel Bertoni. *Lei da Ficha Limpa, indeferimento de pedido de registro de candidatura e aplicação de recursos públicos em campanha: dever de ressarcir o erário?* In REDESP, n. 3 (julho a dezembro de 2018), p. 11.

⁴⁸ DIAS, Joelson; SOARES, Michel Bertoni. *Lei da Ficha Limpa, indeferimento de pedido de registro de candidatura e aplicação de recursos públicos em campanha: dever de ressarcir o erário?* In REDESP, n. 3 (julho a dezembro de 2018), p. 13-14. Segundo ponderam os autores, “é preciso ainda acrescentar que os princípios da eficiência e economicidade, regentes da atuação da administração pública, não podem ser transportados de maneira estanque para o direito eleitoral” (Cit p. 13).

que o direito político fundamental seja plenamente exercido, mediante a prática de todos os ordinários atos de campanha, inclusive mediante o emprego dos recursos públicos, partidários ou não, a tanto dotados pelo orçamento público. Este foi claramente o pendor da solução legislada já citada, conforme se vê pela redação atual do art. 16-A da Lei n. 9.504/98. O problema com tal solução é impor o sacrifício integral dos outros interesses em debate. Os eleitores que depositaram seus votos pretensamente válidos ver-se-ão frustrados em seu intento político com o eventual indeferimento do registro acaso a solução final seja desfavorável ao candidato, e dirão que se soubessem que ao final seu voto seria desconsiderado, teriam feito outra opção política, até pelo conceito hoje difundido de “voto útil” (isto é, teriam optado por um candidato que, embora não fosse exatamente aquele pretendido, ao menos pudesse impedir a eleição de um indiscutivelmente indesejado). Também o interesse patrimonial do Erário restará maculado, já que dificilmente pode-se imaginar o candidato sendo demandado a ressarcir os cofres públicos pelo dispêndio de sua campanha, após final indeferimento do registro, notadamente porque vai aduzir certamente que a responsabilidade civil no caso é do Estado, já que o prejuízo ao Erário se liga por nexo de causalidade diretamente à decisão de indeferimento do registro.

Já a prevalência do segundo dos interesses em jogo, a saber, do eleitorado em apresentar votos válidos, exige que o candidato apenas se apresente como apto plenamente a receber votos, figurando na urna, após o definitivo julgamento de seu pedido de registro. Esta solução, claro, sacrificará o direito político fundamental de ser votado, já que cada minuto de decurso do processo de registro é um minuto de campanha perdido. Para tanto, o processo de registro deveria encerrar-se previamente ao período eleitoral (proposta que já foi aventada em doutrina). Neste caso, também fica salvaguardado o interesse público patrimonial, já que apenas se engajará em campanha e se tornará apto a receber fundos públicos o candidato que passar válida e integralmente pelo crivo do processo de registro. Esta última solução é *lege ferenda*, o direito legislado não a contempla⁴⁹.

⁴⁹ Defendendo que o processo de registro fosse adiantado, de modo que as decisões a seu respeito se estabilizassem antes do início da campanha: DIAS, Joelson; SOARES, Michel Berton. *Lei da Ficha Limpa, indeferimento de pedido de registro de candidatura e aplicação de recursos públicos em campanha: dever de ressarcir o erário?* In REDESP, n. 3 (julho a dezembro de 2018), p. 13; SEVERO DA SILVA, Luis Gustavo Motta. *Registro de candidatura – O conflito entre o encurtamento dos prazos e a substituição de candidatos* in Revista do Advogado 139/130, p. 136-137.

Poderíamos aventar solução de meio-termo, que contemple em certa medida todos os interesses em jogo sem sacrificar totalmente a nenhum deles. O instrumental para tanto é a noção de *cautelaridade* aplicada ao processo de registro de candidatura, como a seguir esboçado.

Não se há aqui de descer a minúcias a fim de conceituar o provimento cautelar. O que aqui importa é sua finalidade primordial de assegurar o resultado útil do processo, impedindo que o decurso do tempo importe a inutilidade ou desnecessidade do provimento. Em verdade, por via do referido mecanismo procede-se a alocação do ônus do tempo sobre um ou outro dos atores processuais. Deferido o provimento cautelar, sobre o requerido; indeferido; sobre o requerente.

O citado art. 26-C, da Lei Complementar n. 64/90 permite que o órgão jurisdicional *ad quem* faça recair sobre a coletividade o ônus tempo, patrocinando uma campanha que pode, ao finar, tornar-se despropositada pelo definitivo indeferimento do registro de candidatura.

Se a interpretação extensiva que se lhe dá, e o poder geral de cautela inerente à função jurisdicional⁵⁰, servem a autorizar que até mesmo órgãos não citados pela literalidade da regra profiram provimentos aptos a suspender *quaisquer situações de inelegibilidade* em franca tutela ao direito fundamental político, indaga-se: porque a mesma amplitude não se lhe poderia dar para tutelar outros interesses de mesma hierarquia envolvidos no processo de registro de candidatura?

É imperioso que aqui se aplique o princípio da simetria, calcado no próprio primado da isonomia, de modo a autorizar que o órgão jurisdicional encarregado de conduzir e decidir o processo de registro também restrinja a incidência do direito previsto pelo art. 16-A, da Lei n. 9.504/98.

Deve-se admitir que a Justiça Eleitoral, diante da situação concreta de inelegibilidade; ausência de condição de elegibilidade e quiçá ausência de pressuposto de registrabilidade, impeça que o pretense candidato tenha acesso a verbas públicas para

⁵⁰ “O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória” (art. 297, “caput”, CPC). Cumpre frisar que a aplicabilidade das tutelas provisórias ao processo de registro de candidatura guarda respaldo no art. 14 da Res n. 23.478/2016 do C.Tribunal Superior Eleitoral: “Art. 14. Os pedidos autônomos de tutela provisória serão autuados em classe própria. Parágrafo único. Os pedidos apresentados de forma incidental em relação a feitos em tramitação serão encaminhados à autoridade judiciária competente, que determinará a sua juntada aos autos principais ou adotará as providências que entender cabíveis”.

financiamento de sua campanha, até que em definitivo se defira seu registro (ou ao menos até que obtenha um primeiro provimento favorável a seu pleito registral).

Num segundo nível de gradação de restrição ao exercício do direito previsto pelo art. 16-A, de se admitir se condicione o acesso aos fundos públicos de financiamento de campanha à prestação de caução, garantia destinada a eventualmente assegurar o ressarcimento dos cofres públicos em caso de definitivo indeferimento do registro.

Por fim, em situações mais drásticas, em que haja evidência da inexistência do direito, até mesmo negar ou restringir os atos de campanha a serem praticados pelo requerente, ou exigir que em todos os atos públicos seja assegurado ao eleitor conhecer a condição do candidato de *sub judice*.

A doutrina, ao defender a possibilidade de substituição tardia de candidato, assunto que já mencionamos, indaga de modo retórico: o que é mais pernicioso à democracia, permitir a tardia substituição de candidatos ou admitir o voto dirigido a candidatos inelegíveis, ocasionando-se eventualmente até mesmo a necessidade de realização de novo pleito?⁵¹

Obviamente que a mesma pergunta se coloca no tema ora examinado: admitir restrições ao direito de realizar campanha ou permitir o voto dirigido a candidatos inelegíveis a implicar o risco de novo pleito? A defesa à *clareza do voto* não entra em voga nesta particular sede, como entra em outras? E o respaldo ao voto *direto*?

Todas são perguntas que aqueles que defendem como irrefragável e irrestrito o exercício do direito previsto pelo art. 16-A, da Lei n. 9.504/98 devem responder.

Em adição, há de se admitir que exsurgindo o indeferimento definitivo do registro e em tendo havido acesso a fundos públicos por parte do requerente, há de ressarcir o candidato ao Erário, se necessário pela via judicial, em ação que pode ser ajuizada pelo Ministério Público Eleitoral ou mesmo pela advocacia pública da pessoa jurídica de direito público cujos recursos foram empregados, no caso, a União.

Não se cuida de tornar em ilícitos os atos de campanha realizados sob os auspícios do art. 16-A, da Lei n. 9.504/98, mas de ensejar a tutela dos demais interesses que gravitam em torno do processo de registro de candidatura, aos quais já fizemos ampla referência, e tornaremos a mencionar no item que se segue como conclusivo. Com efeito,

⁵¹ SEVERO DA SILVA, Luis Gustavo Motta. *Registro de candidatura – O conflito entre o encurtamento dos prazos e a substituição de candidatos* in Revista do Advogado 139/130, p. 133.

não se justifica que a campanha do candidato *sub judice* corra por conta e risco da sociedade, seja à custa da fidedignidade de consciência do eleitor, seja à custa dos recursos públicos destinados à campanha.

A responsabilização do candidato pelo ressarcimento ao Erário na hipótese de definitivo indeferimento do registro é objetiva, independe de culpa ou dolo, e decorre exclusivamente da definitiva negativa de acesso ao pleito, na mais lúdica aplicação da *teoria do risco*, na forma como encampada em caráter genérico pela legislação civil pátria, considerando que a atividade de campanha levada a cabo nestas condições particulares ocasiona risco à sociedade⁵².

Adverte Alexy que quanto mais um princípio de direito fundamental é restringido mais resistente ele se apresenta, de modo a exigir que as razões que justificam uma crescente restrição disponham de uma também crescente força, proporcionalmente, defendendo por fim haver condições últimas em que nenhum princípio potencialmente colidente prevalecerá, aquilo que denomina *âmbito nuclear da configuração da vida privada*. Não é que nesta conjuntura não se possa falar na existência de princípios colidentes, mas que a segurança da proteção é tamanha, que *em condições normais* pode-se falar em *proteção absoluta*⁵³.

É esta mesma gradação de razões que se deve observar em correspondência com o nível de restrições que hão de ser impostas ao direito fundamental de participar do processo eleitoral por meio de campanha. Entre a mera exigência de advertência ao eleitor de que a candidatura está *sub judice*, a negativa de acesso a fundos públicos ou a exigência de caução, a restrição a alguns atos de campanha, e o total impedimento de realizá-la, hão de corresponder razões gradativamente mais intensas, aqui assimiladas à idéia de (im)plausibilidade do direito invocado.

A rigor, o próprio C.Tribunal Superior Eleitoral tem admitido que o exercício do direito político fundamental ao sufrágio passivo não justifica a realização de campanha sempre e a qualquer custo, de forma ampla e absolutamente irrestrita. Porém, o órgão procedeu à restrição valendo-se de um recurso terminológico, sem afirmar expressamente que o estava fazendo, e o fez modulando o conceito de *candidatura sub judice*.

⁵² “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (art. 927, p. único, CC).

⁵³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2º ed. Tradução: AFONSO DA SILVA, Virgílio. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 300-301.

No caso mais recente e midiático, o registro de candidatura do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva nas Eleições Gerais de 2018, nas quais pretendia concorrer ao cargo de Presidente da República, decidiu a Corte Superior: “Desde o julgamento do ED-REspe nº 139-25, o Tribunal Superior Eleitoral conferiu alcance mais limitado à expressão ‘registro sub judice’ para fins de aplicação do art. 16-A da Lei nº 9.504/1997, fixando o entendimento de que a decisão colegiada do TSE que indefere o registro de candidatura já afasta o candidato da campanha eleitoral”.

Os fundamentos trazidos pelo voto do íncrito relator são expressão maiúscula de tudo quanto se vem defendendo até aqui. Vale a transcrição de trechos sintomáticos:

“(…) a interpretação da expressão ‘registro sub judice’ não pode ocorrer de forma isolada. Ao contrário, deve harmonizar os interesses em conflito e garantir a coerência do sistema das inelegibilidades, sobretudo levando em conta: (i) a superveniente edição da Lei Complementar nº 135/2010, conhecida por Lei da Ficha Limpa; (ii) a abreviação do período de campanha eleitoral, empreendida pela minirreforma eleitoral do ano de 2015 (Lei nº 13.165/2015); (iii) e a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelo Supremo Tribunal Federal, da expressão ‘após o trânsito em julgado’, prevista no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral, com redação dada pela Lei nº 13.165/2015, para a realização de nova eleição em razão da não obtenção ou do indeferimento do registro de candidatura (...)

(...) impõe-se reconhecer que o candidato deixa de ser considerado, a partir do momento em que *sub judice* sobrevém decisão de órgão colegiado da Justiça Eleitoral (Tribunal Regional Eleitoral ou Tribunal Superior Eleitoral) em que o registro da candidatura é indeferido. Em outras palavras, se o candidato, até a decisão do órgão colegiado da Justiça Eleitoral, relativa ao registro de sua candidatura, não obtiver o afastamento da inelegibilidade no processo que a ela deu origem (art. 26-A da LC nº 64/1990) ou, pelo menos, a suspensão dos efeitos da decisão colegiada naquele mesmo processo (art. 26-C da LC nº 64/1990), não mais ostentará a condição de candidato sub judice, sendo-lhe, assim, inaplicável o art. 16-A da Lei nº 9.504/1997, que autoriza a realização de atos relativos à campanha eleitoral e a manutenção de seu nome na urna eleitoral (...)

(...) Considerando-se que o prazo para substituição de candidaturas se encerra 20 dias antes das eleições (art. 13, § 3º da Lei nº 9.504/1997), a Justiça Eleitoral dispõe de apenas 30 a 40 dias para apreciar um pedido de registro de candidatura em todas as suas

instâncias. Essa circunstância torna materialmente impossível que o trânsito em julgado da decisão de indeferimento do registro ocorra antes do advento da data-limite para substituição dos candidatos, o que lança um quadro de insegurança sobre a situação jurídica dos candidatos (...)

(...) Nesse contexto, interpretar a expressão ‘registro sub judice’ do art. 16-A da Lei nº 9.504/1997 como a candidatura cujo indeferimento é passível de revisão significa, na prática, afirmar que a Justiça Eleitoral está impossibilitada de obstar a participação de um candidato inelegível. Essa conclusão não pode ser aceita, uma vez que acarreta elevados custos: (i) institucionais e ao processo eleitoral, em razão da invalidação de votos recebidos pelo candidato inelegível (art. 175, §3º, do Código Eleitoral) e da violação à soberania popular; e (ii) financeiros, em razão da eventual necessidade de realização de novas eleições, a depender da expressividade dos votos anulados (art. 224, caput e seu §3º do Código Eleitoral) (...)

(...) É preciso considerar, ainda, que o STF, no julgamento da ADI 5525, sob a minha relatoria, declarou a inconstitucionalidade da locução ‘após o trânsito em julgado’ prevista no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral (com redação dada pela Lei nº 13.165/2015) para a realização de nova eleição em razão da não obtenção ou do indeferimento do registro de candidatura. No julgamento, o STF entendeu que aguardar o trânsito em julgado para convocar novas eleições após o indeferimento do registro de candidatura violaria a soberania popular, a garantia fundamental da prestação jurisdicional célere, a independência dos poderes e a legitimidade exigida para o exercício da representação popular. Assim, determinou-se que basta a manifestação do órgão colegiado, ou do Tribunal Superior Eleitoral para que seja realizado novo pleito, a partir da interpretação sistemática dos arts. 16-A da Lei nº 9.504/1997; 15 da Lei Complementar nº 64/1990; 216 e 257 do Código Eleitoral. Se para realizar novas eleições basta a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, com muito mais razão deve-se permitir a negativa de registro, impedindo-se que a candidatura seja considerada *sub judice* para fins de assegurar os atos relativos à campanha eleitoral e a manutenção do nome na urna. Ademais, a necessidade de execução imediata dos julgados do TSE não é novidade, já tendo sido afirmada por esta Corte Superior em diversos julgados, a exemplo do RO nº 2246-61-ED/AM, em que fui designado redator para acórdão, j. em 22.08.2017; e RO nº 1220-86/TO, Red. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. em 22.03.2018 (...).’

5. Conclusão.

A condição mínima para uma democracia deliberativa é a exigência de razões para embasarem ações governamentais. A Constituição norte-americana, por exemplo, é compreendida como tendo estabelecido, pela primeira vez, uma “república de razões”⁵⁴. Estas razões hão de ser compreendidas por segmentos sociais diferentes e que atuam de perspectivas e baseados em premissas diferentes. Daí porque são razões de interesse público⁵⁵.

Como um segundo pilar, tem-se que o *princípio da imparcialidade* no governo republicano emerge como um remédio contra três perigos: o legado da monarquia, a representatividade de governo fundada nos próprios e pessoais interesses e o poder das facções, isto é, a chamada “tirania da maioria”. Referido princípio é intimamente relacionado com a necessidade de limitar a arbitrariedade do rei, e impunha no contexto do Constitucionalismo norte-americano, que os resultados sociais fossem justificados não por referência à natureza ou à tradição, mas ao invés, em razões de interesse público, e como tal, uma garantia contra a representação política tendenciosa aos pessoais interesses do representante⁵⁶.

Considerando que tais ponderações guardam íntima relação com a forma republicana de governo e a preservação da lisura do processo democrático representativo, não há porque não as aproveitar ante nossa realidade e os princípios constitucionais fundantes que norteiam nosso Estado de Direito, que preza pelos mesmos valores.

A decisão a respeito do deferimento ou não de uma candidatura influi diretamente na condução do processo democrático, daí porque há muito mais em jogo do que o simples interesse particular do partido ou candidato, mesmo que legítimo⁵⁷.

Uma posição *prima facie* decorrente de um direito fundamental pode ser restringida por uma regra, quando então cria-se um *não-direito definitivo* de igual conteúdo, ou por um princípio restringidor. Este, contudo, não é apto a estabelecer uma

⁵⁴ SUSTEIN, Cass R. *A Republic of reasons* in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. *Modern Constitutional Theory – A reader*. 5º ed. Saint Paul: Thomson-West, 2004, p. 64.

⁵⁵ SUSTEIN, Cass R. *A Republic of reasons* in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. *Modern Constitutional Theory – A reader*. 5º ed. Saint Paul: Thomson-West, 2004, p. 67.

⁵⁶ SUSTEIN, Cass R. *A Republic of reasons* in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. *Modern Constitutional Theory – A reader*. 5º ed. Saint Paul: Thomson-West, 2004, p. 63.

⁵⁷ HARZHEIM, Elaine Macedo. *Decisões no processo de registro de candidatura e coisa julgada: os artigos 502 e 503 do NCPC e o Direito Eleitoral*. In: TAVARES, 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. 331.

posição definitivamente restringida a não ser após o sopesamento entre o princípio constitucional atingido e o restringidor⁵⁸.

Tal sopesamento se faz considerando-se que as inelegibilidades guardam relação com o direito à boa governança, além da proteção à igualdade e à liberdade de convicção política, no caso da repressão ao abuso do poder econômico ou político⁵⁹. O direito à boa governança, portanto, justifica a restrição ao pleno exercício do direito político representado pelo sufrágio passivo, e representa, em última instância, o próprio direito à democracia substancial ou material⁶⁰.

A principal limitação às restrições é a garantia do *conteúdo essencial*⁶¹. Na doutrina alemã distinguem-se teorias objetiva e subjetiva na definição da proteção ao conteúdo essencial, a primeira obstando restrições que tal monta que tornem insubsistente a validade do direito fundamental para todo o corpo social ou para boa parte dele; a segunda impedindo que tal restrição se verifique unicamente em situações concretas. As teorias subjetivas distinguem-se também em absolutas e relativas. Estas admitem que o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento, de modo que restrições que respeitem a proporcionalidade não representam violações ao conteúdo essencial do direito, mesmo que dele nada reste após a operação. Neste caso, “garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade”⁶². Na concepção absoluta, como sugere a nomenclatura, cada direito ostenta um núcleo essencial que não pode ser tangido em situação alguma⁶³.

Por óbvio que definições absolutas de direitos fundamentais implicam atribuir ao indivíduo deles titular verdadeiramente soberania, e não apenas liberdade, no tocante ao chamado núcleo essencial que seja inteiramente inatingível.

Ademais, sabe-se que na realidade do Direito inexistem concepções absolutas de direitos fundamentais, pois que todos, mesmo os primevos, como o direito à vida, são

⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2º ed. Tradução: AFONSO DA SILVA, Virgílio. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 284.

⁵⁹ “O direito à boa governança consiste na exigência de um agir governamental baseado na transparência, responsabilização do governante, igualdade, legalidade, não discriminação e participação” (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 999).

⁶⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1.000.

⁶¹ A Constituição Alemã prevê de forma expressa no art. 19, § 2º, que assim se traduz: “Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência”.

⁶² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2º ed. Tradução: AFONSO DA SILVA, Virgílio. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 297-298.

⁶³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2º ed. Tradução: AFONSO DA SILVA, Virgílio. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 297-298.

restringíveis dentro de condições mais ou menos rígidas. Não há porque pensar diferentemente em relação ao direito fundamental político de participar do certame eleitoral.

Assevera a doutrina que o art. 16-A visa desestimular a insistência das forças políticas em candidaturas improváveis⁶⁴. Entretanto, a aplicação irrestrita e absoluta que se lhe pretende dar evidentemente trai este escopo, visto que torna vantajoso insistir na candidatura improvável, que, porém, pode se erigir em poderoso atrativo de votos, especialmente se lograr o candidato *sub judice* permanecer com seu nome na urna, em claro prejuízo ao voto consciente e livre.

Em lapidar lição, a doutrina leciona que “(...) exatamente porque os bens tutelados pelo Direito Eleitoral guardam essa dignidade constitucionalmente garantida, é que o olhar do intérprete terá que construir a devida adequação dos institutos processuais civis, aos conflitos eleitorais (...)”⁶⁵. E é nesta ótica que se deve compreender a noção de cautelaridade, plausibilidade do direito invocado, *periculum in mora*, risco de irreparabilidade de prejuízos etc., todas noções já tocadas ao longo deste estudo, e que na seara eleitoral adquirem o colorido diferenciado que se procurou destacar.

6. Bibliografia.

ACKERMAN, Bruce. *We the People, volume 1: Foundations* in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. *Modern Constitutional Theory – A reader*. 5º ed. Saint Paul: Thomson-West, 2004, p. 51-62.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2º ed. Tradução: AFONSO DA SILVA, Virgílio. São Paulo: Malheiros, 2015, 673p.

DIAS, Joelson; SOARES, Michel Bertoni. *Lei da Ficha Limpa, indeferimento de pedido de registro de candidatura e aplicação de recursos públicos em campanha: dever de ressarcir o erário?* In REDESP, n. 3 (julho a dezembro de 2018).

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 12º ed. São Paulo: Atlas, 2016, 881p.

⁶⁴ SEVERO DA SILVA, Luis Gustavo Motta. *Registro de candidatura – O conflito entre o encurtamento dos prazos e a substituição de candidatos* in Revista do Advogado 139/130, p. 132.

