TRIBUNAL
SUPERIOR
ELEITORAL

ESTUDOSELEITORAIS

Volume 4 Número especial 2009

ESTUDOS ELEITORAIS

Volume 4, Número Especial
2009

© 2010 Tribunal Superior Eleitoral

Escola Judiciária Eleitoral
SGON Quadra 5 Lote 795 Bl. "B" – Ed. Anexo III do TSE
70610-650 – Brasília/DF
Telefone: (61) 3316-4641
Fax: (61) 3316-