⁶⁵ HARZHEIM, Elaine Macedo. *Decisões no processo de registro de candidatura e coisa julgada: os artigos 502 e 503 do NCPC e o Direito Eleitoral*. In: TAVARES, 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. 329.

HARZHEIM, Elaine Macedo. *Decisões no processo de registro de candidatura e coisa julgada: os artigos 502 e 503 do NCPC e o Direito Eleitoral*. In: TAVARES, 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. 317-334.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2018, 1089p.

RIBEIRO, Fávila. *Pressupostos constitucionais do direito eleitoral*. Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1990, 143p.

RUBENSFELD, Jed. *Of Constitutional Self-Government* in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. *Modern Constitutional Theory – A reader*. 5º ed. Saint Paul: Thomson-West, 2004, p. 72-75.

SANCHIS, Luis Prieto. *Los derechos fundamentales en la época del Constitucionalismo* in CONRADI, Faustino Gutiérrez-Alviz; LÁZARO, Javier Martínez. *El juez y la cultura jurídica contemporánea*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009, p. 139-174.

SEVERO DA SILVA, Luis Gustavo Motta. *Registro de candidatura – O conflito entre o encurtamento dos prazos e a substituição de candidatos* in Revista do Advogado 139/130.

SUSTEIN, Cass R. *A Republic of reasons* in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. *Modern Constitutional Theory – A reader*. 5º ed. Saint Paul: Thomson-West, 2004, p. 63-72.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura Agra. *Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009, 374p.

ELEIÇÕES DE 2018 : A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA SOBREPOSIÇÃO AO DIREITO ELEITORAL

Jeferson Moreira de Carvalho

Doutor e Mestre em Direito do Estado (PUC/SP).
Aperfeiçoado em Direito pela *École Nationale de la Magistrature* (Paris-França). Membro do Conselho e Professor na Escola Judiciária Eleitoral Paulista(EJEP). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

RESUMO: A dignidade da pessoa humana se apresenta no Estado brasileiro como um de seus fundamentos e o direito eleitoral, como meio de exercício da cidadania e, deste modo como fundamento da dignidade se sobrepõe do direito eleitoral. A constatação da propaganda eleitoral, no sentido largo da expressão, como se percebe, é sempre voltada a obter a simpatia do eleitor para se traduzir em voto, sem a mínima preocupação com a ética e sem prestigiar o eleitor como ser humano, que deve receber do Estado e das instituições, partidos políticos, um tratamento digno. A transmissão de mensagem ilusória, que engana se traduz em comportamento que não considera a dignidade da pessoa humana. Ter tratamento digno não é só receber moradia, saúde e aposentadoria (o que não se recebe a contento), mas sim, também receber mensagens verdadeiras, com preocupação com o povo e a população. A relação entre dignidade da pessoa humana e direito eleitoral é inquebrantável; mas estando a dignidade em sobreposição.

Palavras -Chave: Dignidade da pessoa humana. Direito Eleitoral. Ética. Superposição.

ABSTRACT: The dignity of the human person presents itself in Brazil as one of its foundations and the electoral right as a means of exercising citizenship; in this way as a foundation of dignity overlaps with electoral law. The electoral propaganda, in the broad sense of the expression as it is perceived, is always aimed at obtaining the sympathy of the voter to translate into a vote without the least concern for ethics; in short without prescribing the voter as a human being, who must receive decent treatment from the State, institutions and political parties. The transmission of an illusory, deceitful, unethical message translates into behavior that does not consider the dignity of the human person. To have a dignified treatment is not only to receive housing, health, retirement (what is not received to the satisfaction), but also to receive true messages, with concern for the people and the population. The relationship between human dignity and electoral law is unbreakable; but with dignity in overlap.

Keywords: Dignity of the human person. Electoral Law. Ethic. Superposition.

1. INTRODUÇÃO.

Dois temas sempre atuais e que se relacionam intimamente, porque tratam da pessoa humana, quanto ao seu contexto na vida social e estatal, são a dignidade da pessoa humana e o direito eleitoral.

A dignidade da pessoa humana tem por fim o respeito à qualquer pessoa quanto a sua condição de humano, que está neste mundo para viver bem e encontrar a felicidade, exigindo o respeito por parte do Estado e de toda a sociedade. De outro lado, o direito eleitoral possibilita a qualquer pessoa que, cumprindo os requisitos constitucionais, possa ter participação real na condução do Estado, em qualquer ente federado, ou mesmo com uma atividade mais simples, mas de importância suprema, através do exercício do direito do voto.

A relação do fundamento republicano da dignidade com a participação real por meio do direito eleitoral apresenta um liame que não pode ser rompido, o que nos leva a tecer os comentários que vão se seguir, com o fim de demonstrar que o direito eleitoral só é válido e justo se mirar no bem estar do ser humano, ou seja, se prestigiar a dignidade da pessoa humana, que é o elemento central da Constituição de um povo.

A Constituição Federal, desde o seu Preâmbulo, já impõe aos Poderes do Estado o respeito ao ser humano em território nacional, quando expressa que o Estado democrático é instituído destinado **a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.** O que nos força concluir que o Estado brasileiro, foi instituído pela Constituição de 1988, chamada de cidadã por Ulisses Guimarães, para que o ser humano seja respeitado e assim possa viver no meio social, exercendo seus direitos plenamente.

O elemento subjetivo do todo Estado deve ser o **bem comum**, porque ao contrário não há justificativa política para a sua criação. Então, o respeito à pessoa física e a todos os seus direitos é conduta que se impõe aos Poderes e a toda a sociedade.

Não há como se afastar da ideia de que a dignidade da pessoa humana deve sempre ser prestigiada.

Para sustentar nosso pensamento, vamos iniciar com a **ideia de dignidade da pessoa humana**, que na verdade antecede qualquer constituição, na medida em que o ser humano nasce para ser feliz e, assim, pratica e quer ações na busca desta felicidade¹, exigindo que sua vida tenha dignidade, o que somente será possível, quando as ações estatais e das instituições também são voltadas para atingi-la.

O constituinte originário não se esqueceu dessa ideia, tanto que no artigo inaugural expressa no inciso III, que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Em seguida, entraremos no **conceito de dignidade da pessoa humana**, expresso de uma abstração enorme. Entretanto, relendo alguns estudiosos, vamos nos deparar com uma definição que nos satisfaça e que nos permita entender e posicionar a dignidade na vida estatal e social em que estamos inseridos.

Encontrado um bom conceito, passaremos aos Direitos Políticos, de onde se extrai o Direito Eleitoral, como previsto pela Constituição, inseridos no Capítulo IV do Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais; não ficando à margem o Capítulo V do mesmo Título, que traça as regras básicas dos Partidos Políticos.

Após, entraremos nas condutas eleitorais, de modo mais específico na propaganda eleitoral em ano pré-eleição e ano de eleição, nas quais os partidos políticos, os candidatos e seus filiados tentam de todas as maneiras ganhar a simpatia dos eleitores, para que isto se transforme em **votos**, mas quase sempre se esquecendo do eleitor como pessoa humana.

Ao final, se apresentará a relação, prevista na Constituição, entre a dignidade da pessoa humana e o direito eleitoral, e como devem agir os partidos políticos e políticos partidários para que tal relação seja prestigiada.

¹ “Logo, a felicidade é algo final e autossuficiente, e é o fim que visam as ações (Aristóteles – Ética a Nicômanos – Livro I)

A conclusão será feita de forma a mostrar que a dignidade da pessoa humana deve se sobrepôr ao direito eleitoral. Todavia, não é o que vem acontecendo em muitas situações, o que exige um preparo eleitoral dos partidos políticos e seus filiados, para que enxerguem o eleitor como uma pessoa com respeito e dignidade, ultrapassando o valor de um voto.

2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Evidente que a ideia de dignidade da pessoa humana tem sua origem nos direitos inatos do homem, no direito natural, no direito transcendental. O respeito à dignidade, como exposto na Introdução, é a maneira para se alcançar a felicidade almejada, logo, a ideia de dispensar um tratamento digno, está presente no tempo desde sempre.

2.1. Ideia que antecede a Constituição.

Aceitando que dignidade da pessoa humana acompanha o homem desde sua aparição no mundo em que vivemos, temos que nos socorrer dos ensinamentos de Miguel Reale, após alguns posicionamentos, no sentido de que:

“...o valor da pessoa humana passa a ser visto como o “valor fonte” de todos os valores sociais, e, por conseguinte, como fundamento essencial à ordem ética, em geral, e à ordem jurídica, em particular. Isso significa que não se pode alcançar o sentido essencial do Direito sem se levar em conta a natureza essencial do homem, segundo o clássico ensinamento de Cícero: “*natura juris ab hominis natura repetenda est*”, ou seja, que a natureza do Direito resulta da natureza mesma do homem.”^{2- 3}

² Direito Natural/Direito Positivo. Saraiva.1984. São Paulo.p.19

³ “ Idem 2 – “Estabelecido, assim, o caráter universal do conceito de pessoa, deflui a consequência de que ele representa o fulcro e o princípio fundamental de toda ordem jurídica. Em verdade, se o Direito, tudo somado, deve ter como seu destinatário o homem – seja visto em sua individualidade, seja considerado como *socius* ou membro componente dos múltiplos círculos de interesse que compõem a convivência social – é claro que só haverá ordem jurídica ou política aberta, como é essencial a democracia, quando houver um sistema aberto e dinâmico de relações intersubjetivas, de tal modo que haja complementaridade e não conflito entre as pretensões individuais recíprocas, sem que o Estado ou quaisquer outras estruturas dominantes se situem num plano inacessível à livre críticas dos consociados.”

Se a pessoa humana é o “valor fonte” de todos os valores e o sistema normativo, a partir da Constituição deve ter o homem como destinatário, não há como fugir do pensamento que as ações estatais e das instituições responsáveis pela concretização de direitos fundamentais, devem sempre praticar ações voltadas a este “valor fonte”, porque este antecede a constituição jurídica-política do Estado.

A dignidade da pessoa humana, fundada em um direito transcendental, não deve ser prestigiada porque está inserida na Constituição Federal, mas ser porque existe antes do Estado ser criado.

Respeitar a dignidade do outro é dispensar um tratamento justo, o que antecede, ao nosso pensar e a qualquer normatividade. Conforme ensina Kelsen, mesmo tecendo comentários importantes sobre a “tentativa de fundar o direito natural na natureza humana”, é possível perceber essa antecendência de forma racional.

“Direcção proeminente dentro da teoria do direito natural, usualmente designada como “racionalista”, é aquela cujos representantes vêm a natureza do homem na sua razão e, conseqüentemente, procuram deduzir da razão as normas de um direito justo. Eles admitem que estas normas são imanentes à razão ou, o que vem a dar no mesmo, que a razão, como autoridade normativa, como legisladora, prescreve aos homens conduta recta, isto é, a conduta justa. Este direito natural surge assim como direito racional. O justo é o natural, porque é o racional.”⁴

Todo ser humano quer que as ações a ele dispensadas sejam corretas e justas, estejam prescritas ou não no sistema normativo. Desse modo, pela aceitação racional do direito natural, a dignidade da pessoa humana está inserida no raciocínio, porque dispensar tratamento racional de maneira reta e justa é prestigiar a dignidade que todo ser humano pretende ter.

Assim, com base no direito natural, temos que a dignidade da pessoa humana é um atributo presente em todas sociedades, por mais primitivas que sejam, e em toda organização estatal, desde os primórdios até o momento histórico em que vivemos.

A dignidade da pessoa humana não é uma criação da atualidade, sendo inerente a condição humana e, por isso, antecede qualquer sistema normativo.

⁴ Kelsen, Hans- A Justiça e o Direito Natural. Armênio Amado Editor. 2ªed.1979.Coimbra/Portugal. p.114.

2.2. Fundamento da República.

Conforme ensinamentos de José Afonso da Silva, **“Fundamento” é um termo tirado da Arquitetura, e significa aquilo sobre o qual repousa certa ordenação ou conjunto de conhecimento, aquilo que dá a alguma coisa sua existência ou sua razão de ser, aquilo que legitima a existência de alguma coisa.**⁵

Nesta linha, os fundamentos da República expressos no art. 1º da Constituição da República significam que o Estado brasileiro repousa, justifica sua existência e tem sua razão de ser, nas ideias acima expostas, dentre as quais, a ideologia da dignidade da pessoa humana, ratificando o já escrito em linhas anteriores, no sentido de que qualquer ato estatal, de suas instituições e mesmo da sociedade civil tem que repousar suas bases na “dignidade da pessoa”, vendo a pessoa humana como “um ser em si mesmo”, e não um meio para atingir objetivos estranhos.

Os regimes totalitários que a humanidade experimentou e as atrocidades cometidas em nome das grandes guerras mundiais serviram de motivos para que constituintes de diversos países alçassem a dignidade da pessoa humana como um direito fundamental, **e a fundamentalidade dos direitos fundamentais, reflete a preocupação com a pessoa humana e sua dignidade, garantindo um mínimo de direitos determinados, zelando sempre pela diferença e identidade de uma comunidade.**⁶

Em nossa Constituição, a “dignidade da pessoa humana”, é um dos fundamentos da República, inserido como um dos direitos fundamentais a ser respeitado, o que ratifica a positivação do pensamento.

Mas, ainda que positivado, como já dito, conceituar a dignidade da pessoa humana é uma tarefa extremamente difícil, em razão do alto grau de abstração do conteúdo e por abarcar todos os segmentos da vida de cada pessoa. Assim, **abordar a universalização dos direitos humanos e**

⁵ Comentários Contextual à Constituição. 3ª ed. Malheiros Editores. 2006. São Paulo. p.35.

⁶ ALVES, Aline Cardin, BORCAT, Juliana Cristina- Judicialização dos Direitos Fundamentais *in* Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais (organizadores Mauricio Martins Reis e Marco Felix Jobim). Livraria do Advogado Editora. 2015. Porto Alegre. p.14.

dignidade humana é uma tarefa árdua ... ao longo da história da humanidade sabe-se que as pessoas não eram tratadas de forma igual no alcance do conceito do termo “dignidade”, ...”⁷

A dignidade da pessoa humana é um valor supremo, que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. É referência unificadora de todos os direitos fundamentais.⁸

Como se vê, a posição do fundamento da dignidade da pessoa humana tem a *vis atractiva* sobre todos os princípios fundamentais e se impõe como uma referência que unifica. Desta forma, pode-se afirmar que os direitos fundamentais decorrem da dignidade da pessoa humana.

Há posições que nem todos os direitos catalogados com fundamentais estão tocados pela dignidade humana, mas bom observar os ensinamentos de André Ramos Tavares, depois de tratar deste pensamento que **mesmo que não esteja expresso nos artigos da Constituição Federal brasileira o termo “dignidade da pessoa humana, sua ideia poderá ser compreendida como presente. Assim, e como ocorrência, em um segundo nível, de uma *parcialidade* do princípio da consubstancialidade, tem-se que, mesmo quando ocorrente a dignidade do Homem no significado de determinado direito fundamental, essa presença poderá ser mínima, atendendo-se à não absolutização desta (parcialidade).⁹**

Extraí-se que, mesmo que se aceite que os direitos fundamentais não contenham obrigatoriamente algo de proteção ou prestígio a dignidade, há uma certeza que os direitos fundamentais decorrem da dignidade humana, tanto que **a dignidade da pessoa humana, como já adiantado, guarda uma maior ou menor relação com as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.¹⁰**

⁷ SANTOS, Ediana di Franco Matos da Silva- A dignidade da pessoa humana dos deficientes com transtorno do espectro do autismo: Ativismo judicial no ordenamento jurídico brasileiro como efetivação dos direitos fundamentais sociais *in* Montesquieu, Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial e Dignidade da Pessoa Humana (organizador Jeferson Moreira de Carvalho). Moreira&Carvalho. São Paulo. 2017. p.64

⁸ COCURUTTO, Ailton- Os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Inclusão Social. 1ªed. Malheiros Editores. São Paulo. 2.010. p.20.

⁹ Curso de Direito Constitucional. 13ª ed. Saraiva. São Paulo. 2015. p.447

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang *et all*- Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. Saraiva. São Paulo. 2016. p. 265 “ A dignidade da pessoa humana, nessa quadra, revela particular importância prática a partir da constatação de que ela(a dignidade da pessoa humana) é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral (portanto, de todos e de cada um), condição que também para uma paralela e conexa dimensão defensiva(negativa) ou prestacional(positiva) da dignidade. Com efeito, verifica-se que na sua atuação como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de que a dignidade constitui o fundamento e conteúdo de direitos fundamentais(negativos) contra atos que violem ou a exponham a ameaças e riscos, no sentido de posições subjetivas que têm por objeto a não intervenção por parte do Estado e de terceiros no âmbito de proteção da dignidade.

Enfim, em resumidas palavras, pode-se dizer que uma pessoa tem uma vida digna quando consegue exercer na plenitude os direitos fundamentais previstos pela Constituição. Espera-se, assim, que a sociedade enxergue e respeite esses direitos individuais e que o Estado aja sempre observando que a pessoa é o fim em si mesma.

Nesse contexto, temos que relacionar a dignidade da pessoa humana com o Direito Eleitoral e entender a superposição da pessoa humana no sistema e, por conseguinte, ao Direito Eleitoral, que se apresenta como simples maneira da pessoa humana exercer seus direitos políticos.

3. DIREITOS POLÍTICOS E DIREITO ELEITORAL.

3.1. Direitos Políticos.

Os “Direitos Políticos” estão previstos no Capítulo IV do Título II da Constituição Federal, que também trata dos “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Portanto, os direitos políticos são um direito fundamental, antecedido pelos “Princípios Fundamentais”, que tem a dignidade da pessoa humana prevista como um de seus fundamentos.

Tais direitos correspondem aos direitos para viver na *polis*, com participação ativa nos destinos da sociedade e do Estado. Devemos ter uma sociedade forte e soberana para que o Estado também seja forte e soberano.

Em explicação sintetizada, De Plácido e Silva mostra que Direito Políticos **subjetivamente considerado, geralmente designado no plural *direitos políticos*, é tido como a faculdade outorgada a todo cidadão de participar da administração pública, direta ou indiretamente, sendo eleito para os seus cargos eletivos ou de representação, ou do sufrágio, que escolhe os delegados ou representantes do povo.**¹¹

A leitura do art. 14 e seguintes da Constituição Federal nos faz perceber que de fato a Norma Una trata os direitos políticos como o direito de cada cidadão, como soberano enquanto integrado no povo, de participar da administração pública do Estado, seja votando, seja recebendo voto.

¹¹ Vocabulário Jurídico. Forense. Rio de Janeiro. 1978.

Dentro dos direitos políticos, está a soberania popular, reconhecida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos, que é o meio pelo qual o cidadão escolhe os membros para o exercício das funções constitucionais do Poder Legislativo e do Poder Executivo, através do plebiscito, do referendo e também pela iniciativa popular de apresentação de projetos de lei.

Consigne-se, ainda, que **os direitos políticos integram os catálogos constitucionais de direitos há muito tempo, sendo, além disso, reconhecidos e protegidos no âmbito do direito internacional dos direitos humanos. ... Por outro lado, os direitos políticos dizem respeito, em primeira linha, ao processo político interno dos Estados, de tal sorte que esses possuem uma relativamente grande margem de ação no que diz respeito com a formatação, mediante o direito constitucional positivo e a legislação e jurisprudência nacional, de seu respectivo modelo democrático e do conteúdo e alcance dos respectivos direitos políticos.**¹²

Portanto, são direitos fundamentais, pois reconhecidos como direitos humanos e, assim, protegidos pela Constituição Federal. Como regra, são direitos que sofrem grande mutação, na medida em que a pessoa humana vai evoluindo seu modo de pensar e de viver no Estado. Como exemplos desta grande possibilidade de mutação, temos as mudanças na questão da participação feminina no direito de voto e a questão do direito ao voto daqueles com idade entre 16 (dezesesseis) e 18 (dezoito) anos de idade.

Para a concretização dos direitos políticos, há o desdobramento para o direito eleitoral, que apresenta os instrumentos legais para o exercício dos direitos, ou seja, é o Direito Eleitoral que contém a sistematização para que os Direitos Políticos sejam exercidos pelos cidadãos.

O manifestação de ideias que devem circular para a realização da democracia. O partido é um dos veículos transmissores dos valores e anseios da sociedade a qual pertence.¹³

Segundo Kelsen, citado por Paulo Bonavides, **os partidos políticos são organizações que congregam homens da mesma opinião para afiançar-lhes verdadeira influência na**

¹² Idem nota 10. P.696 e 697

¹³ Partidos Políticos. IPAM.São Paulo.2016. p.17. “ “Partido” traz a ideia de facção. Em toda a sociedade verifica-se a existência de grupos que se organizam para atingir os anseios de seus membros. A agremiação partidária é uma espécie de comunidade, que inicialmente defende os interesses de uma classe de pessoas. Com o surgimento dos parlamentos, seus membros se organizam buscando a realização de seus ideais. Os partidos políticos são indispensáveis para a democracia. Dessa forma, sua organização e funcionamento são regidos pelo Estado, constituindo-se parte integrante de sua estrutura. O trinômio Estado-Democracia-Partidos Políticos é indissociável.”

realização dos negócios públicos, para em seguida expressar sua ideia no sentido que partido político é uma organização de pessoas que inspiradas por ideias ou movidas por interesses, buscam tomar o poder, normalmente pelo emprego de meios legais, e nele conservar-se para realização dos fins propugnados.¹⁴

Então, são organizações que congregam pessoas com mesma a ideologia política e que objetivam alcançar o poder estatal para impor essa ideologia ou, ao menos, ficar ao lado do partido que esteja no poder, como um meio de influenciar nas decisões políticas.

Para se chegar ao poder estatal ou mesmo para participar com o partido que está exercendo o poder, há necessidade constante de relacionamento sério e amistoso com o povo. Isso deve ser realizado por meio das propagandas partidárias e, nos anos eleitorais, pelas propagandas dos candidatos. E, é principalmente neste meio de comunicação que a ética e a dignidade da pessoa humana devem ser observadas, de modo a enxergar a pessoa como um ser que não é um simples produtor de voto.

3.2.2. Propaganda política/partidária/eleitoral.

O vocábulo propaganda tem o sentido de difundir mensagem de caráter informativo e persuasivo, isto é, além de informar o destinatário sobre o conteúdo da mensagem, convencer ou induzir as pessoas quanto ao conteúdo da própria mensagem. Em outra oportunidade, já escrevemos que **a propaganda política difere dos demais tipos de propaganda, porque tem por objetivo interferir nas decisões tomadas pela organização política institucionalizada, atingindo todas as classes sociais, independentemente de nível cultural ou econômico. É regulamentada por legislação específica, e, em regra, é veiculada gratuitamente pelo rádio e pela televisão**¹⁵, acrescentando agora, que na atualidade também pelos meios de Internet.

Detalhando mais, temos o conceito de Paulo Hamilton Siqueira Junior e Marisa Amaro dos Reis, no sentido de que **a propaganda partidária e a intrapartidária de que trata a Lei nº 9.096/1995 são modalidades de propaganda política e diferem da propaganda eleitoral, cujo**

¹⁴ Ciência Política. 22ª ed. Malheiros. São Paulo.2015.p. 371/372

¹⁵ CARVALHO, Jeferson Moreira. Propaganda Eleitoral e Propaganda Partidária- Regras e Distinções. *In* Direito Eleitoral e Processual Eleitoral-Temas Fundamentais(organização Walter de Almeida Guilherme, Richard Pae Kim e Vladmir Oliveira da Silveira). Revista dos Tribunais. São Paulo.2013. p 251.

objetivo é a divulgação da candidatura de um indivíduo a um cargo eletivo, de um partido ou coligação, com finalidade de conquistar votos. ¹⁶

Para este trabalho, não importa distinguir a propaganda política da eleitoral, a propaganda partidária da intrapartidária em suas minúcias, porque a questão nuclear é superposição da dignidade da pessoa humana sobre o Direito Eleitoral *lato senso*. Isto é, a propaganda emitida pelos partidos políticos e pelos candidatos, com o fim de convencer o eleitor quanto à ideologia partidária ou com o fim de angariar votos.

Como já mencionado, seja a propaganda emitida por partidos políticos, seja por candidatos, seja em ano de eleição ou não, este meio de comunicação tem que ser pautado pela ética.

O termo ética designa **o caráter de cada pessoa, seu modo de ser, derivado da vida social... O mundo ético surge da realidade humana ou do denominado mundo da cultura, ou mais especificamente a ética surge do comportamento humano.** ¹⁷

Deste conceito, forçoso concluir que cabe aos partidos políticos, ao escolherem seus filiados e, principalmente, ao escolherem seus candidatos, buscar pessoas que tenham caráter, a fim de que as mensagens transmitidas aos eleitores estejam fundamentadas na moral e na justiça, sem que ocorram propagandas enganosas.

A propaganda fundada no Direito Eleitoral deve ser ética, no sentido largo da palavra. Como pensa Fábio Konder Comparato, deve ser aquela que **abrange o conjunto dos sistemas de dever-ser que formam, hoje, os campos distintos - , e na maioria das vezes contraditórios – da religião, da moral e do direito.** ¹⁸

As pessoas atingidas pela propaganda, eleitores ou não, estão sempre subordinadas a preceitos de religião, de moral e de direito, o que impõe o respeito a cada um dos atingidos e um cuidado especial com a emissão das ideias.

A propaganda deve servir para que os partidos e os candidatos transmitam mensagens úteis e verdadeiras aos destinatários. Por isso, a ética deve prevalecer em cada transmissão, principalmente mantendo-se um claro discernimento do que é justo ou injusto e o que é verdadeiro ou

¹⁶ Idem nota 15- p.91

¹⁷ SIQUEIRA Júnior, Paulo Hamilton. Teoria do Direito. Saraiva.4ª ed. São Paulo.2017. p.348.

¹⁸ ÉTICA – Companhia das Letras.São Paulo. 2006. p.18

falso. Já ensinou Aristóteles que **discernimento é a disposição da alma relacionada com o que é justo, nobilitante e bom para as pessoas.**¹⁹

Deve a propaganda ser boa para as pessoas, notadamente os eleitores, porque é a partir deste contato que será decidido qual partido seguir e qual candidato escolher. Por isso, qualquer propaganda originária do Direito Eleitoral deve estar tomada de ideias éticas.

Em outra oportunidade, em contexto diverso, já afirmamos que **em primeira ideia, pode-se dizer que vida digna é aquela que se apresenta com decência; então cabe ao Estado, por meio do governo, calcar suas ações na procura de dar a população uma vida decente em todos os sentidos.**²⁰

Transportando esta ideia para o presente trabalho, podemos afirmar **que vida digna em todos os sentidos** inclui também receber propaganda política decente, isto é, que se apresentem mensagens sérias, com planos possíveis de serem concretizados; com a preocupação no atendimento a toda a população e não apenas a determinadas facções ou grupos; bem como, que a mensagem não se ridicularize, não se banalize e que a verdade seja exposta.

Enfim, o eleitor merece respeito e, desta forma, como o centro do Texto Constitucional, a pessoa deve ser tratada pela propaganda política sob o fundamento da dignidade.

3.2.2.1. Fake News.

Atualmente, estamos vivenciando, não só no Brasil, um grande aumento das chamadas “fake news”, que são as notícias falsas sobre determinado candidato, em regra lançadas ao público anonimamente ou até mesmo por outros candidatos, por partidos políticos e pela imprensa interessada, que acabam, inclusive, porventura atingindo o resultado das eleições.

Trata-se de uma conduta com total ausência de ética e que fere a dignidade da pessoa humana, pois tem o poder de prejudicar o candidato objeto da notícia falsa e também os eleitores, influenciados por uma mentira, que ofende sua liberdade de escolha.

¹⁹ Ética a Nicômanos. Editora UNB. 4ª ed. Brasília. 2001. p.124

²⁰ Meio Ambiente e Sadia Qualidade de Vida. IPAM/Letras Jurídicas. São Paulo. 2013. p 20.

Esse comportamento sem qualquer compromisso com a verdade, de fato, é uma realidade que atinge qualquer tema e ambiente, mas **nos dias de hoje, no campo da política, existe uma verdadeira guerra travada entre dois lados oponentes, que defendem ferozmente seus próprios pontos de vista. Assim, encontrar uma “notícia” que sustente sua ideologia dá vazão imediata à incontrolável necessidade de compartilhamento. Pouco importa saber se a notícia é verdadeira ou falsa, desde que corrobore aquilo que este ou aquele grupo defende. ... A maior parte das notícias falsas não nasce da imaginação fantasiosa de algum desocupado muito inventivo. É muito mais comum que tenham por trás de si um interesse, seja ele político, econômico ou ideológico.**²¹

Sobre o assunto o Ministro Luiz Fux, Presidente do Tribunal Superior Eleitoral expressou em seu discurso de posse que: **Noticias falsas, as fake News, derretem candidaturas legítimas. Uma campanha limpa se faz com a divulgação de virtudes de um candidato sobre o outro, e não com a difusão de atributos negativos pessoais que atingem irresponsavelmente uma candidatura.**²²

A preocupação com as notícias falsas é verdadeira e atual, afinal são mais de 140 milhões de cidadãos brasileiros, que exercendo a soberania, irão através voto livre e secreto escolher o destino da Nação para os próximos 4 (quatro) anos. Tal preocupação, certamente, foi um dos fundamentos do compromisso assumido por Raquel Dodge, Procuradora Geral Eleitoral, ao afirmar que: **Não é possível imaginar um processo eleitoral sem as implicações de um fenômeno como as redes sociais e o uso de notícias falsas. O desafio para essa Corte é grande, mas me sinto confortável para falar dessa atribuição específica, a de garantir a lisura da disputa. Parte desta tarefa cabe ao Ministério Público no exercício da função eleitoral.**²³

As notícias falsas são plantadas na propaganda eleitoral, o que é inadmissível, pois segundo ensinamento de Alceu Penteado Navarro, que transcreve decisão do Tribunal Superior Eleitoral e arremata **por conseguinte, *algum caminho(?)* deve ser trilhado pelos pretendentes aos cargos em disputa, ainda que ele venha a sofrer seguidas correções de rumo. Em matéria de propaganda, para o candidato, a dúvida com imobilidade pode lhe ser prejudicial: a atuação**

²¹ SALLES, Tiago – O combate às fake News. Editorial da Revista Justiça&Cidadania. Edição 211. Março de 2018. Editora JC-Rio de Janeiro.

²² Revista Justiça&Cidadania. “Ficha suja está fora do jogo democrático” por Ada Caperuto. Edição 210. pág. 15 Fevereiro de 2018. Editora JC-Rio de Janeiro

²³ Idem 24 pág.13

deve ser constante e planejada(!), porém temperada pela prudência, que só poderá ser ditada pela comparação meticulosa com os casos precedentes.²⁴

Conclui-se, assim, que se a propaganda deve estar temperada pela prudência, evidente que a ética deve estar estampada em toda propaganda eleitoral, especialmente, no caso, para não se admitir que sejam lançadas falsas notícias, com dois fins: prejudicar um candidato e beneficiar outro.

4. AS ELEIÇÕES DE 2018 E A RESOLUÇÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

A Resolução nº 23.551 do Tribunal Superior Eleitoral dispõe sobre a propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral; portanto uma norma que tem por objetivo regradar todo o comportamento no período de propaganda eleitoral que antecede as eleições.

O art.17, de forma precisa, expressa o tipo de propaganda que não será tolerada, respondendo o infrator pelas penas legais, e se for o caso, abuso de poder.

Leitura atenta dos incisos faz perceber que há prestígio à dignidade da pessoa humana, na medida em que se tenta proteger à pessoa de condutas que podem ferir a intimidade, a honra, a tranquilidade. Enfim, impedir condutas que atacam a dignidade da pessoa.

Vejamos.

O art.5º da Constituição Federal expressa que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza; isto é, não se tolera qualquer distinção, por isso o inciso I do mencionado art. 17 não admite propaganda que veicule preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, lembrando também que um dos objetivos fundamentais da República é promover o bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito, nos termos do art.3º,IV.

O que se pretende é propaganda que tenha conteúdo programático verdadeiro e que não se desvie para configurar qualquer tipo de preconceito.

²⁴ Anotações sobre a Propaganda Política e as Condutas Vedadas aos Agentes Público. GZ Editora. Rio de Janeiro. 2016. p.349.

Não se tolera (II) propaganda de guerra, de processos violentos para subverter o regime, a ordem política e social, isto porque é evidente que toda sociedade quer viver em clima de paz, em que a ordem política e social seja segura e tranquila. Qualquer propaganda, com este viés, causa desnorteio entre as pessoas, de modo que sociedade não está sendo protegida, ao contrário, influenciada para condutas de animosidade.

As Forças Armadas integrantes do Poder Executivo devem sempre ter convivência de harmonia entre elas, com as instituições dos outros Poderes e com todas as classes sociais, porque se as Forças entrarem em confronto de ideias certamente a sociedade civil entrará em desespero, não sabendo em que acreditar e no que esperar a cada dia; por isso não se tolera qualquer propaganda que possa causar esse desespero.

O Estado foi criado para organizar a sociedade com fim de que as pessoas possam viver com segurança e tranquilidade sobre todos os aspectos. A vida em sociedade é para que a pessoa humana atinja seus objetivos para a felicidade; assim, não há como admitir propaganda que incite atentado contra as pessoas e bens.

O Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, nos termos do art.1º da Constituição Federal, o que importa concluir que o próprio Estado e toda a população estão subordinados ao império da lei, de modo que não se pode tolerar propaganda que instigue à desobediência coletiva ao cumprimento da lei de ordem pública. Propaganda com este tema só servirá para gerar insegurança e conflito social.

Em uma sociedade heterogenia como a nossa, temos eleitores de pouquíssimos conhecimentos, analfabetos e alfabetizados, assim a propaganda eleitoral deve ser simples, clara, segura e induvidosa, de modo que o eleitor a receba e a compreenda na realidade, não deve haver a mínima possibilidade de confusão de algum impresso publicitário com moeda, que é um dos modos de movimentação de riqueza do sistema capitalista, como o Brasil também se apresenta.

Também, no mesmo art.17 está expresso que não se tolera propaganda que implique oferecimento, promessa ou solicitação de dinheiro, dádiva, rifa, sorteio ou vantagem de qualquer natureza; que perturbe o sossego público, com algazarra ou abuso de instrumentos sonoros ou sinais acústicos; que caluniar, difamar ou injuriar qualquer pessoa, bem como atingir órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública e que desrespeite os símbolos nacionais.

O que se interpreta do dispositivo da Resolução é que a dignidade de pessoa humana é prestigiada, na medida de que todas as condutas não toleradas, se praticadas atingem com intensidade os receptores, com a consequência de causar diversos males, que em última análise ferem a dignidade.

A Resolução vem tentar garantir que nestas eleições de 2018 a dignidade da pessoa humana se sobreponha a qualquer tipo de propaganda eleitoral.

5. RELAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COM DIREITO ELEITORAL.

Como já mencionado neste trabalho, o Direito Eleitoral está inserido na Constituição, dentro dos Direitos Políticos, cuidando dos modos e meios de participação do cidadão na vida estatal, seja exercendo o direito de voto, seja recebendo voto ou mesmo com uma participação *a latere*, mas sempre voltado ao bem estar da sociedade.

Assim, para o cidadão, o Direito Eleitoral tem que servir para que as pessoas que chegam ao exercício do Poder, o façam para atingir o bem-estar, o bem de todos, ou seja, o bem comum.

Os partidos políticos não são criações de ordem constitucional para um fim em si mesmo, ou para o benefício de seus filiados e simpatizantes. A criação dos partidos tem como fim possibilitar o exercício dos direitos políticos e atingir os objetivos fundamentais da República, como previsto no art. 3º da Constituição Federal.

Com esta ideia, a relação entre dignidade da pessoa humana e direito eleitoral é gritante; impossível não perceber.

Temos um Estado em que uma de suas bases é a dignidade da pessoa humana; isto é, toda pessoa tem o direito fundamental de receber dos Poderes, das instituições e da sociedade tratamento que seja pautado pela ética com o fim de alcançar o bem de todos. Ao lado, temos o Direito Eleitoral que deve prever e exigir que os envolvidos nesse processo pratiquem condutas, seja de propaganda ou não, voltadas a atingir o bem de todos. Portanto, condutas com ética, prestigiando a dignidade da pessoa humana, repito, como expresse, um dos pilares da República.

Estamos diante de uma relação inquebrantável.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Vivemos em um país no qual o socialismo e o capitalismo se permeiam, porque em determinados momentos um transpassa o outro. A Constituição expressa os direitos sociais e impõe ao Estado o dever para com a população, mas também permite a livre iniciativa para o crescimento pessoal e econômico. Ao mesmo tempo, apresenta um sistema tributário que destrói as pessoas físicas e jurídicas. Neste contexto, temos as eleições de dois em dois anos.

A cada período eleitoral, candidatos se apresentam como os “salvadores da pátria”. Os que pretendem reeleição, informam tudo o que “fizeram” e justificam o que não foi realizado, na situação ruim do país, garantido que estamos em fase de crescimento, o que contraria a realidade, de um povo que sofre com inflação, perda de poder aquisitivo, falta de moradia, educação e saúde. Por sua vez, aqueles candidatos que surgem, pintam um quadro pior e prometem tudo, sabendo que não vão conseguir cumprir.

Temos um período de falsas propagandas, que invadem o país e influenciam grande parte do povo, em total desrespeito a dignidade da pessoa humana.

A legislação sobre propaganda chega a ser ridícula ao estabelecer metragem para placa publicitária, impedindo, por exemplo, que um candidato faça sua propaganda em imóvel de sua propriedade do tamanho que lhe aprouver, com o objetivo de afastar a influência econômica. Contudo, não há muita preocupação quanto ao conteúdo das mensagens passadas aos eleitores.

As Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, em regra, repetem o que consta da lei, e por consequência não resolvem a questão primordial, que é exigir mensagem eleitoral com seriedade, com ética, voltada ao povo que deve sempre receber tratamento digno.

Diante do momento histórico em que vivemos, no qual, ainda que muito corruptos estejam sendo desmascarados, permanece a corrupção, ainda vemos uma propaganda eleitoral baseada em ataques de partido para partido, de candidato para candidato. Verdadeiras propostas de ação não irão surgir, mas somente propostas abstratas, sem conteúdo, ilusórias e enganadoras.

O que se pode concluir, é que a situação precisa mudar com urgência, e que os partidos políticos e os candidatos alterem o comportamento e dispensem ao povo e a população uma propaganda fundada na ética, em prestígio à dignidade da pessoa humana, que deve, sempre, se sobrepor ao direito eleitoral no sentido mais amplo possível.

O que se espera e acredita que nas eleições de 2018 os Partidos Políticos e os candidatos tenham a sensatez que apresentar propagando com conteúdo programático em caso de sucesso no pleito, e que abandonem de vez as mensagens mentirosas, enganadoras e principalmente as chamadas *fake news*.

BIBLIOGRAFIA:

-ARISTÓTELES – Ética a Nicômanos. UNB

-ALVES, Aline Cardin *et all* – Judicialização dos Direitos Fundamentais, *in* Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais. Livraria do Advogado.

-BONAVIDES, Paulo- Ciência Política. Malheiros.

-CARVALHO, Jeferson Moreira de – Propaganda Eleitoral e Propaganda Partidária-Regras e Distinções, *in* Direito Eleitoral e Direito Processual Eleitoral. Revista dos Tribunais.

- Meio ambiente e sadia qualidade de vida. Letras Jurídicas/Instituto Paulista de Magistrados(IPAM).

-CASTRO, Edson Resende – Teoria e Prática de Direito Eleitoral. Del Rey

-COCURUTTO, Ailton – Os princípios da dignidade da pessoa humana e da inclusão social. Malheiros.

-COMPARATO, Fábio Konder- Ética. Companhia das Letras.

-KENSEN, Hans- A Justiça e o Direito Natural. Armenio Amado Editor

-LUCON, Paulo Henrique dos Santos *et all*- Código Eleitoral Interpretado. Atlas

-NAVARRO, Alceu Penteado- Anotações sobre a propaganda política e condutas vedadas aos agentes públicos. GZ Editora.

-REALE, Miguel- Direito Natural/Direito Público. Saraiva

-SALES, Tiago- O combate a fake news. Revista justiça & Cidadania. Editora JC

-SANTOS,Ediana di Franco Matos da Silva- A dignidade da pessoa humana dos deficientes com transtornos do espectro autônomo *in* Montesquieu, Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial e Dignidade da Pessoa Humana. Moreira& Carvalho.

-SARLET, Ingo Wolfgang- Curso de Direito Constitucional. Saraiva

-SILVA, José Afonso da – Comentários Contextual à Constituição. Malheiros.

-SILVA, De Plácido e- Vocabulário Jurídico. Forense

-SIQUEIRA Jr. Paulo Hamilton *et all*- Partidos Políticos . Instituto Paulista de Magistrados(IPAM)

- Teoria do Direito. Saraiva

-TAVARES,André Ramos- Curso de Direito Constitucional. Saraiva.

O ABUSO DE PODER RELIGIOSO NO PROCESSO ELEITORAL BRASILEIRO

THE ABUSE OF RELIGIOUS POWER IN THE BRAZILIAN ELECTORAL PROCESS

Roberto Camilo de Carvalho Junior

Servidor do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, especialista em Direito Eleitoral e Processual Eleitoral pela Escola Judiciária Eleitoral Paulista - EJEP / Escola Paulista de Magistratura - EPM

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto o abuso de poder ou de autoridade religiosa no processo eleitoral brasileiro, mais especificamente, a tentativa de imposição de limites à influência religiosa no processo eleitoral por meio da construção jurisprudencial do abuso de poder religioso e indaga se o arcabouço jurídico atual seria suficiente para coibir a abusividade da prática e preservar a igualdade e paridade de armas, tão caras ao direito eleitoral.

Palavras-Chave: Direito Eleitoral; Processo Eleitoral; Abuso de Poder Religioso; Religião; Política.

ABSTRACT

This working research has as object the abuse of power or of religious authority in the Brazilian electoral process, more specifically, the attempt to impose limits on the religious influence in the electoral process through the jurisprudential construction of abuse of religious power and it asks if the current legal framework would be enough to curb the abusive practice and preserve the equality and parity of weapons, so harmful to electoral law.

Keywords: Electoral Law; Electoral process; Abuse of Religious Power; Religion; Politics.

1 Introdução

“*Ubi societas, ibi jus*”. Onde (está) a sociedade aí (está) o direito. O antigo brocardo jurídico extraído da célebre frase atribuída a Ulpiano¹, ensinado nas lições preliminares de Direito, já estabelecia a imbricada relação entre a ciência jurídica e o fenômeno social. Com efeito, o Direito deve andar *pari passu* com a sociedade, sob pena de não responder a contento sua finalidade precípua.

Um fenômeno que não pode passar despercebido no Brasil é o crescimento, legislatura após legislatura, do número de atores políticos ligados a alguma denominação religiosa no Congresso Nacional, em especial das igrejas evangélicas, fato que vem na esteira do gradativo aumento de fiéis. Segundo os últimos dados do IBGE, que são do CENSO de 2010², o número de evangélicos aumentou 61% na década passada (2000-2010).

Representativamente, a Frente Parlamentar Evangélica (FPE) contou, para a 55^a Legislatura (2015-2018), com 203 signatários³, o que representa um crescimento de 30% na última legislatura. Este notável desempenho parece decorrer de uma maior capacidade de mobilização, articulação e convergência de pautas deste grupo em torno de temas ligados à moral religiosa, mais especificamente, do universo evangélico-cristão.

Por seu turno, uma das mais caras missões da Justiça Eleitoral é preservar a liberdade de voto e a “paridade de armas” entre os candidatos, bem como garantir a legitimidade do mandato conquistado.

Destarte, necessário olhar para as carreiras religiosas e estratégias eleitorais das igrejas, com intuito de identificar eventual potencialidade de desequilíbrio decorrente da influência religiosa no processo eleitoral pátrio.

Em tempos eleitorais, reacende-se a discussão sobre o relacionamento das organizações religiosas com o processo eleitoral, mais precisamente acerca dos limites jurídicos da atuação de tais entidades na propaganda eleitoral e no apoio a candidatos. A utilização dos recursos das igrejas pode causar desequilíbrio na igualdade de chances entre os candidatos e atingir de forma severa a normalidade e a legitimidade das eleições.

Com efeito, vem paulatinamente tomando corpo a tese do “abuso de poder religioso”, construção jurisprudencial e doutrinária, que busca a equiparação deste, como prática punível, às figuras - expressamente previstas na legislação eleitoral - do abuso de poder econômico, do abuso de poder político, bem como do uso indevido dos meios de comunicação por candidato ou partido.

2 O abuso de poder religioso

¹ “*Ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi jus*” - aforismo atribuído ao jurista romano Ulpiano (170 – 228 d.C.), no “*Corpus Iuris Civilis*”

² Disponível em: <<https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?busca=1&id=3&idnoticia=2170&t=censo-2010-numero-catolicos-cai-aumenta-evangelicos-espiritas-sem-religiao&view=Noticia>>, Acesso em: 25set2018

³ Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/internet/deputado/frenteDetalhe.asp?id=53658>>. Acesso em: 25set2018

Fávila Ribeiro (2001:11) assevera que o poder é atributo que se insere na natureza social do homem e alerta para o que chamou de “congenita propensão ao abuso”.

Para o autor, o conceito do abuso de poder “*em síntese, consiste na incontinência, na liberdade, no exercício de direito ou de competência funcional transviando-se em desmando de uso.*” (2001:22). Com efeito, a subsistência da liberdade e da ordem demandariam concretas limitações ao poder.

Segundo José Jairo Gomes:

No Direito Eleitoral, por abuso de poder compreende-se o mau uso de direito, situação ou posição jurídicas com vistas a se exercer indevida e ilegítima influência em dada eleição. Para caracterizá-lo, fundamental é a presença de uma conduta em desconformidade com o Direito (que não se limita à lei), podendo ou não haver desnaturamento dos institutos jurídicos envolvidos. No mais das vezes, há a realização de ações ilícitas ou anormais, denotando mau uso de uma situação ou posição jurídicas ou mau uso de bens e recursos detidos pelo agente ou beneficiário ou a eles disponibilizados, isso sempre com o objetivo de se influir indevidamente em determinado pleito eleitoral. (2016:283)

Na seara eleitoral, portanto, podemos conceituar o abuso de poder como toda conduta abusiva de utilização de recursos financeiros, públicos ou privados, ou de acesso a bens ou serviços em virtude do exercício de cargo público que tenha potencialidade para gerar desequilíbrio entre os candidatos, afetando a lisura e a legitimidade das eleições.

Outrossim, parece não haver dúvida de que a “*influência da religião na política, e na linha inversa, da política na religião, é via de mão dupla que se retroalimenta*” (TSE, RO nº 537003, Rel. Min. Rosa Weber, j. 22/8/2018, DJe 27/09/2018, p.24)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴ garante, em seu artigo 18, que:

Todo ser humano tem direito a liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto em público ou em particular.

Essa garantia encontra guarida em nossa Carta Magna, que elege a diversidade religiosa à condição de direito fundamental, nos termos do inciso VI do artigo 5º: “*é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias*”.

Por outro lado, a Constituição de 1988 preconiza, em seu art. 19, I a laicidade do Estado, quando estabelece a cláusula geral da separação Estado-igreja, ao dispor que é vedado à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios “*estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.*”

Essencial à democracia, a garantia à liberdade de expressão ou comunicação, encontra-se prescrita no artigo 5º, IV, da Carta Magna: “*livre a manifestação do pensamento*”. Por seu turno, o artigo 220 assegura também: “*A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição*”; E no §2º do artigo em comento, a vedação a “*toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística*”.

A liberdade religiosa é considerada direito público subjetivo, como tal, passível de ser exigida do Estado. Com efeito, não se esgota no ato de escolha da crença, atraindo para seu âmbito de proteção a liberdade de organização de seus cultos e criação de templos (Peccinin, 2016:69).

⁴ Disponível em <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>> , Acesso em: 25set2018

Em decorrência destes preceitos, com a finalidade de promoção da fé religiosa, os templos de qualquer culto gozam de imunidade tributária, nos termos do art. 150, VI, “b” da Constituição Federal.

Depreende-se, assim, que a relação entre as garantias fundamentais da liberdade religiosa e de expressão, da lisura e legitimidade dos pleitos eleitorais e o próprio estado democrático de direito e laicidade do Estado, todos previstos na Constituição Federal, reclamam pela aplicação da ponderação⁵ aos valores em conflito, a fim de se viabilizar a repressão ao cometimento de eventuais abusos.

José Jairo Gomes (2016:416) alerta que eventual limitação às garantias constitucionais *“só é concebível em casos de evidente e reconhecida gravidade, de modo que não se imponha à sociedade mal maior que o bem perseguido”*.

Com efeito, a liberdade religiosa não constitui direito absoluto, de modo que a liberdade de manifestar a religião ou convicção, tanto em local público como em privado, *“não pode ser invocada como escudo para a prática de atos vedados pela legislação.”* (TSE, RO 265308, rel. Min. Henrique Neves, j. 7/3/2017, DJe 05/04/2017, p. 2)

Deve ela ser exercida em harmonia e nos limites estabelecidos pelo texto constitucional, especialmente, no que se refere ao Direito Eleitoral, àqueles que versam sobre a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico, político ou de autoridade.

Peccinin e Zacliffevis (2017:138) afirmam que *“é seguro dizer que ainda estamos muito longe de ter um Estado axiologicamente neutro em tema de religião.”*

Os autores sustentam que, em razão do comando constitucional, se impõe ao Estado brasileiro a neutralidade valorativa em relação ao fenômeno religioso e a separação/autonomia entre Estado e as confissões religiosas.

Por conseguinte, em contraponto ao Estado confessional, o Estado laico não professa nem favorece religião alguma. Segundo Gustavo Biscaia de Lacerda⁶ para ser considerado laico, o Estado deve atender a três exigências: *“(i) a separação institucional entre Estado e as instituições religiosas, (ii) a inexistência de doutrina religiosa oficial do Estado e (iii) o pressuposto de secularização da sociedade.”*

Os autores destacam a diferenciação entre um Estado laico, caso brasileiro, e o laicista, caracterizado por uma militância contra as doutrinas religiosas.

Sustentam ainda a regularidade e legitimidade do jogo democrático, ao afirmar que os rumos do Estado - definições de prioridades e alocação de recursos - são ditados pelo grupo que conseguir ascender politicamente ao poder e que, por conseguinte, obterá a chance de imprimir ao Estado uma política em consonância com as suas preferências, ideologias e visão de mundo. A natureza religiosa de determinado grupo não pode ser invocada para obstar seu direito de participação política e sua consequente participação no processo eleitoral.

Prosseguem os autores:

Esses movimentos religiosos possuem uma agenda, uma pauta política e, como tais, seus líderes podem participar do processo político assim como qualquer outro movimento social. Quanto às candidaturas, a partir do arcabouço normativo constitucional e legal brasileiro, não há vedação à criação de partidos políticos declaradamente confessionais ou ideologicamente vinculados a determinada doutrina religiosa, desde que não descumpridos os demais requisitos do art. 17 da Constituição,

⁵ Na filosofia do direito contemporânea, uma das formas utilizadas para solucionar eventual colisão de princípios constitucionais é a chamada *teoria dos princípios* do jusfilósofo alemão Robert Alexy. Partindo-se da premissa da unidade da constituição, a resolução do conflito através da ponderação se daria no plano concreto e não implicaria a invalidade de nenhum dos princípios e tampouco criaria uma cláusula de exceção.

⁶ *Apud* Peccinin e Zacliffevis, 2017:138

da mesma forma, não há proibição para candidaturas de clérigos e ministros de culto. Se, após conquistarem o poder, emitirem algum ato que afronte o conteúdo normativo de neutralidade e separação do art. 19 da Constituição, esse ato será inconstitucional. Sua eleição, todavia, será válida, assim como as bandeiras que defendem como uma sociedade plural. (Peccinin e Zacliffevis, 2017;139)

Por conseguinte, não deve haver vedação a participação das religiões no processo político. Uma vez no exercício do cargo eletivo, o controle sobre os atos e conduta deve ser somente *a posteriori*, quando afrontarem à regra constitucional de separação e neutralidade estabelecida pelo já citado art. 19 da Constituição Federal.

Diversos são os dispositivos que tratam da relação entre religião, política e processo eleitoral, muito embora poucas as limitações impostas.

A Lei nº 9.096/95, a chamada Lei dos Partidos Políticos é silente sobre o assunto. O mesmo ocorre na Lei nº 64/90, Lei de Inelegibilidades, onde não se verifica qualquer vedação a candidatura de ministros religiosos, clérigos ou pessoa ligada institucionalmente a igrejas ou templos de qualquer culto.

Apenas a Lei nº 9.504/97, Lei das Eleições, conta com dois dispositivos relacionados ao tema, um sobre o financiamento de campanha⁷ e outro sobre propaganda eleitoral⁸, respectivamente o inciso VIII do art. 24 e art. 37, § 4º.

Extraí-se, portanto, que nosso ordenamento jurídico não veda a criação de partidos políticos declaradamente confessionais e tampouco a candidatura de atores políticos ligados diretamente a instituições religiosas e, muito embora haja limitação quanto à fonte de financiamento das campanhas e a proibição de propaganda nos templos de qualquer culto, alerta Peccinin (2017:121) que “*não há, todavia, qualquer limite legal prévio para o conteúdo de propaganda eleitoral no que diga respeito ao proselitismo político religioso.*”

Não obstante, o debate sobre os limites da interferência de atores ligados a movimentos religiosos na seara eleitoral, já alcançou a Corte Superior Eleitoral. Para a Ministra Rosa Weber é

imperioso perscrutar em que extensão cidadãos são compelidos a apoiar determinadas candidaturas a partir da atuação de líderes religiosos, que, por vezes, atrelam sua indicação, fruto de escolha política pessoal, à vontade soberana de Deus, com reflexo direto na liberdade dos fiéis e enfraquecimento consequente do processo democrático. (RO nº 537003, Rel. Min. Rosa Weber, j. 22/8/2018, DJe 27/09/2018, p.26)

Com efeito, notórios são os casos de propaganda eleitoral com conteúdo e apelo confessionais, candidaturas institucionais de igrejas e candidatos que fazem uso de alcunhas religiosas, na tentativa de aproveitar a posição de autoridade sacerdotal.

⁷ Art. 24. *É vedado, a partido e candidato, receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, procedente de: (...) VIII - entidades beneficentes e religiosas; (Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006)* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.htm>. Acesso em 25/9/2018

⁸ Art. 37. *Nos bens cujo uso dependa de cessão ou permissão do poder público, ou que a ele pertençam, e nos bens de uso comum, inclusive postes de iluminação pública, sinalização de tráfego, viadutos, passarelas, pontes, paradas de ônibus e outros equipamentos urbanos, é vedada a veiculação de propaganda de qualquer natureza, inclusive pichação, inscrição a tinta e exposição de placas, estandartes, faixas, cavaletes, bonecos e assemelhados”. (...) § 4º Bens de uso comum, para fins eleitorais, são os assim definidos pela Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e também aqueles a que a população em geral tem acesso, tais como cinemas, clubes, lojas, centros comerciais, templos, ginásios, estádios, ainda que de propriedade privada”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.htm> Acesso em: 25set2018*

Por oportunidade do julgamento do RO nº 537003, a relatora Ministra Rosa Weber chamou a atenção para o que seria uma nova *práxis* política dos grupos religiosos brasileiros, que se caracterizaria, em especial, “*pelo uso massivo dos meios de comunicação social – a consolidar os líderes religiosos como importantes formadores de opinião, fenômeno que repercute, inevitavelmente, na seara eleitoral.*”⁹

Para Frederico Franco Alvim (2017:155)

No plano eleitoral, o poder religioso tem sido aproveitado de duas diferentes formas: pela apresentação de candidatos selecionados em seu próprio seio, convertidos em “candidatos oficiais” das respectivas organizações de cunho religioso; e pelo estabelecimento de pactos com elementos alheios àquelas comunidades, baseados na oferta de benefícios imediatos ou proveitos futuros em troca da disponibilização de apoio político. A depender da forma, serão diferentes a abordagem e a dificuldade encontrada pelos eclesiásticos na tarefa de angariar apoio dentro de seu rebanho.

Em entrevista a Agência Reuters¹⁰, o então presidente do TSE, ministro Gilmar Mendes, afirmou que há um uso da religião para influenciar as eleições:

Depois da proibição das doações empresariais pelo Supremo Tribunal Federal (STF), hoje quem tem dinheiro? As igrejas. Além do poder de persuasão. O cidadão reúne 100 mil pessoas num lugar e diz ‘meu candidato é esse’. Estamos discutindo para cassar isso.

Assim, não obstante inexistir expressamente no ordenamento jurídico a figura do abuso do poder religioso, seria ele prática punível, tal e qual os abusos de poder econômico e/ou poder político?

Para a Associação Nacional dos Juristas Evangélicos (ANAJURE)¹¹ – “*Abuso do poder religioso*” é um termo incorreto porque, além de lhe faltar previsão legal, distingue negativamente a religião das demais esferas e entidades da sociedade.”

Parte da literatura sobre o tema espousa o entendimento da inexistência jurídica do abuso de poder religioso, ante a ausência de tipificação. Por seu turno, alguns autores defendem que a legislação trata sobre abuso de poder no geral.

Insta consignar que muitos dos casos que chegam aos Tribunais não utilizam o termo “abuso de poder religioso”, mas as situações fáticas e os argumentos que embasam as decisões indicam o abuso de poder e o caráter religioso como um subtipo do ilícito.

Renato Ribeiro de Almeida (2016:479) conceitua o abuso de poder religioso como a “*prática ilícita (...) configurada pelo aproveitamento de uma estrutura religiosa para a promoção política de um candidato, com fins de obter votos e ganhar eleições*”.

Para Amilton Augusto Kufa (2016:123), o abuso do poder religioso

pode ser considerado como o desvirtuamento das práticas e crenças religiosas, visando a influenciar ilicitamente a vontade dos fiéis para a obtenção do voto, para a própria autoridade religiosa ou terceiro, seja através da pregação direta, da distribuição de propaganda eleitoral, ou, ainda, outro meio qualquer de intimidação carismática ou ideológica, casos que extrapolam os atos considerados como de condutas vedadas, previstos no art. 37, § 4º, da Lei nº 9.504/97.

Para Frederico Franco Alvim (2017:218) o abuso de poder religioso se configuraria uma forma atípica de abuso de poder.

O TSE, por ocasião do julgamento do RO nº 265308, já firmou entendimento quanto à inexistência do abuso de poder religioso de forma autônoma, haja vista a

⁹ RO nº 537003, Rel. Min. Rosa Weber, j. 22/8/2018, DJe 27/09/2018, p.25

¹⁰ Disponível em <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/tse-estuda-bloquear-influencia-de-igrejas-nas-eleicoes/>> Acesso em: 25set2018

¹¹ Disponível em <<https://www.jmnoticia.com.br/2018/08/20/alerta-saiba-o-que-os-templos-religiosos-pastores-nao-devem-fazer-durante-as-eleicoes/>>. Acesso em: 25set2018

ausência de previsão da figura na Constituição da República e na legislação eleitoral esparsa.

Em sua intervenção, o Ministro Luiz Fux resumiu o entendimento daquela corte ao afirmar: “*não existe abuso de poder religioso, seria o abuso de poder político via religião*” (TSE, RO 265308, rel. Min. Henrique Neves, j. 7/3/2017, DJe 05/04/2017, p.42).

Para Amilton Augusto Kufa (2016:125) a prática não encontra previsão expressa na legislação eleitoral e costuma ser travestida de abuso de poder econômico e dos meios de comunicação social. Com efeito, os Tribunais pátrios têm proferido decisões

fundamentadas em um suposto “abuso do poder religioso”, porém não de forma autônoma, mas sim amparado, ora no abuso do poder econômico, ora no abuso do uso dos meios de comunicação social, a pretexto de não existir, no ordenamento pátrio, previsão expressa de punição para o ato específico que configure, de forma autônoma, o referido instituto.

Em consonância, Renato Ribeiro de Almeida (2016:479), afirma que:

Embora a figura do abuso de poder religioso, em si, não tenha a expressa previsão legal para sua existência com tal nomenclatura, essa prática tem sido reconhecida pela Justiça Eleitoral e aplicada de forma transversa, a partir dos diplomas normativos existentes, especialmente quanto à proibição de propaganda em templo religioso, abuso de poder econômico e dos meios de comunicação social e, mais recentemente, vedação completa do financiamento político por partes de pessoa jurídica.

De fato, a construção jurisprudencial tem sido no sentido do reconhecimento do abuso de poder religioso de forma transversa, a partir do abuso de poder econômico, de autoridade ou ainda, dos meios de comunicação social, decorrente da aplicação do arcabouço jurídico e limitações já existentes (Peccinin, 2017:128).

A utilização do viés do abuso de poder econômico se explicita diante da vedação da doação de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais. Com efeito, uma igreja, dada sua natureza jurídica não pode financiar um candidato a cargo eletivo (as instituições religiosas são dotadas de CNPJ). Vale consignar que o art. 24, inciso VIII, da Lei nº 9.504/97, já impedia ao partido e ao candidato receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, procedente de entidades beneficentes e religiosas.

Tal proibição veio a ser reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal com o julgamento da ADI 4.650, que declarou inconstitucional em parte o previsto nos artigos 81 da Lei nº 9.504/97 e 39 da Lei nº 9.096/95 e, por conseguinte, proibiu a doação de pessoas jurídicas para partidos políticos e campanhas eleitorais.

Com efeito, em caso de doação proveniente de entidade religiosa, tanto em dinheiro, como estimável em dinheiro (disponibilizar pessoas, serviços e/ou estrutura em prol do candidato), não será tipificada como abuso de poder religioso, mas como abuso de poder econômico, sujeitando o infrator à representação do art. 30-A da Lei nº 9.504/97.

Outra forma transversa de reconhecimento do abuso de poder religioso é através do alargamento do conceito de autoridade. No julgamento do RO nº 507003, registrou-se que

Compreendida em uma acepção mais ampla, a palavra autoridade engloba qualquer pessoa que exerça atribuição de governança ou atue como dirigente de uma organização, com poder de comando, entendida sua utilização abusiva como qualquer conduta que configure excesso ou desvio no exercício da referida atribuição. (TSE, RO nº 537003, Rel. Min. Rosa Weber, j. 22/8/2018, DJe 27/09/2018, p.25)

Essa tese já havia sido esposada pelo Ministério Público Eleitoral no REspe nº 28.784, oportunidade em que um cacique indígena do município de Manoel Ribas-PR foi

acusado de abuso de poder político. Segundo o órgão ministerial, o cacique havia determinado que todos os membros da comunidade votassem em determinado candidato, sob pena de banimento, proibiu a entrada de outros candidatos e expulsou professores que não se filiaram a seu partido político. O TRE/PR, entretanto, classificou o ato como “atípico”, posição reafirmada no TSE pelo Ministro Henrique Neves. O referido acórdão foi assim ementado:

ELEIÇÕES 2012. CARACTERIZAÇÃO. ABUSO DO PODER POLÍTICO. CACIQUE. LÍDER. ÍNDIOS. RESERVA INDÍGENA. SERVIDOR PÚBLICO. PODER ESTATAL. AUSÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. PEDIDO. LIMITE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Para caracterização do abuso do poder político, é essencial demonstrar a participação, por ação ou omissão, de ocupante de cargo ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

2. Voto-vista. Diferença parcial de fundamentos, no que tange à possibilidade de conceituação dos atos praticados por cacique indígena serem enquadrados como abuso de poder político. Respeito a multidiversidade cultural e possibilidade de verificação de excessos a cada caso. Inexistência de abuso no caso concreto. Coincidência de conclusão, pelo desprovidimento do recurso.

3. A análise do recurso especial é restrita aos limites dos fundamentos apresentados nas razões recursais e ao pedido formulado pelo recorrente.

4. Situação em que os atos e omissões praticados poderiam ser examinados sob a ótica da captação ilícita de sufrágio, afastada pela instância regional por falta de pedido inicial. Por não ter sido infirmado tal fundamento, fica inviabilizado o exame do tema pelo Tribunal Superior Eleitoral.

5. Verificados indícios da prática de crimes eleitorais, devem ser remetidas cópias ao Parquet para apuração e adoção das medidas cabíveis.

Recurso Especial desprovido, com remessa de cópias ao Ministério Público Eleitoral.” (TRE/PR. Recurso Eleitoral nº 28.784. Rel. Josafá Antônio Lemes, j. 06/06/2013, DJe, 11/06/2013).

Muito embora a tese não tenha encontrado guarida naquela ocasião, o debate acerca da releitura do conceito de autoridade manteve-se ativo e tem se direcionado para abarcar as lideranças religiosas.

Segundo Frederico Franco Alvim¹²,

tem-se falado na possibilidade de enquadramento da modalidade religiosa no conceito de abuso de poder de autoridade, previsto no caput do art. 22, LC 64/1990. Trata-se de visão, sem dúvida, possível, sobretudo quando se toma a expressão no sentido oferecido por Bourricaud, para quem o termo designa o ascendente exercido pelo detentor de um qualquer poder, que leva aqueles a quem se dirige a reconhecer-lhe uma superioridade que justifique o seu papel de comando ou de orientação.

A Ministra Rosa Weber, por ocasião do julgamento do RO nº 537003, reputou como inadequada a interpretação da expressão autoridade que “afaste do alcance da norma situações fáticas caracterizadoras de abuso de poder em seus mais diversos matizes (...) sabido que a alteração semântica dos preceitos normativos deve, tanto quanto possível, acompanhar a dinâmica da vida.”

A relatora trouxe as seguintes considerações:

No campo religioso, não há como desconhecer a capacidade dos líderes religiosos de influenciarem nas condutas e escolhas dos fiéis nos mais diversos segmentos da rica realidade da vida, dentre os quais se inclui

¹² *Apud* RO nº 537003, Rel. Min. Rosa Weber, j. 22/8/2018, p.27

a seara política. Sem dúvida os líderes espirituais inspiram confiança em seus seguidores, e sua atuação tem potencial para influenciar no campo político a escolha de candidatos a mandatos eletivos, induzindo o voto não somente pela consciência pública, mas, primordialmente, pelo temor reverencial. (RO nº 537003, Rel. Min. Rosa Weber, j. 22/8/2018, DJe 27/09/2018, p.26)

Por fim, concluiu a Ministra que a extrapolação da ascendência dos ministros religiosos sobre seus fiéis pode ser enquadrada na figura do abuso de autoridade tipificado no art. 22, XII, da LC nº 64/1990, haja vista ser *“insofismável o poder de influência e persuasão dos membros de comunidades religiosas”*¹³.

O abuso pode ainda ser caracterizado pelo viés da proteção a liberdade do voto e captação ilícita de sufrágio previsto no art. 41-A da Lei das Eleições.

Neste sentido, Renato Ribeiro de Almeida¹⁴ defende que o abuso pode se dar de forma verbal, caso em que poderia caracterizar “grave ameaça”, a configurar coação eleitoral prevista no § 2º do referido artigo. Por exemplo, uma ameaça de cunho religioso: *“O político diz: ‘se você votar no candidato A, ele é maligno, tem pacto com o demônio e representa o mal, e quem faz isso merece o inferno’”* e justifica que *“O eleitor teme a Deus, pressupõe por verdadeiras suas crenças, vai acreditar que votar no candidato vai trazer consequências à sua vida, e aí acaba votando em quem está ameaçando”*.

Segundo o mesmo autor (2016:498), *“o objeto de troca ocorre em parte no plano espiritual, o fiel e eleitor confere seu voto, em troca de uma aprovação espiritual.”*

Colhemos um exemplo concreto na cidade de Feira de Santana-BA, onde um pastor, candidato a vereador, vinha formando listas para oração da família em troca de dados eleitorais dos fiéis da igreja, oportunidade em que *“ofereciam a benção dos fiéis ou amaldiçoavam o eleitor em caso de negativa no fornecimento de dados eleitorais”*.¹⁵

O abuso do poder religioso pode, igualmente, configurar utilização indevida de veículos e meios de comunicação social.

Bruna Suruagy do Amaral Dantas¹⁶ relata que:

no período eleitoral há uma mistura entre religião e política que é clara, não é velada. Ela se dá dentro do templo, o templo vira palco, o púlpito vira palanque político e as discussões pragmáticas sobre as eleições acontecem no púlpito. Tem toda uma pedagogia eleitoral que acontece dentro do templo.

Nos termos do art. 37, caput, e §4º, da lei nº 9.504/97 é proibido fazer propaganda eleitoral em igrejas e outros locais de culto, por se tratar de “bens de uso comum do povo”. Em locais públicos deve prevalecer o princípio da neutralidade.

A definição de “bens de uso comum do povo” encontra-se no próprio §4º, que dispõe:

§ 4º Bens de uso comum, para fins eleitorais, são os assim definidos pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e também aqueles a que a população em geral tem acesso, tais como cinemas, clubes, lojas, centros comerciais, templos, ginásios, estádios, ainda que de propriedade privada. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

¹³ RO nº 537003, Rel. Min. Rosa Weber, j. 22/8/2018, DJe 27/09/2018, p.27.

¹⁴ Disponível em <<https://www.jota.info/justica/abuso-religioso-e-nova-pratica-para-conseguir-voto-29082016>> Acesso em: 24set2018

¹⁵ Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-09/policia-federal-combate-compra-de-votos-na-bahia>> Acesso em: 24set2018

¹⁶ Entrevista concedida a revista eletrônica Pública em 19/10/2015. Disponível em <<https://apublica.org/2015/10/afinal-o-que-os-evangelicos-querem-da-politica/>>. Acesso em: 02out2018

E mesmo antes da alteração legislativa pela advinda da Lei nº 12.034/2009 esse entendimento encontrava lastro jurisprudencial:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROVIMENTO - RECURSO ESPECIAL - PROPAGANDA ELEITORAL REALIZADA EM IGREJA MEDIANTE PLACAS - BEM DE PROPRIEDADE PRIVADA, QUE SE DESTINA À FREQUÊNCIA PÚBLICA - ART. 37 DA LEI Nº 9.504/97 - CARACTERIZAÇÃO DE BEM DE USO COMUM.

I - BEM DE USO COMUM, NO ÂMBITO DO DIREITO ELEITORAL, TEM ACEPÇÃO PRÓPRIA, QUE NÃO É TOTALMENTE COINCIDENTE COM A DO DIREITO CIVIL.

II - POSSIBILIDADE DE SE IMPOR LIMITES À PROPAGANDA, MESMO SE REALIZADA EM BENS PARTICULARES, DE MODO A GARANTIR A MAIOR IGUALDADE POSSÍVEL NA DISPUTA PELOS CARGOS ELETIVOS - PODER DE POLÍCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECURSO NÃO CONHECIDO. (TSE, Ac nº 2.124, Rel. Min. Edson Carvalho Vidigal, j.28/03/2000, DJ 16/06/2000)

Em princípio, não existe vedação para que um candidato compareça numa cerimônia religiosa, tampouco que seja apresentado aos presentes, desde que a apresentação não contenha propaganda eleitoral - ainda que implícita - por meio de exaltação pessoal do candidato. A legislação eleitoral também não veda que organizações religiosas declarem apoio a pretendentes a cargos eletivos.

Entretanto, invocando novamente o julgado do RO nº 265308, decidiu o TSE que:

O candidato que presencia atos tidos como abusivos e deixa a posição de mero expectador para, assumindo os riscos inerentes, participar diretamente do evento e potencializar a exposição da sua imagem não pode ser considerado mero beneficiário. O seu agir, comparecendo no palco em pé e ao lado do orador, que o elogia e o aponta como o melhor representante do povo, caracteriza-o como partícipe e responsável pelos atos que buscam a difusão da sua imagem em relevo direto e maior do que o que seria atingido pela simples referência à sua pessoa ou à sua presença na plateia (ou em outro local). (TSE, RO 265308, rel. Min. Henrique Neves, j. 7/3/2017, DJe 05/04/2017, p.16/17)

Amilton Augusto Kufa (2016:127-128) assevera que

o distanciamento que se impõe entre o Estado e a religião, traz em si, como vedação, ainda que de forma implícita, de toda e qualquer atitude ou gesto que provenha do culto religioso ou da igreja em prol de um candidato ou partido, não referindo-se apenas à questão do financiamento, mas também ao uso dos templos e igrejas para a realização de verdadeiros comícios, casos em que há a exposição de candidatos que ocupam cargos na hierarquia da igreja, ou estes em nome daqueles, exercendo verdadeiro abuso psicológico e assédio moral sobre os fiéis, sob o falso manto de se estar agindo em nome de Deus.

É evidente o potencial de captação de votos em eventos religiosos, haja vista o poder de influência do ministro religioso sobre os fiéis. O TSE já assentou que

A reiterada conclamação aos fiéis durante as celebrações religiosas, por seus líderes, para que apoiem determinada campanha, cientes do poder de influência que têm sobre a tomada de decisões de seus seguidores, é conduta que merece detido exame pela Justiça Eleitoral, considerada a missão de que investida, pela Constituição Federal, quanto ao resguardo da legitimidade do pleito. (TSE, RO nº 537003, Rel. Min. Rosa Weber, j. 22/8/2018, DJe 27/09/2018, p.26)

Recomenda-se, portanto, que candidatos a cargos eletivos não participem dos cultos, salvo como meros expectadores, para evitar o ilícito eleitoral. É vedado, aos ministros religiosos candidatos, aproveitando-se de sua situação privilegiada, que peçam

votos e se autopromovam durante os cultos, mesmo de forma dissimulada. A proibição abarca também a distribuição de panfletos, santinhos ou qualquer outra espécie de propaganda eleitoral aos fiéis nesses locais.

Vale nota, como exemplo de potencial vulneração da isonomia, não ser exigida aos ministros religiosos a desincompatibilização, ou seja, que se afastem de suas funções caso sejam candidatos, a exemplo do que ocorre com outras profissões, mais notadamente os detentores de cargos ou funções públicas, podendo, com efeito, manter suas atividades religiosas mesmo durante a campanha eleitoral.

Os Tribunais Regionais Eleitorais possuem precedentes acerca do reconhecimento do abuso dos meios de comunicação social relacionados a atividade religiosa. Conforme o TRE/RJ:

1) A entidade religiosa, enquanto veículo difusor de doutrinas apto a alcançar um número indeterminado de pessoas, é talvez o meio de comunicação social mais poderoso de todos, porquanto detém a capacidade de lidar com um dos sentimentos mais intrigantes e transcendentais do ser humano: a fé. 2) Os depoimentos testemunhais demonstraram que os pastores representados, muito mais do que apenas induzir ou influenciar os fiéis, efetuaram, ao longo do período eleitoral, uma pressão para que votassem no candidato indicado pela igreja, incitando um ambiente de temor e ameaça psicológica, na medida em que levavam a crer que o descumprimento das orientações, que mais pareciam ordens, representaria desobediência à instituição e uma espécie de desafio à vontade Divina. 3) O abuso da confiança de um sem número de seguidores, representou conduta violadora à liberdade de voto e ao equilíbrio da concorrência entre candidatos. 4) Propósito religioso que restou desvirtuado em prol de finalidades eleitoreiras, com templos transformados em verdadeiros comitês de campanha, cuja localização em áreas humildes da região pressupõe público-alvo, em princípio, mais suscetível a manipulações. 5) A prática vem se mostrando cada vez mais frequente na sociedade, levando alguns estudiosos a vislumbrar uma nova figura jurídica dentro do direito eleitoral: o abuso do poder religioso. Apesar de não possuir regulamentação expressa, tal modalidade, caso não considerada como uso indevido dos meios de comunicação, merece a mesma reprimenda dada as demais categoriais abusivas legalmente previstas. 6) Recuso desprovido. (TRE-RJ, RE nº 49381, Rel. LEONARDO PIETRO ANTONELLI, j. 17/06/2013, DJe-RJ 24/06/2013).

No mesmo sentido, aresto do TRE-RO:

Configura o abuso do uso dos meios de comunicação social a hipótese de evento previamente denominado de fim religioso, mas em que a pregação se fez com apelo a pedido de votos para candidatos a cargos eletivos que se encontravam presentes e participaram ativamente da encenação de fé. (TRE-RO, AIJE nº 265308, Rel. SANSÃO SALDANHA, j. 13/12/2012, DJe-RO 8/1/2013)

Recentemente, o TRE-SP decidiu que é proibida a influência religiosa para fins eleitorais, sendo indiferente o local em que a propaganda política ocorra.

RECURSOS ELEITORAIS. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL: - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. ACOLHIDO O PEDIDO DE ASSISTÊNCIA DO PRIMEIRO SUPLENTE DA COLIGAÇÃO. MÉRITO: ALEGAÇÃO DE QUE O PEDIDO OSTENSIVO DE VOTOS DURANTE CULTO E A DISTRIBUIÇÃO DE MATERIAL DE PROPAGANDA NAS IMEDIAÇÕES DA IGREJA CONFIGURARAM ABUSO DE PODER RELIGIOSO. ILÍCITO CONFIGURADO. RECURSOS DESPROVIDOS. MANTENDO-SE A CASSAÇÃO DO REGISTRO E A DECLARAÇÃO DE

INELEGIBILIDADE. (TRE-SP, RE nº 42531, Rel. CARLOS EDUARDO CAUDURO PADIN, j. 09/04/2018, DJe 07/06/2018)

A corte eleitoral bandeirante concluiu que o candidato foi beneficiado com a propaganda distribuída nas redondezas da igreja, às vésperas da eleição. Na ocasião, teria o pastor anunciado aos fiéis durante o culto que, ao final, entregaria aos presentes uma carta. Nela, o líder religioso pedia ajuda dos congregados para “*escolher o nosso representante para o Poder Legislativo*” bem como sugeria que cada fiel conseguisse a colaboração de mais três pessoas que não são membros da igreja.

Constou do voto do relator:

É indiferente o local exato em que foram entregues os materiais de propaganda, visto que as condutas ocorreram em seguida ao anúncio feito durante o culto, revelando o uso da influência religiosa para fins eleitorais”. (...) “A conduta imputada ao recorrente, de conclamar os fiéis a votar em Arlindo, valendo-se da influência que possui na qualidade de líder religioso, inclusive invocando o nome de Deus, feriu a igualdade entre os candidatos, de modo a afetar a normalidade do pleito e demonstrar a gravidade apta a ensejar a cassação e a inelegibilidade. (TRE-SP, RE nº 42531, Rel. CARLOS EDUARDO CAUDURO PADIN, j. 09/04/2018, DJe 07/06/2018, p. 8/9)

Com efeito, de acordo com o citado precedente, cotejado com a legislação vigente, podemos afirmar a proibição da propaganda eleitoral nos limites do templo - que engloba até mesmo o seu pátio. Tal vedação, todavia, pode atingir a propaganda eleitoral realizada fora do templo, logo após anúncio e no contexto do evento religioso, em razão do nexo causal entre o anúncio feito dentro do templo, onde a propaganda é proibida, e o ambiente externo – via pública –, local em que, em regra, não há vedação da propaganda eleitoral.

Outro ponto que merece atenção diz respeito à dificuldade de fiscalização de eventual abuso de poder religioso quando ocorrido em celebração religiosa não gravada ou não transmitida ao vivo por algum canal de mídia. É incomum a presença de representantes do Ministério Público ou eventual candidato adversário no recinto religioso, fato que, em tese, até poderia ser considerado atentatório aos fiéis. Neste caso, restaria ao fiel eleitor, ao identificar o abuso, procurar o promotor eleitoral ou o adversário para que haja denúncia.

Na prática, tem sido habitual a fiscalização realizada pelos próprios candidatos, através do ingresso de ações por intermédio de seus advogados.

Se por um lado remanesce inconcluso o debate doutrinário acerca do tema, a premência das Eleições Gerais de 2018 reclamou o posicionamento e atuação das autoridades responsáveis pela manutenção da lisura do processo eleitoral e demais envolvidos.

O TRE/RJ, estado com forte presença evangélica no eleitorado e na política, adiantou-se ao expedir, em 10 de setembro de 2018, um aviso¹⁷ endereçado a todas as igrejas e entidades de qualquer segmento religioso:

O JUIZ MAURO NICOLAU JUNIOR, COORDENADOR DA FISCALIZAÇÃO DA PROPAGANDA ELEITORAL NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, “AD REFERENDUM” DO PLENO DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL.

AVISA a todas as igrejas, e entidades de qualquer segmento religioso, que a veiculação de propaganda eleitoral nos templos, nas imediações e abordando pessoas que comparecem aos cultos revestem-se de caráter de absoluta ilegalidade sujeitando os infratores, todos os envolvidos, ainda que de forma indireta e omissiva e, também, os

¹⁷ Disponível em: <http://www.tre-rj.jus.br/site/gecoi_arquivos/100920181759_arq_139714.pdf>. Acesso em: 23set2018

beneficiados, às consequências legalmente previstas, inclusive eventual interdição do local, apreensão de material e encaminhamento ao Ministério Público para as medidas cabíveis tanto na esfera eleitoral quanto criminal.

Ressalta-se a necessidade de que sejam instruídos todos os líderes, pastores, ministros e religiosos que façam uso da palavra nesses lugares sobre a total vedação quanto a qualquer atividade que envolva propaganda eleitoral.

Isto porque é vedada pela legislação a veiculação de propaganda eleitoral, seja de forma verbal, seja de forma impressa, por meio de informativos e folhetos, nos referidos templos e em qualquer ambiente a eles ligados ou perante pessoas que a eles comparecem.

Nos casos em que essas proibições não sejam observadas, multas poderão ser aplicadas pela Justiça Eleitoral e, inclusive, a interdição do local. (...)

Em Pernambuco, o Ministério Público Eleitoral expediu, em 17/04/2018, a recomendação nº 02/2018¹⁸ destinada aos dirigentes de entidades religiosas no âmbito do estado para que não realizassem propaganda eleitoral no recinto do culto religioso e não utilizassem os recursos dos templos em benefício de qualquer candidato.

A Associação Nacional dos Juristas Evangélicos (ANAJURE), por seu turno, publicou uma orientação destinada aos pastores e igrejas intitulada “Igreja e Eleições – 10 Perguntas e Respostas”¹⁹ sobre os limites legais da propaganda eleitoral em templos.

Finalmente, indagamos se o conjunto normativo atual seria suficiente para coibir a abusividade da prática e preservar a igualdade e paridade de armas, tão caras ao direito eleitoral.

Como vimos, em virtude do arcabouço jurídico e limitações existentes, os Tribunais vem construindo sua jurisprudência no sentido do reconhecimento do abuso de poder religioso de forma transversa, a partir do abuso de poder econômico, de autoridade ou ainda, dos meios de comunicação.

Entretanto, pareceria-nos mais salutar a abertura do tipo “abuso de poder”, suprimindo, na letra da lei, as modalidades de abuso de poder econômico e político, expediente que privilegiaria a utilização da hermenêutica por parte do operador do direito com vistas à harmonização da letra da lei com seus aspectos teleológicos.

Filiamo-nos, portanto, à posição defendida por Fávila Ribeiro (2001:51), para quem teria sido mais vantajosa a supressão da especificação dos poderes, simplificando-se o enunciado de modo a transmitir abrangência generalizada ao tipo, “*mencionando apenas – contra qualquer forma de abuso de poder à lisura do processo eleitoral.*”

Justificava o autor:

Pretendemos, assim, ficasse esclarecido que o sentido literal das normas não é capaz de inibir o sentido amplo da ilicitude eleitoral, sendo aplicáveis as sanções previstas para abusos de todo e qualquer tipo de poder prevalecendo o saldável e consagrado princípio de hermenêutica de que o espírito sobreleva à forma, subordinando-se os meios aos fins, ou seja, a letra da lei deve ser entendida harmonizada com os aspectos teleológicos explicitados (Ribeiro, 1998, 51)

Esta posição também é esposada por Frederico Franco Alvim, segundo o qual *evidenciada uma situação normativa próxima do que se considera ideal, o arquétipo brasileiro teria um grande salto qualitativo com a adoção de um reparo redacional, dirigido à eliminação da pretensão*

¹⁸ Disponível em: <http://www.prepe.mpf.mp.br/menu/noticias/manifestacoes/2018_05_04_Recomendacao_culto_religioso_prepe.pdf> Acesso em: 25set2018

¹⁹ Disponível em: <<https://www.jmnoticia.com.br/2018/08/20/alerta-saiba-o-que-os-templos-religiosos-pastores-nao-devem-fazer-durante-as-eleicoes/>>. Acesso em: 25set2018

descritiva constante do parágrafo §9º, do art. 14, da Carta Política, assim como do art. 22, caput, da Lei Complementar nº 64, de 1990. Ter-se-ia, assim, por bem assentado o cabimento da ação de investigação judicial eleitoral diante de casos de abuso de poder em qualquer de suas faces, independentemente de prévia especificação. (Alvim, 2017:161)

3 Conclusão

O presente trabalho se propôs a analisar a figura do abuso de poder religioso, com intuito de identificar eventual potencialidade de desequilíbrio decorrente da influência religiosa no processo eleitoral pátrio.

Indagamos, com efeito, se o conjunto normativo atual seria suficiente para coibir a abusividade da prática e preservar a igualdade e paridade de armas, tão caras ao direito eleitoral.

Vale notar que diversos são os dispositivos que tratam da relação entre religião, política e processo eleitoral, entretanto poucas são as limitações impostas.

Não menos notórios os casos de propaganda eleitoral com conteúdo e apelo confessionais, candidaturas institucionais de igrejas e candidatos que fazem uso de alcunhas sacerdotais, na tentativa de aproveitar a posição de autoridade religiosa.

Muito embora inexista expressamente no ordenamento jurídico, a tese do “abuso de poder religioso” vem paulatinamente tomando corpo, através de uma construção jurisprudencial e doutrinária que busca a equiparação deste, como prática punível, às figuras já previstas em lei do abuso de poder econômico e abuso de poder político, numa tentativa de imposição de limites à influência religiosa no processo eleitoral.

Esta construção jurisprudencial tem convergido no reconhecimento do abuso de poder religioso de forma transversa, a partir do abuso de poder econômico, de autoridade ou ainda, dos meios de comunicação social, decorrente da aplicação do arcabouço jurídico e limitações já previstas.

O abuso também pode ser caracterizado pelo viés da proteção a liberdade do voto e captação ilícita de sufrágio previsto no art. 41-A da Lei das Eleições.

Como afirmamos na introdução, o Direito deve andar *pari passu* com a sociedade, sob pena de não responder a contento sua finalidade precípua.

A construção jurisprudencial no sentido do reconhecimento do abuso de poder religioso de forma transversa foi uma “saída” encontrada pelos Tribunais para responder a uma demanda da sociedade e ilustra bem a imbricada relação entre a ciência jurídica e o fenômeno social, por natureza, dinâmico.

Entretanto, pareceria-nos mais salutar a abertura do tipo “abuso de poder”, como defendem Fávila Ribeiro (2001) e Frederico Arruda Alvim (2017), suprimindo na letra da lei as modalidades de abuso de poder econômico e político. Tal expediente privilegiaria a utilização da hermenêutica por parte do operador do direito com vistas à harmonização da letra da lei com seus aspectos teleológicos. Segundo o primeiro autor, a aludida supressão simplificaria o enunciado de modo a transmitir abrangência generalizada ao tipo, “ *mencionando apenas – contra qualquer forma de abuso de poder à lisura do processo eleitoral.*” (Ribeiro, 2001)

Com essas considerações encerramos nosso trabalho. Muito longe de esgotarmos a matéria, buscamos tão somente apresentar nossa singela contribuição ao estudo do abuso do poder religioso no processo eleitoral brasileiro.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Renato Ribeiro de. O Abuso de Poder Religioso nas Eleições. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; *et al* (coords.) - 48 Visões sobre a Corrupção. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 479-499.

ALVIM, Frederico. O poder como realidade multiforme: aportes sociológicos para uma reconfiguração dos mecanismos de proteção da integridade eleitoral. Revista Democrática, Cuiabá, v. 3, p. 137-165, 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Frente Parlamentar Evangélica do Congresso Nacional. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/internet/deputado/frenteDetalhe.asp?id=53658>>. Acesso em: 25set2018

DIP, Andrea, Afinal, o que os evangélicos querem da política? Agência Pública, 19 de outubro de 2015. Disponível em <<https://apublica.org/2015/10/afinal-o-que-os-evangelicos-querem-da-politica/>>. Acesso em 2/10/2018.

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

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo Demográfico 2010: Disponível em: <<https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?busca=1&id=3&id-noticia=2170&t=censo-2010-numero-catolicos-cai-aumenta-evangelicos-espiritas-sem-religiao&view=Noticia>>, Acesso em: 25set2018

KUFA, Amilton Augusto. O controle do Poder Religioso no processo eleitoral, à luz dos princípios constitucionais vigentes, como garantia do Estado Democrático de Direito. Revista Ballot - Rio de Janeiro, V. 2 N. 1, Janeiro/Abril 2016, pp. 113-135. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/ballot/article/download/25573/18254>>. Acesso em 26/9/2018>. Acesso em 20/9/2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria Regional Eleitoral em Pernambuco. RECOMENDAÇÃO Nº 02/2018. Disponível em: <http://www.prepe.mpf.mp.br/menu/noticias/manifestacoes/2018_05_04_Recomendacao_culto_religioso_prepe.pdf> Acesso em 25/9/2018

MORENO, Sayonara. PF investiga compra de votos e candidato que "amaldiçoava" eleitores na Bahia. Agência Brasil. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-09/policia-federal-combate-compra-de-votos-na-bahia>>. Acesso em 24/9/2018.

NAÇÕES UNIDAS. Declaração universal dos direitos humanos, 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em 25/9/2018.

PECCININ, Luiz Eduardo; ZACLIKEVIS, Wagner Luiz. Ilícitos eleitorais (Palestra proferida por José Eduardo Alckmin, Maria Claudia Bucchianeri Pinheiro, Rodrigo Lopes Zílio e Gustavo Bonini Guedes). Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE, Belo Horizonte, ano 9, n. 17, p. 131-149, jul./dez. 2017.

PECCININ, Luiz Eduardo. O discurso religioso na arena política: representação e deliberação democrática no Estado laico. Tese de mestrado, Curitiba, Universidade Federal do Paraná, 2016.

PIMENTA, Guilherme. Abuso religioso é nova prática para conseguir voto”, diz Renato Almeida. Jota. Disponível em <<https://www.jota.info/justica/abuso-religioso-e-nova-pratica-para-conseguir-voto-29082016>> Acesso em 24/9/18.

RIBEIRO, Fávila. Abuso de poder no direito eleitoral. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

Saiba o que os templos religiosos/pastores não devem fazer durante as eleições. JM NOTÍCIA. Disponível em <<https://www.jmnoticia.com.br/2018/08/20/alerta-saiba-o-que-os-templos-religiosos-pastores-nao-devem-fazer-durante-as-eleicoes/>>. Acesso em 25/9/2018.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO DE JANEIRO. Aviso MAURO NICOLAU JUNIOR, Juiz Coordenador da Fiscalização da Propaganda Eleitoral. Disponível em: <http://www.tre-rj.jus.br/site/gecoi_arquivos/100920181759_arq_139714.pdf>. Acesso em 23/9/2018.

TSE estuda bloquear influência de igrejas nas eleições. Congresso em Foco. Disponível em <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/tse-estuda-bloquear-influencia-de-igrejas-nas-eleicoes/>> Acesso em 25/9/2018.

O NOVO CRIME ELEITORAL: DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA.

Luiz Carlos dos Santos Gonçalves

Procurador Regional Eleitoral de São Paulo

Mestre e Doutor em Direito do Estado

RESUMO

Objeto: O artigo examina o novo crime trazido ao Código Eleitoral pela Lei 13.384/2019, em relação ao bem jurídico tutelado, a sujeição ativa e passiva, a possibilidade de tentativa e a exigência da finalidade eleitoral da conduta. **Objetivo:** apresentar a nova figura criminosa e examinar suas semelhanças e diferenças em relação ao crime do artigo 339 do Código Penal. **Método:** análise da redação típica e da literatura e jurisprudência existentes sobre o crime do artigo 339 do Código Penal. **Resultado:** O artigo demonstra há significativas diferenças entre o artigo 339 do Código Penal e o artigo 326-A do Código Eleitoral.

Palavras-chave: crime eleitoral e denúncia criminosa eleitoral

ABSTRACT

The new electoral crime: false imputation

Object: The article exams the new crime introduced in Brazilian Electoral Code by the law number 13.384/2019, similar to an old figure of the Brazilian Penal Code. **Purpose:** to show up de new electoral crime and investigate its range and application. **Method:** Textual exam of the law, the literature and the judicial precedents about the false imputation on Brazilian Penal Code. **Result:** The text identifies the differences between both crimes and the most significative innovations. The paper analyses what the new crime seeks to protect, who can perform the conduct described, who can be its victim, and the topic about the electoral purpose of the crime.

Keyword: brazilian electoral crimes and electoral false imputation.

NOVO CRIME ELEITORAL: DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA.

Luiz Carlos dos Santos Gonçalves
Procurador Regional Eleitoral de São Paulo

Introdução

Há teses que defendemos e que, não raro, nos custam olhares - de esguelha - de gente que apreciamos. Defendi a “Revolução Constitucionalista de 1932”, ocorrida em São Paulo, perante amigos gaúchos e mineiros; falei contra os dois meses de férias num evento da magistratura e do Ministério Público. Disse que, em nenhuma hipótese, cabe pagar mais do que duzentos reais por uma garrafa de vinho - com exceção de um Pêra-Manca ou um Château Lafite - e que a maior revelação do Santos Futebol Clube em muitos anos foi o Paulo Henrique Ganso, e não aquele outro jogador, que vira e mexe cai.

A tese campeã de miradas enviesadas, todavia, foi outra: a de que há um papel constitucional, de proteção de direitos, a ser exercido pelo Direito Penal, o que pode levar à necessidade de previsão legislativa de novos tipos penais. Os amigos advogados, algo consternados, constatam que, afinal, sou um promotor, embora eleitoral. Os professores lamentam que não estudei tão a fundo as últimas tendências do Direito Penal Alemão. Ouço que, especialmente no campo do Direito Eleitoral, as sanções cíveis são suficientes, além de serem as mais temidas pelos políticos. Como eu insisto no papel de proteção proporcional de bens jurídicos, a ser exercido pelo Direito Penal, retiram-me, no plano da reprovação ocular, do mundo das pessoas sensatas e esclarecidas.

Minha esquisita opinião não significa, contudo, que eu seja a favor de qualquer novo crime ou que eu já não ache que estamos bem servidos nesse quesito, diante das mais de mil figuras típicas que temos na ordem jurídica brasileira. No caso dos crimes eleitorais, há tipos em excesso, muitos deles “contravenções eleitorais”, das quais poderíamos prescindir. Se enxergo uma lacuna, é em relação a um verdadeiro crime de caixa dois¹. No mais, mostro inconformismo com a brandura de algumas penas².

Eu não tinha me dado conta da necessidade de uma figura típica que proscrevesse a denúncia caluniosa para fins eleitorais, mas o sempre atento legislador se deu. A justificativa do projeto n. 1978, de 2011, do Deputado Félix Mendonça, falava em:

“reiterada a proliferação de atos irresponsáveis aplicados com finalidade eleitoral, com o fim de violar ou manipular a vontade popular e de impedir a ocorrência de diplomação de pessoas legitimamente eleitas, pela vontade do povo.”

O resultado foi a Lei 13.834, de 4 de junho de 2019, que alterou o Código Eleitoral para incluir o novo crime de denúncia caluniosa eleitoral.

A Lei 13.834/2019

A nova lei traz a seguinte previsão:

“[Art. 326-A](#). Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, atribuindo a alguém a prática de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, com finalidade eleitoral:

¹ Como se deixou que uma fraude contábil, prevista no artigo 350 do Código Eleitoral, seja a única alternativa para punir penalmente a conduta de quem usa dinheiro ilicitamente numa campanha eleitoral?

² O artigo 346 criminaliza o uso de serviços e prédios públicos para fins de beneficiar partidos políticos. A pena é de detenção de até seis meses.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve do anonimato ou de nome suposto.

§ 2º A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.

§ 3º (VETADO)”

Já tínhamos o crime do artigo 339 do Código Penal:

“Denúncia caluniosa

Art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto.

§ 2º - A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.”

A originalidade da Lei 13.834/2019 está meio escondida, mas presente. Ela diz que a imputação falsa pode ser de “ato infracional”, enquanto o art. 339 falava somente em crime, o que implica aumento na abrangência da conduta proibida. Além disso, a nova Lei diz que o comportamento deve ser praticado “com finalidade eleitoral”. Portanto, se o ânimo do agente é produzir algum efeito no mundo das eleições, o molde típico será o do artigo 326-A; se ele tiver qualquer outro intento, ficaremos com o 339.

Essas “cópias” realizadas pela legislação eleitoral, ao tempo em que transportam questões e debates feitos com os tipos originais, quase sempre demandam novas leituras, distantes das feitas na origem. Por exemplo, nem toda ofensa que, fora das eleições, caracterizaria injúria, pode, no ambiente eleitoral, receber essa moldura. Fazê-lo seria obstar de modo relevante a liberdade de debate e crítica, conquanto ácida, feita por um candidato ou seus apoiadores a outros candidatos.

No caso da denúncia caluniosa eleitoral, a interpretação deverá receber novos aportes. Não dá, por exemplo, para considerar que a objetividade jurídica e a sujeição passiva do artigo 326-A sejam as mesmas do seu “primo”, a denúncia caluniosa do Código Penal. Todo crime eleitoral tem, como objetividade jurídica, a lisura e a regularidade das eleições e não é diferente com a denúncia caluniosa eleitoral. Por essa razão, a vítima direta de todo crime eleitoral é a sociedade, o conjunto dos eleitores, ainda que as consequências do ato ilícito atinjam pessoa determinada. A comparação entre as denúncias caluniosas comum e eleitoral deve ser feita *cum grano salis*.

A utilidade prática de incluir esta figura no Código Eleitoral está em atrair a competência da Justiça Eleitoral. Se um crime, embora apto para estorvar o processo das eleições, não estiver previsto na legislação eleitoral, a competência para seu processo e julgamento será da Justiça Federal. Uma vez no Código Eleitoral, a infração passa a ser considerada “crime eleitoral próprio”, sendo levada a julgamento (salvo foro por prerrogativa de função) perante o juiz eleitoral.

Temos opinião favorável à competência da Justiça Eleitoral em temas, ainda que criminais, que tenham condão de repercutir nas eleições ou tenham sido objeto de prática com tal desiderato. A Justiça Comum, estadual ou federal, pode ter maiores dificuldades para correlacionar determinada conduta com o móvel eleitoral que lhe serviu de fundamento. Além disso, é comum que existam versões cíveis do ilícito criminal, sendo conveniente que as ações tramitem no mesmo ramo do Judiciário.

A imputação falsa objeto da denúncia caluniosa eleitoral não precisa ser de crime eleitoral. Pode ser de qualquer crime, eleitoral ou não. O que atrai a competência da Justiça Eleitoral e a responsabilização pelo art. 326-A não é a natureza do ilícito que se imputa falsamente ou a competência para julgá-lo, mas a finalidade eleitoral que presidiu a falsidade. O agente pode, por razões eleitorais, atribuir falsamente a terceiro um roubo, art. 157 do Código Penal, levando a formalização de uma denúncia do Ministério Público

perante a Justiça Comum Estadual. A competência para o art. 326-A será da Justiça Eleitoral; a do crime de roubo, não. A hipótese de reunião dos processos por conexão, na Justiça Eleitoral, por força do artigo 35 do Código Eleitoral existe (especialmente depois da decisão do STF no Inquérito 4.435) mas a entendemos, como será exposto, desnecessária e inconveniente.

Exame do novo tipo

Trata-se de figura dolosa (como todos os crimes eleitorais), de ação penal pública incondicionada (*idem*), que exige o chamado dolo direto (não vale o eventual: o agente precisa saber que se trata de uma imputação falsa, ver STF, Inquérito 3.133³) e, além do mais, específico (a finalidade da conduta é influenciar, em algum modo e grau, a disputa eleitoral).

A denúncia caluniosa eleitoral é uma versão qualificada⁴ dos crimes de calúnia⁵ e difamação eleitorais⁶, pois, em razão da imputação falsa, um resultado agravador - um procedimento de investigação ou responsabilização - é iniciado. Supõe a atribuição a alguém de um fato previsto em lei como crime ou contravenção penal (calúnia) ou desabonador (difamação) sabendo que os fatos não ocorreram ou que a pessoa imputada não foi a responsável por eles. Há uma ofensa à honra objetiva da pessoa imputada, não sendo suficiente imprecisar a alguém adjetivos como ladrão, corrupto ou homicida (o que levaria à injúria). Por essa razão, a conduta precisa vir revestida de um mínimo de credibilidade, para iludir quem tem legitimidade para iniciar procedimento ou processo. Se, em razão dela, nenhum procedimento ou processo for instaurado, tratar-se de calúnia ou difamação. Exige-se, ainda, que a denúncia tenha sido a causa eficiente da abertura do processo ou procedimento.

O dolo direto deve estar presente: não haverá ilícito se se tratar de alguém que tem razões para suspeitar que o crime ou a infração foram efetivamente praticados pelo imputado. É direito de toda a pessoa levar ao conhecimento das autoridades a suspeita da prática de irregularidades.

Se não houver imputação específica a alguém, poderá existir o crime de comunicação falsa de crime, art. 340 do Código Eleitoral, de competência da Justiça Comum.

Processos e procedimentos em razão de ilícitos criminais e administrativos podem ser abertos em instâncias variadas. Ações de improbidade, por exemplo, podem ser

³ “...A Turma consignou que o crime em comento exigiria, para sua configuração, que a instauração de investigação policial, processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade, tivesse como única motivação o interesse de se atribuir fato criminoso a pessoa que se soubesse ser inocente. Consignou, ademais, que não bastaria a desconformidade da denúncia em relação à realidade, e seria necessária a demonstração do dolo, elemento subjetivo do tipo. Acrescentou que o direito fundamental de petição (CF, art. 5º, XXXIV, a) seria causa justificante do oferecimento de “notitia criminis” e que a conduta do denunciante não se tornaria ilícita em razão do mero arquivamento de procedimento eventualmente instaurado.” - Rel. Min. Luiz Fux, j. 5.8.2014.

⁴ Em relação à calúnia, ver julgado do STJ no HC 339.782-ES, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz.

⁵ Código Eleitoral: “Art. 324. Caluniar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando fins de propaganda, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção de seis meses a dois anos, e pagamento de 10 a 40 dias-multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga. § 2º A prova da verdade do fato imputado exclui o crime, mas não é admitida: I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido, não foi condenado por sentença irrecorrível; II - se o fato é imputado ao Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro; III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

⁶ “Art. 325. Difamar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando a fins de propaganda, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção de três meses a um ano, e pagamento de 5 a 30 dias-multa. Parágrafo único. A exceção da verdade somente se admite se ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

promovidas por associações e sociedades de economia mista, nos termos da Lei 7.347/85⁷. O Ministério Público pode encetar investigações criminais (Resolução 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público), instaurar inquérito civil⁸ e, no campo eleitoral, o Procedimento Preparatório Eleitoral, PPE (Portaria nº 692/2016 do Procurador Geral da República). Somente a autoridade policial pode instaurar inquérito criminal⁹.

A nosso ver, basta ter-se uma sindicância baseada na imputação falsa de crime ou infração, para que o crime se aperfeiçoe. A reunião de peças de informação não é suficiente para a configuração do crime: exige-se a formalização da investigação, processo e procedimento, com o devido termo de abertura e indicação do seu escopo.

O agente deve dar causa à abertura da investigação ou procedimento, o que supõe uma atuação direta e eficiente, a saber, uma comunicação a quem é legitimado para instaurar aqueles atos. A mera divulgação da imputação falsa, ainda que por meio da imprensa, configura o crime de calúnia ou difamação agravados (art. 324, § 1º, e 325, c.c o art. 327, III, Código Eleitoral), mesmo que, em razão dela, haja uma investigação ou processo.

A imputação falsa de ato infracional

Aqui se mostra uma das principais diferenças entre a denúncia eleitoral e sua congênere do Código Penal. Enquanto o art. 339 fala somente em “crime”, a denúncia caluniosa eleitoral fala em “crime” ou “ato infracional”. Não nos parece que a *mens legis* seja a de incluir condutas de menores de dezoito anos (nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente)¹⁰. No ambiente eleitoral, esse acréscimo seria de escassa valia, embora atenda a um sentido técnico da expressão “ato infracional”. Em acréscimo, ela não condiz com a exemplificação feita pelo tipo, tendo em vista que, para atos praticados por adolescentes menores de dezoito anos não há falar em inquérito civil ou ação de improbidade administrativa¹¹. A nosso ver, “ato infracional” refere-se a infração cível ou administrativa, que pode levar à instauração de sindicâncias e processos administrativos por faltas funcionais, disciplinares ou por improbidade.

⁷ Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

⁸ Que pode ser instaurado pelo Ministério Público, nos termos da Lei da Ação Civil Pública, art. 8º: “§ 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis”

⁹ Cabe lembrar que, nos termos da Resolução 23.396/2013 do Tribunal Superior Eleitoral, a autoridade policial não pode instaurar, de ofício, inquérito policial. Este só pode ser instaurado em caso de flagrante delito ou por requisição do juiz ou do órgão do Ministério Público. É o que diz seu artigo “Art. 8º: O inquérito policial eleitoral somente será instaurado mediante requisição do Ministério Público Eleitoral ou determinação da Justiça Eleitoral, salvo a hipótese de prisão em flagrante.

¹⁰ Essa é, contudo, a opinião de Rogerio Sanchez Cunha, para quem “a menção expressa ao ato infracional, inexistente na redação do art. 339 do CP. Assim, se no crime tipificado no Código Penal pode haver discussão sobre a possibilidade de que alguém cometa a denúncia caluniosa imputando falsamente um crime a alguém menor de dezoito anos (que, a rigor, não pode ter contra si um crime imputado), na denúncia caluniosa eleitoral a dúvida é absolutamente afastada.” - <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/06/06/lei-13-83419-tipifica-o-crime-de-denunciacao-caluniosa-para-fins-eleitorais/>, consulta em 19.06.2019.

¹¹ Consultando a tramitação legislativa do projeto de lei n. 1978, de 2011, do Deputado Felix Mendonça, tem-se que o acréscimo dessa expressão foi objeto de emenda única, apresentada à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, pelo Deputado Mendonça Filho, em 16.04.2013.

Essa leitura faz da calúnia eleitoral figura qualificada tanto da calúnia, quanto da difamação eleitorais. Com efeito, a imputação falsa de um ato de improbidade ou falta funcional podem bem ser mais graves – atentos à “finalidade eleitoral” da conduta – do que a atribuição de um crime ou contravenção. É só imaginar alguém acusando falsamente um candidato de causar prejuízo ao erário e enriquecer ilícitamente na celebração de um contrato administrativo. A ação de improbidade que poderia ser instaurada, além de prejuízo à imagem do imputado, cria até o risco de inelegibilidade, nos termos das letras “g” e “l” do artigo 1º da Lei Complementar 64/90.

Apontam Glauber Guilherme Belarmino e Antonio Belarmino Junior, que o propósito do legislador ao introduzir o artigo 326-A no Código Eleitoral foi:

“proporcionar um ambiente propositivo para as eleições, excluindo o denunciismo do protagonismo do processo e permitindo uma maior segurança àquelas pessoas que se dispõem a participar, uma vez que muitos desistem de se candidatar em virtude da política rasteira, que de forma direta atinge a sua honra, liberdade e propósitos, por atos que agora serão tipificados como crime de denúncia caluniosa eleitoral.”¹²

Sendo assim, a interpretação que propomos para “ato infracional” é a que melhor condiz com a *mens legis*.

A finalidade eleitoral

A finalidade eleitoral implica na pretensão do sujeito ativo de influir, de algum modo e em algum grau, no processo eleitoral. Isso não significa que a imputação só possa ser feita a um candidato ou que tenha um marco temporal coincidente com a atividade dos candidatos – do registro à diplomação. A imputação pode ser feita para dificultar as chances de alguém ser escolhido na convenção partidária, por exemplo, ou como forma de buscar o ajuizamento de uma Ação de Impugnação de Mandato Eletivo. É só imputar ao candidato eleito, falsamente, a prática de fraude na tomada ou cômputo dos votos.

Não se pode olvidar que condenações colegiadas por certos crimes e por improbidade gerarão inelegibilidade, nos termos da Lei Complementar 64/90, o que pode sugerir finalidade eleitoral em comportamentos feitos em ano não-eleitoral.

Não nos escapa a dificuldade de demonstrar essa finalidade, nem a possibilidade de que seja invocada para, meramente, retirar o caso da Justiça Comum e trazê-la para a Eleitoral. É difícil perscrutar os escaninhos da mente e das motivações humanas, os motivos recônditos que levam alguém a agir de determinado modo. O que sugerimos é que o padrão de confirmação da finalidade eleitoral seja mais rigoroso e estrito para o período anterior ao das convenções partidárias e posterior ao prazo de ajuizamento das ações eleitorais fundadas na diplomação. Por igual, a militância política do imputante e do imputado deve ser considerada. Por que haveria finalidade eleitoral numa falsidade feita por quem não atua na política, em face de quem também não o faz?

Não se exige, para o aperfeiçoamento da denúncia caluniosa, efetiva influência na sorte dos pleitos eleitorais. É suficiente que a motivação do agente inclua essa perspectiva.

Bem jurídico tutelado

A versão do Código Penal da denúncia caluniosa tem como bem jurídico protegido o prestígio e a regularidade da administração pública, levada a empregar recursos humanos e materiais numa investigação ou processo sem lastro (seja pela inocorrência do fato, seja porque, o verdadeiro autor do crime é outro). A honra objetiva da pessoa objeto da imputação está incluída na proteção. No campo eleitoral, esses objetos materiais são acrescidos de outro, que ocupa o lugar principal, a saber, a lisura e

12 Consultor Jurídico, <https://www.conjur.com.br/2019-jun-17/opinioao-denuncia-falsa-finalidade-eleitoral-agora-crime>. Consulta realizada em 19.06.2019

legitimidade do pleito. A notícia de uma investigação, processo administrativo, criminal ou por improbidade em face de um candidato pode ter grande repercussão, levando o eleitor a formar convicção contrária ao voto naquela pessoa.

Sujeição ativa e passiva

O novo crime não exige condição ou qualidade especial do sujeito ativo, podendo ser praticado por qualquer pessoa. Assim, é crime comum. Pode ser praticado, inclusive, pela autoridade pública que deu início à investigação, denúncia ou procedimento sabendo inocente a pessoa increpada, delegados e membros do Ministério Público incluídos. Há debate sobre se um investigado ou réu, no exercício da autodefesa, comete crime se o imputa a terceiros, sabendo-os inocentes. Formamos opinião favorável. O direito à defesa inclui o silêncio e a mentira, mas não resguarda a imputação falsa de crime ou infração a inocentes. Admiti-lo implicaria ofensa aos bens jurídicos tutelados.

O advogado, se se limitar à representação de seu constituinte – formalizando, por exemplo, a petição dirigida a quem de direito - não responderá pelo crime; se o ajudar para além disso ou fizer a imputação em nome próprio, ainda que na defesa de alguém, responde.

Se o crime falsamente imputado for de ação penal privada ou sujeita a representação, somente a parte legítima poderá dar causa a instauração de inquérito, procedimento ou processo, perfazendo a conduta típica do art. 326-A. Embora a denúncia caluniosa eleitoral seja de ação penal pública incondicionada - como todos os crimes eleitorais - ela não exige que a imputação falsa seja de crime eleitoral.

Não se trata de crime de atuação pessoal: o autor pode agir diretamente ou por intermédio de terceira pessoa.

A vítima da denúncia caluniosa eleitoral, como indicado, é a coletividade, o que faz dela um crime vago. Em caráter secundário, estão na condição de prejudicados, ou vítimas secundárias, a pessoa que recebeu a imputação falsa e a autoridade, pessoa ou instituição que deu início ao procedimento ou processo. É erro grave considerar que a vítima primária do crime seja a pessoa que suportou a imputação falsa ou a administração pública. Isso pode ser verdade para a figura do Código Penal, não para o art. 326-A do Código Eleitoral. Até em razão disso, todo crime eleitoral é de ação penal pública incondicionada, entre eles a calúnia e a difamação que funcionam como tipos privilegiados da denúncia.

A vítima secundária, nominada na imputação, pode ser pessoa física ou jurídica. Para além da admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, nos crimes contra o meio ambiente, cabe rememorar que a prática de “atos infracionais”, na interpretação que damos a esse conceito no presente estudo, não é exclusiva de pessoas de carne e osso.

Consumação e tentativa

Entendemos que não há falar em tentativa nesse crime do artigo 326-A, mesma solução que preconizamos para o artigo 339 do Código Penal. Não é a opinião majoritária da doutrina, para a qual o crime admite tentativa por ser material (conduta e resultado) e plurissubsistente, ou seja, a atuação pode ser decomposta em trechos, surgindo a possibilidade de que não se produza o resultado por circunstâncias alheias à vontade do agente. Nesse sentido: Guilherme de Souza Nucci¹³, Artur Gueiros e Carlos Eduardo Japiassú¹⁴, Luiz Regis Prado¹⁵, Damásio de Jesus¹⁶. Há uma peculiaridade, porém, na construção típica da denúncia, que é trazer um resultado qualificador – a instauração

13 “Manual de Direito Penal”, 13ª. Edição, Gen/Forense, 2017.

14 “Direito Penal”, Atlas/Gen, 2018.

15 “Comentários ao Código Penal”, 11ª. Edição, 2017, Revista dos Tribunais.

16 “Código Penal Anotado”, 23ª edição, Saraiva, 2016.

da investigação, inquérito, procedimento ou processo – que é dependente de uma avaliação jurídica de terceiros. Se a avaliação for positiva, levará a um único ato que consumará o delito. Caso não haja a instauração, por exemplo, mediante o arquivamento de peças de informação, diz-se que não houve crime (de denúncia) e não que ele não se consumou. Veja-se o acórdão do STJ, no REsp 680.919-SP, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 28/11/2006:

“Assim, para o Min. Relator, não há como se possa configurar a denúncia se nem a representação teve prosseguimento, porque foi arquivada e, em sendo arquivada, não chegou a haver investigação alguma.”

A inviabilidade da notícia ou representação não agrega o elemento qualificador que distingue a denúncia caluniosa eleitoral da calúnia e difamação simples, já aperfeiçoadas com a apresentação da imputação falsa. Esse aperfeiçoamento é impeditivo do reconhecimento do crime impossível, art. 17 do Código Penal. É solução favorável ao réu: as penas da denúncia caluniosa eleitoral, inobstante reduzidas de um a dois terços - art. 14,II, do Código Penal - serão mais severas do que as penas da calúnia (seis meses a dois anos, no Código Eleitoral) ou da difamação (três meses a um ano).

A inocência do imputado

Tema de relevo no crime de denúncia caluniosa é a necessidade de espera da investigação, processo ou procedimento instaurado em razão da denúncia do agente imputador, para só então se autorizar a persecução penal pela denúncia caluniosa.

É a opinião majoritária da doutrina. Falando do crime do Código Penal, temos a visão de Guilherme de Souza Nucci¹⁷, citando Nelson Hungria:

“Torna-se imprescindível, para que se julgue corretamente o crime de denúncia caluniosa, o término da investigação instaurada para apurar a infração penal imputada, bem como a ação civil ou penal, cuja finalidade é a mesma, sob pena de injustiças flagrantes. Recomenda Hungria que ‘conforme pacífica doutrina e jurisprudência, a decisão final no processo contra o denunciante deve aguardar o prévio reconhecimento judicial da inocência do denunciado, quando instaurado processo contra este. Trata-se de uma medida de ordem prática, e não propriamente de uma condição de existência do crime (Comentários ao Código Penal, v. IX, p. 465-466)’”.

É a compreensão de Jorge Assaf Maluly, tratadista do tema:

“... embora não exista no direito positivo uma norma sujeitando o resultado da persecução contra o denunciante, ao arquivamento do inquérito policial ou à absolvição no processo criminal do denunciado, é de bom alvitre aguardar-se essa conclusão, com o intuito de impedir a incidência de decisões judiciais antagônicas. Da mesma forma, cumpre observar o mesmo critério de dependência, isto é, aguardar-se o término da investigação administrativa, do inquérito civil ou da ação de improbidade administrativa”¹⁸

Nessa linha, faltaria justa causa para a investigação e ação penal por denúncia enquanto, no outro processo, não se obtivesse prova da inocência do imputado, seja pelo arquivamento da investigação ou improcedência do procedimento ou processo. Variação dessa interpretação permite a instauração do processo-crime pela denúncia caluniosa, mas não seu desfecho. Ele deveria ser suspenso, no aguardo das conclusões daqueles feitos instaurados a partir da falsidade.

Em viés distinto, a opinião de Julio Fabbrini Mirabete:

“Não é pressuposto da instauração de ação penal o arquivamento de inquérito policial aberto a pedido do indigitado autor do crime de denúncia caluniosa

17 “Manual de Direito Penal”, 13ª. Edição, Gen/Forense, 2017, p. 1171.

18 “Denúncia Caluniosa”, 2ª edição, Del Rey, 2006, p. 101.

para só então valer aquele como peça de informação à *persecutio criminis* do Estado.”¹⁹

É a interpretação que adotamos. A exigência típica da denúncia caluniosa eleitoral é a consciência que o agente deve ter da inocência do imputado. Ela deve se apresentar nos atos que resultarão na instauração de investigação, processo ou procedimento. A inocência é presumida, nos termos da Constituição Federal,²⁰ não ficando dependente de instância confirmatória. Não é elemento típico o arquivamento ou absolvição nos feitos instaurados em razão da imputação. Se a prova demonstrar que houve dolo direto na atribuição falsa do ilícito a alguém, que a persecução penal tenha lugar.

O ponto de vista majoritário traz condição de procedibilidade não prevista em lei, ainda que com o louvável escopo de evitar decisões contraditórias. A certeza da inocência do imputado é o requisito para a adequação típica. Se surgir prova, desconhecida pelo agente, da culpabilidade do imputado, isso não virá em seu apoio. A mentira é medida na cabeça do sujeito ativo – por difícil que seja prová-lo – e não na realidade fenomênica.

É solução mais adequada ao ambiente dos crimes eleitorais, pois evita que se tenha que aguardar o término de feitos que tramitam em outros ramos da Justiça, para só então iniciar a investigação, oferecer denúncia ou retomar o processo pelo art. 326-A.

Por idêntica razão, não vislumbramos a possibilidade de que se invoque a conexão para trazer, para a Justiça Eleitoral, todas as investigações e procedimentos criminais surgidos em razão dos crimes imputados. A prova pode ser útil, mas não é imprescindível, autorizando a separação dos processos como preconiza o artigo 80 do Código de Processo Penal²¹.

Se a imputação não lograr, ao menos, dar início a uma investigação, não haverá esse crime, como indicado no acórdão do STJ no REsp 680.919-SP, anteriormente citado.

O membro do Ministério Público Eleitoral, tomando conhecimento do fato e formando sua *opinio delicti* poderá promover a ação penal pública, que não se submete a condições especiais de procedibilidade.

Causas de aumento e diminuição

Consoante a redação do artigo 326-A:

“§ 1º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve do anonimato ou de nome suposto.

§ 2º A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.”

A Constituição Federal, quando assegura a liberdade de expressão, veda o anonimato²². Essa vedação se estende, em menor extensão, ao direito de petição²³, também de sede constitucional, apenas se há receio de que a exposição do nome do peticionário possa ensejar-lhe o temor de represálias. Há diversas restrições procedimentais e de suficiência probatória vindas de notícias anônimas, ainda que sirvam para dar início a investigações. O aumento de pena, da sexta parte, nos casos de anônima imputação falsa, calibra a resposta penal à solécia do denunciante. O temor de represália não produz efeito jurídico diante de uma denúncia sabida, de antemão, como falsa.

19 “Manual de Direito Penal”, v. III, Ed. Atlas, 1980.

20 “Art. 5º, “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

21 Ver Douglas Fischer: “Crimes eleitorais e os eventualmente conexos diante do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal”, in Revista do TRE-RS, ano 24, nº 46, janeiro/junho de 2019.

22 Art. 5º... IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”

23 Art. 5º ... XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; (...)”

Por sua vez, a diminuição de pena pela imputação de contravenção sugere menor gravidade da ofensa à honra objetiva do imputado, sugestão que nos parece equivocada, tanto para o art. 339 do Código Penal quanto para o 326-A do Código Eleitoral. Em primeiro lugar, porque esse bem jurídico não é o único, nem o principal, nos crimes em comento. Em segundo lugar porque a Lei das contravenções penais é obsoleta, vários de seus tipos são incompatíveis com a Constituição de 1988 e já deveria ter sido revogada. Mais versátil é o conceito de crimes de menor potencial ofensivo, da Lei 9.099/95. A imputação de certas contravenções pode ser, no ambiente eleitoral, bastante nociva²⁴, e a previsão taxativa da redução de pena retira do juiz sentenciante a possibilidade de verificar a concreta extensão da lesão ao bem jurídico no caso concreto.

Hipóteses de concurso aparente de normas

Nossa conclusão de que a imputação falsa pode ser de crime ou infração administrativa, impõe o exame de outras figuras delitivas previstas em leis especiais, para saber se há concurso de crimes ou se trata apenas de encontrar a adequada moldura típica. Há um tipo assemelhado ao do art. 326-A na Lei 8.429/92, que cuida da improbidade administrativa:

“Art. 19. Constitui crime a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente.

Pena: detenção de seis a dez meses e multa.

Parágrafo único. Além da sanção penal, o denunciante está sujeito a indenizar o denunciado pelos danos materiais, morais ou à imagem que houver provocado.”

Essa colisão aparente é resolvida pelos critérios cronológico e da especialidade. O tipo do art. 326-A é mais recente e traz, como elemento especializante, a finalidade eleitoral.

Outro conflito que se pode vislumbrar é com o único crime previsto na Lei das Inelegibilidades, Lei Complementar 64/90:

“Art. 25. Constitui crime eleitoral a arguição de inelegibilidade, ou a impugnação de registro de candidato feito por interferência do poder econômico, desvio ou abuso do poder de autoridade, deduzida de forma temerária ou de manifesta má-fé:

Pena: detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional (BTN) e, no caso de sua extinção, de título público que o substitua.”

É possível apresentar, mendazmente, fatos suficientes para sua instauração de uma Ação de Investigação Judicial Eleitoral, que pode resultar em inelegibilidade. O artigo 25, de sofrível construção, exige, como elementos subjetivos, uma motivação (interferência do poder econômico, desvio ou abuso do poder de autoridade) e o dolo eventual ou direto. Temos como prevalente o novo crime do artigo 326-A, por modernidade e especialidade, sem embargo de estar, a figura típica mais antiga prevista em lei complementar. Não é caso de revogação do artigo 25: nem toda impugnação temerária ou de má-fé será feita mediante a atribuição falsa de ato infracional ou criminoso. É possível impugnar uma candidatura ou pretender uma inelegibilidade com outros fundamentos, que nem precisam ser ilícitos (parentesco ou ausência de desincompatibilização, por exemplo).

Por fim, o novo tipo do art. 326-A terá aplicação em detrimento do previsto no artigo 19 da Lei das Organizações Criminosas (n. 12.850/2013):

²⁴ Por exemplo, a do Art. 62 do Decreto-lei 3.688/41: “Apresentar-se publicamente em estado de embriaguez, de modo que cause escândalo ou ponha em perigo a segurança própria ou alheia: (...)”, admitindo, por hipótese, tratar-se de figura recebida pela Constituição de 1988.

“[Art. 19](#). Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas:

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

É que essa conduta, em sua primeira parte, prevalece diante dos crimes de calúnia e difamação, por sua especialidade, mas nada diz sobre a instauração de procedimento investigativo ou processo. Em ocorrendo tal instauração, o crime será o do artigo 339 do Código Penal ou, se houver finalidade eleitoral do art. 326-A, do Código Eleitoral.

Veto

O autógrafo do texto do art. 326-A, enviado à sanção presidencial, incluía norma de extensão típica, para quem divulgasse o fato ou ato:

“§ 3º Incorrerá nas mesmas penas deste artigo quem, comprovadamente ciente da inocência do denunciado e com finalidade eleitoral, divulga ou propala, por qualquer meio ou forma, o ato ou fato que lhe foi falsamente atribuído.”

As razões do veto são as seguintes:

“A propositura legislativa ao acrescentar o art. 326-A, *caput*, ao Código Eleitoral, tipifica como crime a conduta de denúncia caluniosa com finalidade eleitoral. Ocorre que o crime previsto no § 3º do referido art. 326-A da propositura, de propalação ou divulgação do crime ou ato infracional objeto de denúncia caluniosa eleitoral, estabelece pena de reclusão, de dois a oito anos, e multa, em patamar muito superior à pena de conduta semelhante já tipificada no § 1º do art. 324 do Código Eleitoral, que é de propalar ou divulgar calúnia eleitoral, cuja pena prevista é de detenção, de seis meses a dois anos, e multa. Logo, o supracitado § 3º viola o princípio da proporcionalidade entre o tipo penal descrito e a pena cominada.”

Essas razões não nos convencem. A divulgação não seria da mera imputação falsa, mas incluiria o êxito desta em fazer instaurar investigação, processo ou procedimento, recheando-a com esse argumento de verossimilhança. O parágrafo exigia o mesmo elemento subjetivo, a saber, o conhecimento da inocência do imputado, o que não implicaria cerceamento da liberdade de imprensa e de expressão.

Considerações finais

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

Surge o temor de que, como contramedida, se procure responsabilizar alguém por denúncia caluniosa eleitoral a cada vez que oferecer notícia ou representação contra determinado políticos e candidatos. O crime de denúncia caluniosa, nesse caso, ao invés da proteção dos bens jurídicos, servirá como *vendetta* diante da perspectiva da investigação de fatos que podem ser graves. Não é demais, para obviar tais males, observar que imputar a alguém a conduta de denúncia caluniosa, sabendo-o inocente, será igualmente crime de denúncia caluniosa. Esse aspecto deve ser considerado pelo *parquet* eleitoral diante de notícias crime que lhes sejam dirigidas.

Por igual, cabe lembrar que o Supremo Tribunal Federal, ao examinar questão de ordem no inquérito nº 4.435, concluiu pela aplicabilidade plena do artigo 35 do Código

Eleitoral, que diz competir ao juiz eleitoral o julgamento dos crimes eleitorais e de outros que lhes sejam conexos. Cabe zelar para que não se utilize desse expediente – uma notícia-crime em razão da suposta prática do novo crime do artigo 326-A – para, simplesmente, trazer para a competência eleitoral a apuração e o processo dos crimes que, até então, se davam na Justiça Comum.

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

Junho de 2019

Referências

CUNHA, Rogério Sanchez. A Lei 13,843/2019 tipifica o crime de denúncia caluniosa eleitoral. Disponível em “<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br>, consulta em 19.06.2019.

BELARMINO, Glauber Guilherme; BELARMINO JUNIOR, Antonio. *Denúncia falsa com finalidade eleitoral agora é crime*. Consultor Jurídico. Disponível em, <https://www.conjur.com.br/2019-jun-17>. Consulta realizada em 19.06.2019

JESUS, Damásio de. *Código Penal Anotado*, 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ; Carlos Eduardo. *Direito Penal*. São Paulo: Atlas/Gen, 2018.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*, 11ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017,

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo; GUEIROS, Artur. *Direito Penal*. São Paulo: Atlas/Gen, 2018.

MALULY, Jorge Assaf. *Denúncia Caluniosa*, 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, v. 3. São Paulo: Atlas, 1980.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*, 13ª. Edição. São Paulo: Gen/Forense, 2017.

FISCHER, Douglas. Douglas Fischer: *Crimes eleitorais e os eventualmente conexos diante do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal*”. Revista do TRE-RS, ano 24, nº 46, janeiro/junho de 2019.

OS DILEMAS DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

THE DILEMMAS OF BRAZILIAN DEMOCRACY

Fernanda de Carvalho Lage

Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direitos sociais, econômicos e culturais pelo Centro Unisal. Professora do Curso de Direito no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Advogada. Pós-graduada em Direito Tributário e Processo Tributário. Formada em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL).

Resumo

O artigo se insere no campo da ciência política e pretende realizar digressões sobre os dilemas da democracia brasileira na atualidade. O debate do trabalho surge de questões relativas a como está a democracia brasileira, quais os riscos que parece enfrentar e se há especificidades no quadro brasileiro ou ele é somente mais uma incidência de um fenômeno de contornos globais. O primeiro dilema corresponde a como conciliar o resultado popular, de políticas de marcado espectro conservador, com a generosidade que decorre da Constituição de 1988. O segundo, refere-se à força restritiva que o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal podem aplicar ao Poder Executivo, se este der vazão a todas as políticas propostas durante o período eleitoral. O terceiro dilema é como conciliar o uso massivo de novas oportunidades comunicacionais na internet com a democracia representativa. Conclui-se que são importantes desafios cujo manejo poderá afetar a saúde da democracia brasileira, e que requerem uma atenção especial e participação ativa da sociedade civil.

Palavras-chave: democracia brasileira; ciência política; tensões entre os poderes do Estado.

Abstract

The article is part of the field of political science and intends to present three of the challenges of Brazilian democracy today. The work debate arises from questions about how Brazilian democracy is, what are the greatest risks it seems to face and whether there are specific points in the Brazilian context or it is just another incidence of a phenomenon with global contours. The first dilemma is how to reconcile the popular result, which chose conservative policies with the generosity that results from the 1988 Constitution. The second refers to the restrictive force that the National Congress and the Federal Supreme Court can apply to the Executive Branch, if it gives discharge to all the policies indicated. The third dilemma is how to reconcile the massive use of new communication opportunities on the internet with representative democracy. It is concluded that these are important challenges whose management may affect the health of Brazilian democracy, and that require special attention and active participation of civil society.

Palavras-chave: democracia; ciência política; tensões entre os Poderes.

Keywords: Brazilian democracy; political science; tensions between the powers of the State.

Reflexões iniciais

Está na moda dizer que a democracia, ao longo do mundo, está em risco. Países afora tem elegido governos que hostilizam a imprensa, discriminam imigrantes, prometem desproteger o meio ambiente, enaltecem um patriotismo de velha escola e o nacionalismo econômico, fazem pouco de políticas sociais e constroem o Poder Judiciário. Líderes com carisma, não raro de fora da política tradicional, trazem prontas soluções para problemas complexos, capazes de granjear grande apoio popular, embora não pareçam corretas para, ao menos, minorar as dificuldades.

Um dos livros mais interessantes desta voga é o de David Runciman (2018), Professor de Política da Universidade de Cambridge. Em seu “Como a democracia chega ao fim”, ele observa que um dos enigmas centrais da ciência política é esclarecer a perseverança da democracia, que é essencialmente uma questão de confiança: aqueles que correm o risco de perdas com o resultado de uma eleição precisam confiar que vale a pena a insistência até a próxima disputa eleitoral. Mas, muitas vezes, essa confiança acaba. E é então que a democracia desmorona.

Sua abordagem, atemorizada com o resultado da última eleição norte-americana, é baseada em três eixos: o golpe de Estado, a calamidade ambiental ou nuclear e as novas tecnologias de informação. Examina golpes de Estado na Grécia, Zimbábue, Egito e Turquia, narra os riscos do descuido com o meio ambiente e de uma guerra nuclear e discute a corrosão que as novas tecnologias têm produzido nos partidos políticos e na democracia representativa. Indica a força de algumas corporações, o primado da publicidade, a agressividade que transborda na internet e a divulgação de notícias falsas como perigos.

Da leitura do livro em questão sugeri uma indagação: como está a democracia brasileira? Quais os riscos maiores que parece enfrentar? Há especificidades no quadro brasileiro ou ele é somente mais uma incidência de um fenômeno de contornos globais?

Faremos, então, digressões sobre alguns dos desafios da democracia brasileira. Três,

exatamente. Não quer dizer que estes sejam os únicos, talvez nem os mais decisivos. Confiar, entretanto, que são desafios cujo manejo poderá afetar a saúde da democracia brasileira. É, naturalmente, uma visão subjetiva.

O primeiro dilema é: como conciliar a voz das urnas, que escolheu políticas de mercado espectro conservador, quando não sectário, com a generosidade que decorre da Constituição de 1988. O segundo, se refere à força restritiva que o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal podem aplicar diante do Poder Executivo, se ele der vazão a todas as políticas que indicou pretender. O terceiro dilema e desafio é como conciliar o uso massivo de novas oportunidades comunicacionais, na internet, com a democracia representativa.

Primeiro dilema: política conservadora e constituição igualitária

O resultado das eleições brasileiras causou espanto para a maioria das pessoas. A voz conservadora assomou para o protagonismo e se revelou majoritária no momento de apuração dos votos. As circunstâncias excepcionais que permitiram a vitória podem tê-la apressado, mas não servem como explicação estrutural para tal resultado. Ocorreu, no Brasil, a junção, não comumente esperável, de duas vertentes do conservadorismo: o moral e o econômico. Por conservadorismo moral, muitos entendem a afirmação de que as relações afetivas devem guardar a figura tradicional, de homem e mulher, biologicamente definidos, de que a educação ética deve ser feita exclusiva ou preferentemente pela família, e não pela escola, de que as mulheres devem ser respeitadas, conquanto admitam um papel subalterno no quadro familiar e profissional. Esse tradicionalismo não vê, em sua maioria, na perspectiva de alteração da relação entre classes sociais uma condição necessária para a busca da realização pessoal da felicidade. Acredita que comunidades minoritárias e tradicionais não devem merecer proteção estatal, sendo essencial assegurar, com o critério do mérito pessoal, a livre disputa de todos por posições na sociedade. A responsabilidade pessoal é explicação suficiente para condutas desviantes, reservando-se para os desviantes e criminosos, as penas duras da lei. Já o conservadorismo econômico ataca soluções voluntaristas, socialistas e comunitaristas, trazendo visões limitativas, em graus variados, da intervenção estatal na economia. Sustenta a propriedade privada dos meios de produção, a liberdade de empreender, o livre mercado. Aceita, com distinções, apenas a atividade regulatória do poder público. Maldiz políticas industriais, intervenções no câmbio, barreiras comerciais,

subsídios estatais e empréstimos generosos a setores específicos. Incrementar a produtividade é o caminho para gerar riquezas, ainda que isto se dê ao custo do perecimento de empresas menos bem-sucedidas. Mira o equilíbrio fiscal e vê nos gastos sociais as razões pelas quais a economia brasileira vai muito mal, sem olvidar, claro, dos custos enormes do poder público com seus próprios funcionários. Esse conservadorismo econômico é indistinguível do *liberalismo*. Optaram por chamá-lo conservadorismo apenas para realçar a proximidade, algo excêntrica, que veio a encetar com o conservadorismo moral. Afinal de contas, o *liberalismo* é contra políticas moralizantes em relação a comportamento, sexo, crimes e drogas. O liberal propriamente dito sequer aceita a confusão entre religião e espaços públicos e não encoraja o Estado a definir como a pessoa se identifica ou age sexual ou afetivamente, desde que a liberdade de cada qual seja respeitada. Nem se pode dizer que o liberalismo, ao menos na versão europeia, seja infenso à proteção do meio ambiente.

A junção destes dois conservadorismos é uma das explicações para o êxito da chamada direita nas eleições brasileiras, depois de dezesseis anos de alternância entre centro e centro-esquerda. O conservadorismo de igrejas e de setores da classe média, e o liberalismo dos empresários e de parte da classe média alta, uniram-se para dar novo rumo ao quadro político. Não é intenção deste estudo perquirir das razões que facilitaram essa aproximação. É certo, porém, que a pauta moral do combate à corrupção uniu-se à pauta econômica, que via no favorecimento de certas empresas um ataque à livre concorrência. Por igual, a “crise de representatividade”, na qual parlamentares eleitos e partidos amorfos mostram-se dissociados do interesse dos representados, favoreceu o ambiente no qual respostas de perfil empresarial mostraram-se mais sedutoras do que loas às mudanças sociais.

Assim a liberação do uso das armas, a repressão incontida ao uso de drogas, a polícia inclemente, a recusa à aceitação da diversidade de gênero, a desconfiança diante da aventada doutrinação escolar, uniram-se à defesa do tripé macroeconômico (metas de inflação, equilíbrio fiscal e taxa de câmbio livre), da privatização e das reformas trabalhista e previdenciária.

O problema é que parte destas pautas esbarra na clara e insofismável postura da Constituição em prol da igualdade e do meio ambiente. Não é preciso viajar muito pelo texto constitucional para constatar que a igualdade mereceu tratamento reiterado e

intenso¹. Além disso, a promoção da igualdade supõe a capacidade de estabelecer diferenças em prol de setores que, por razões históricas, sociais, econômicas e culturais, não estão em condição de concorrer em paridade de condições, as chamadas ações afirmativas. Elas incluem questões como gênero, identidade sexual, raça, situação econômica, idade, deficiência... É uma pauta identificada como “progressista”, ainda que pudesse ser em boa parte aceita pela opinião liberal de talhe europeu. Pontos fulcrais desse conflito se apresentam nos custos orçamentários das políticas capazes de reduzir a desigualdade. Como não gastar para prover um mínimo de existência digna e igualdade?

A Constituição, como toda a norma jurídica, nasce em seu tempo. Muito já se disse que, em 1988, olhou-se para o passado, ditatorial e com forte desigualdade social, para indicar quais seriam, para o futuro, as metas de nossa civilização. Disso decorreu a democracia e o caráter humanitário de nossas obrigações com a proteção e a assistência social. Esse futuro chegou, trinta anos passados. Quedamo-nos ainda democráticos, mas desiguais como sempre. O que deu errado?

A solução consagrada nas urnas indica que podemos ter subestimado a selva econômica em que se tornou o mundo globalizado. A economia demanda arranjos para se defrontar com a concorrência internacional e as necessidades de gerar pleno emprego e riqueza.

Em livro de estudos sobre a obra do economista indiano Amartya Sen, apontamos que, para ele, a globalização não é uma maldição, bem como não é nova, nem começou liderada pelo ocidente. Consiste em um fenômeno que permitiu o enriquecimento científico e tecnológico e que, por milhares de anos, tem contribuído para o progresso do mundo por meio da viagem, do comércio, da migração, da difusão de influências culturais e da disseminação do conhecimento e do saber.

¹ Alguns exemplos: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”; Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...)”; Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) VII - redução das desigualdades regionais e sociais;”; “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; (...)”

Entretanto,

[...] há necessidade de “discriminações econômicas”, para fazer com que a forma da globalização se torne menos destrutiva para o emprego e o modo de vida tradicional e para gerar uma transição gradual. Para tanto, é preciso que haja oportunidades para um novo preparo profissional, oportunidades de qualificação das pessoas ao novo mercado de trabalho e a criação de redes de segurança social para aqueles que foram prejudicados pelas bruscas mudanças. (apud LAGE, 2016, p. 164)

As reformas econômicas não podem ser condenadas, aprioristicamente, antes de sua razoabilidade ser divisada. Em algum momento, porém, o plano constitucional precisa se soerguer, ao menos para oferecer, como vetor, a chance de escaparmos da pobreza e da marginalização. Capitalismo aceita a desigualdade, mas não viceja diante de gente que mal tem para viver, quanto mais para consumir. Não podemos desistir da luta pela igualdade: se há um marco civilizatório que precisamos atingir, é esse.

A relação entre democracia e igualdade é umbilical, mas o Brasil tem se tornado mais desigual. A questão da educação pode muito bem ser a chave para a sobrevivência das pessoas num mundo com menos emprego e mais exigências. Nesse ponto, é preciso indicar que nosso país tem falhado desde sempre. Reportagem de “O Estado de São Paulo” de junho de 2019 indica que um “Mutirão de Emprego”, promovido pelo Sindicato dos Comerciantes de São Paulo deixou de preencher 60% das vagas oferecidas por empresas. Segundo a matéria, isso se deveu à “dificuldade de se expressar, de fazer contas, falta de conhecimentos básicos em informática e inglês e poucos anos de estudo”².

A questão não é singela. Em seu livro “O Capital no Século XXI”, Thomas Piketty (2013) demonstra que a desigualdade tem aumentado no mundo todo e que a razão para isso é que a taxa de retorno sobre negócios e investimentos de quem já tem muito dinheiro é maior do que os ganhos de quem depende do crescimento econômico. Sua fórmula “ $r > g$ ”, sendo “ r ” o crescimento da riqueza e “ g ” o da economia, se tornou famosa. Em síntese, não basta o crescimento econômico para redução da desigualdade. O que ele propõe é aumento de impostos, para os mais ricos, hipótese necessária, mas de mui difícil viabilização em nosso país.

² O ESTADO DE SÃO PAULO. “Sem qualificação, parte dos brasileiros não consegue ocupar vagas básicas. DE CHIARA, Márcia; GRAVAS, Douglas. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,sem-qualificacao-parte-dos-brasileiros-nao-consegue-ocupar-vagas-basicas,70002852842>>. Acesso em: 04jun2019.

Quanto à pauta do conservadorismo moral, porém, não parece haver qualquer conciliação possível. A Constituição é aberta, diversa, livre, dialogal. Não convive bem com sectarismos, únicas opiniões, preconceitos e intolerâncias. Ainda que cada qual possa impor, a si mesmo, um padrão ético-moral, de matriz filosófico ou religioso, não pode o Estado, formado pela pluralidade de seus cidadãos, agir como inimigo da diversidade.

A maioria obtida nas urnas não esmaece a proteção constitucional da autonomia privada, pois isso seria equivalente a abdicar do direito à liberdade de conduzir a própria vida – sem violência ou afetação a terceiros – do modo como se preferir. O direito de formar majorias não implica em erradicar o direito das minorias. Versão que reduza a democracia à formação de majorias deixa escapar a essência dessa forma de governo e organização social.

Nesse sentido, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2018) defende que não há democracia sem respeito às minorias e opções minoritárias. E enfatiza, ainda, que isso ocorre não só porque as majorias são voláteis e podem se inverterem com a passagem do tempo ou porque podem ser majorias apenas dentro de um paradigma. Assim, o dissenso e a formação de minorias são elementos essenciais do conceito de democracia.

Quando programas intolerantes, agressivos, de viés totalitário e personalista vierem dos governos para os cidadãos, as instituições republicanas devem oferecer resistência. É aqui que entra o segundo dilema que nos propomos a descortinar.

Segundo dilema: O Poder Legislativo e o Poder Judiciário são capazes de agir como limitadores?

Repete-se, incansável e esperançosamente, que a separação dos poderes traz um sistema de freios e contrapesos, apto a evitar abusos. O que começa num poder, prossegue no outro; cada um consegue interferir nos desígnios dos demais. É como um motor amaciado de um automóvel, capaz de entregar força modulada, sem excesso de gastos de combustível e sem fraquejos. É a harmonia e a independência dos poderes, consagrada no artigo segundo da Constituição.

Mas os tempos e os ritos da política são diversos. Não é uma fábrica, escritório ou

repartição. É uma caixa de percussão, na qual interesses são defendidos e pontos de vista debatidos, com a heterogeneidade cultural e social de um país com oito milhões de quilômetros quadrados e duzentos milhões de habitantes.

O problema real é que os partidos políticos no Brasil têm sido erráticos, sem ideologia definida, sem atuação uniforme, com pouca transparência nos interesses que defendem, muitos deles prontos para comercializar essa defesa. A fragmentação partidária é, nas palavras de Jairo Nicolau (2012), a maior do mundo. Embora noutros países o número de partidos possa até ser maior (caso da França e dos Estados Unidos), o sistema eleitoral deles funciona como um filtro, assegurando lugar apenas àqueles poucos que tenham obtido votação significativa. A negociação feita pelos governos para obter maioria no Congresso Nacional – e assim, aprovar propostas normativas – esteve no centro da corrupção política do país por muito tempo.

Bem, que os governos sejam hábeis. O que interessa nesse esforço é saber se este Poder Legislativo algo desprestigiado e fragmentado pode ter a coragem e a altivez para barrar medidas sectárias, mesmo se espelharem opiniões momentaneamente majoritárias. Ou se ele, inserindo-se no mesmo fenômeno que levou à vitória eleitoral no Poder Executivo, chancelará medidas divisionistas e estreitas.

Há razões para pessimismo e para o otimismo. A contenção de pautas exclusivistas tem dependido mais das falhas no ataque majoritário do que da força da defesa minoritária. O temor é que, se o time da maioria se entrosar, o Poder Legislativo não conseguirá funcionar como força de contenção. Até hoje – julho de 2019 - o Congresso Nacional não definiu o direito de greve dos servidores públicos, o casamento entre pessoas de mesmo sexo e a proteção penal contra a homofobia. Pode ser também que, no final de contas, não concorde com nada disso.

O bicameralismo do Congresso Nacional ajuda. Permite que o Senado seja uma casa de moderação, suavizando arroubos da Câmara. O quórum qualificado para as emendas constitucionais dificulta que maiorias ocasionais mudem todo nosso fundamento normativo. Os prazos alongados da apreciação dos projetos legislativos dificultam o ímpeto de por a casa abaixo para fazer outra. Ao menos no plano das normas.

A mobilização da sociedade civil é uma grande razão para o otimismo³. A dinâmica própria da eleição legislativa não permite que os parlamentares se fechem, integralmente e por todo o tempo, em relação ao que a sociedade pleiteia. Quando expressivos contingentes de estudantes vão às ruas em prol de melhorias na educação, até o mais empedernido deputado começa a se questionar se, afinal, tem chances de reeleição. Há um povo ainda muito pobre, de maioria negra e feminina que se descobre, aos poucos, senhor de grande força eleitoral. Ainda que não se possa atribuir a esse segmento um ideário “progressista”, sua insatisfação com o estado de coisas pode levar membros do parlamento a uma posição mais desconfiada em relação a pautas moralistas.

O prognóstico é um empate. O Congresso Nacional estará à altura das promessas constitucionais de igualdade e diversidade em um bom tanto de vezes e não estará em outras. Isso não arruinará nossa Constituição, mas vai deixá-la, muitas vezes, atônita.

Então, cabe ao Supremo Tribunal Federal exercer o papel de defensor da autonomia privada, das minorias e das liberdades. Ele tem feito isso, é preciso reconhecer. A pauta de realizações do Supremo Tribunal Federal é notável: proibiu o nepotismo, julgou e condenou corruptos dos mais variados partidos, regrou o direito à união homoafetiva, permitiu pesquisas com células-tronco, descriminalizou o aborto no caso do feto anencefálico. Discute se o uso de drogas pode se inserir na autonomia privada e se o direito da mulher prevalece, nos três primeiros meses da gestação, em face das expectativas do nascituro. Essa atuação, mesmo em governos anteriores, gera viva tensão, como relata Oscar Vilhena Vieira (2019).

Entretanto, desarmonioso é o espetáculo das seguidas decisões monocráticas, muitas vezes contrárias às maiorias que já se formaram no plenário da Corte. Precisamos conjurar o medo de que a Corte, *sponte propria*, contribua para espasmos autoritários. Não há de ser assim, ao menos no colegiado.

Outro conflito é a Corte muda a cada vez que sai um ministro e entra outro. É justamente uma daquelas situações de pesos e contrapesos, pois o Chefe do Poder Executivo tem o direito previsto na Constituição de indicar o novo membro, a ser aceito pelo Senado

³ Aqui incluímos o papel do Ministério Público. Ao lado de instituições como a Defensoria Pública, a Ordem dos Advogados e outras, o *Parquet* tem autorização constitucional para demandar, junto ao Poder Judiciário, o respeito aos direitos. Sua atuação influencia, por igual, o ânimo dos parlamentares. É uma boa interação.

Federal.

Alguém poderia objetar que os Ministros precisam julgar sempre de acordo com a Constituição e que ela – e não eles – é que representa a força de contenção. O problema é que a Constituição precisa ser interpretada. As situações supra indicadas, nas quais o Tribunal procedeu a interpretações vivificadoras da ordem constitucional, ainda que controversas, abriram caminho para que interpretações com a mesma largueza, mas de diferente perfil ideológico, possam vir a lume. Reproduzimos aqui o conhecido chiste sobre debate entre originalistas (que procuram zelar pelo ideário de quem fez a Constituição) e não originalistas (que procuram atualizar referido ideário): queremos um tribunal imaginativo quando a interpretação atualizadora da Constituição coincide com nossos presentes interesses e um tribunal rigorosamente positivista no caso contrário.

Nossa confiança no Supremo é boa. Ele estará à altura da defesa constitucional, sem incorrer em ingerência indevida nos espaços decisivos próprios dos outros poderes.

Entretanto, conforme narra Felipe Recondo, em seu “Tanques e Togas: O STF e a Ditadura Militar”: “O tribunal conviveu com a ditadura militar. Não tinha capacidade para fazer sua agenda. E não foram os casos de liberdade civil que dominaram a pauta de 1964 a 1974. Esses processos esporádicos chegavam ao tribunal pela via do habeas corpus e mostraram os suspiros de uma corte apertada pelo torniquete da ditadura” (2018, p. 21).

A Corte mudou, a Constituição mudou, os tempos mudaram. A força da jurisdição, porém, pode não ser tão grande quanto esperamos e precisamos.

Terceiro dilema: As novas tecnologias de comunicação e os desafios da liberdade de expressão

As novas tecnologias permitiram uma liberdade de informação e comunicação sem precedentes na história. Certos temores, muito fortes na juventude deste signatário, parecem se esmaecer. Temia-se o monopólio que alguns grupos econômicos e familiares tinham dos meios de comunicação de massa. Era sempre aquela emissora de televisão, aquele jornal, aquela rádio. Lutava-se para ter uma comunicação autônoma, autêntica, capaz de iluminar outros aspectos da realidade, capaz de apresentar uma visão do mundo que não fosse tão estática e interesseira. Agora, qualquer jovem com um celular mediano

é capaz de obter mais informação do que toda a que estava disponível para os letrados quinze anos atrás. Mais do que isso, ele consegue divulgar, a um número indeterminado de pessoas, suas próprias visões sobre as coisas ou, ao menos, as visões que ele concorda. Ele se informa, opina, argumenta, briga, expõe, contesta, *compartilha* e aprova ou desaprova conteúdos que podem lhe chegar de qualquer parte. A imprensa tradicional definha. Os jornais, são lidos por poucos. É fácil trocar de canal, para um sem número de outros. Existem páginas de buscas, de imagens, de músicas, de vídeos, podcasts, blogs... um universo inteiro na palma da mão.

Mas os melhores sonhos trazem, sob a superfície, marcas de pesadelos. Essa gigantesca facilidade de informação e comunicação, melhorou a democracia?. David Runciman traz uma excelente síntese deste dilema:

As redes sociais conferiram uma aparência de falsidade à democracia representativa. As versões falsas que existem na internet nos parecem mais reais. Por enquanto, destruímos uma coisa sem saber como substituí-la. O único substituto que temos é uma versão esvaziada do mesmo que tínhamos antes. A máquina perdeu. A máquina venceu. Olhamos agora com receio para os grupos econômicos que controlam o acesso a estas informações e comunicações, bem como para a possibilidade de que estejamos sendo vigiados e monitorados a cada vez que damos um “like”, expostos em nossas escolhas individuais. Mas, principalmente, nos assustamos com o conteúdo das informações que tanta gente parece se comprazer em buscar e disseminar. Mais do que isso: ficamos espantados com o teor mesmo da opinião de muita, mas muita gente (2018, p. 161).

O impacto dessas novas possibilidades comunicacionais nas eleições foi avassalador. Maior tempo de televisão e rádio, ao contrário do que costumava acontecer, não significou vitória. A imprensa, aquela mesma da qual sempre se desconfiou, passou a ser fonte de verificação das informações trazidas pelas mídias sociais. A democratização dos meios de comunicação social veio, aparentemente, atrapalhar a democratização institucional da sociedade brasileira. Não há volta.

A tecnologia não anda para trás. Precisamos nos acostumar com o impacto dessa democracia direta, desse acesso comunicacional, entendendo que a internet é a nova *Ágora*. Se ela tem sido protagonista em falas sectárias e discriminatórias, temos que ver o quanto de realidade sobre nossa sociedade ela traz e o quanto é singela manipulação. Quem primeiro compreendeu o alcance desse *brave new world*, ganhou as eleições. Se

quisermos que esses caminhos fluam para mares democráticos, teremos que aprender como fazer isso, com tecnologia.

Pela primeira vez, nos países de grande população, a perspectiva da democracia direta se apresenta diante do quadro da democracia representativa. Ouvir a cidadania com mais frequência já não se mostra tão difícil. O eleitor do futuro votará seus plebiscitos e referendos pelo celular e escolherá os candidatos aos cargos representativos do mesmo modo.

A internet deu força às maiorias, assim nos parece. Considerando que esta maioria pode bem ter opiniões extremistas, baseadas em premissas falsas ou manipulações de toda ordem, *aumenta* a necessidade dos anteparos contramajoritários. O governo do povo pelo povo pode estar mais próximo do que imaginávamos, mas isto pode assustar.

Precisamos terminar esse estudo numa perspectiva otimista, mas temos pouco espaço. A solução que apresentamos é um pouco embaraçosa, pois parece uma verdade auto-evidente. Haverá quem diga que ela é elitista. A manutenção da plena democracia pode depender de avanços que fizermos na educação pública. Esse avanço será o melhor anteparo, a melhor medida protetiva, o mais hábil contrapeso, a melhor chance de que a democracia se aperfeiçoe e permaneça. Ele dificultará que a mentira prevaleça, não importa de onde ela seja divulgada. Trará chances a um grande número de pessoas que hoje vive desempregada, em subemprego ou exerce profissões que poderão ser arrasadas pelo progresso tecnológico ou pela competição econômica entre países. O mau estado da educação no Brasil é uma das peculiaridades de nosso debate político e econômico e, infelizmente, um ponto que pode fazer a balança pender para *rendez-vous* autoritários e divisionistas. Ela oferece caminhos para a solução dos três dilemas que ousamos apontar para nossa democracia.

Considerações finais

Há riscos para a democracia no Brasil. O governo foi eleito com pautas que podem sugerir desatenção constitucional. Embora o pêndulo ideológico dos exercentes do poder seja salutar, há riscos de que um certo moralismo comportamental venha a esmaecer a autonomia privada, a ciência e o secularismo. As mudanças econômicas, conquanto sejam imprescindíveis, não podem descurar da tarefa de redução da desigualdade, socialmente desastrosa de nosso país. Tampouco se pode relegar a proteção ambiental às calendas

gregas. A contenção de poderes governamentais, seja pelo Congresso, seja pelo Supremo Tribunal Federal, pode se tornar o fio de Ariadne para escaparmos do Minotauro do autoritarismo. A internet resolveu um problema e criou dois. Democratizou o acesso à informação e à difusão das opiniões, revelando, porém, pendor para influenciar o debate público com soluções aligeiradas ou diretamente falsas, esmaecendo o prestígio das Casas parlamentares. As mídias sociais não têm se revelado campeãs na promoção do modo negociado de resolver conflitos sociais e distributivos.

Robert A Dahl faz um resumo das vantagens da democracia. Para ele:

- A democracia ajuda a impedir o governo de autocratas cruéis e perversos;
- A democracia garante aos cidadãos uma série de direitos fundamentais que os sistemas não democráticos não proporcionam (nem podem proporcionar)
- A democracia assegura aos cidadãos uma liberdade individual mais ampla que qualquer alternativa viável;
- A democracia ajuda a proteger os interesses fundamentais das pessoas;
- Apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para os indivíduos exercitarem a liberdade de autodeterminação – ou seja: viverem sob leis de sua própria escolha;
- Somente um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima do exercício da responsabilidade moral;
- A democracia promove o desenvolvimento humano mais plenamente que qualquer alternativa viável;
- Apenas um governo democrático pode promover um grau relativamente alto de igualdade política;
- As modernas democracias representativas não lutam umas contra as outras;
- Os países com governos democráticos tendem a ser mais prósperos que os países com governos não democráticos (2016, p. 73/74).

Acrescentamos outra vantagem, por nossa própria conta e risco: a democracia é um regime mais elegante. Poupa-nos do espetáculo vulgar dos tiranetes, ditadores e autocratas, espargindo a própria ignorância como se fosse um halo. Se elegermos, num acaso do destino, quem seja assim, a própria democracia nos indica como proceder: devemos, institucionalmente, contê-lo e, na próxima vez, eleger alguém diferente.

Mantemos o otimismo. A democracia custou muito para ser instaurada no Brasil e não convém desistir de sua defesa e proteção. A sociedade civil organizada – ainda que fora de partidos – é o acervo de onde serão trazidas as soluções para nossas crises, entre elas a revolução educacional tão necessária.

Referências

DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora UnB, 2016.

DE CHIARA, Márcia; GRAVAS, Douglas In: O Estado de São Paulo. “Sem qualificação, parte dos brasileiros não consegue ocupar vagas básicas. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,sem-qualificacao-parte-dos-brasileiros-nao-consegue-ocupar-vagas-basicas,70002852842>>. Acesso em: 04jun2019.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Direito Eleitoral**. 3 ed. São Paulo: Atlas/GEN, 2018.

LAGE, Fernanda de Carvalho. **Democracia, liberdade e Direitos Humanos** – Os postulados teóricos de Amartya Sen. Lisboa: Chiado Editora, 2016.

NICOLAU, Jairo. **Eleições no Brasil** – Do império aos dias atuais. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2012.

PIKETTY, Thomas. O Capital no Século XXI. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2013.

RECONDO, Felipe. **Tanques e Togas: O STF e a Ditadura Militar**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

RUNCIMAN, David. **Como a democracia chega ao fim**. Tradução de Sérgio Flacksman. São Paulo: Editora Todavia, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.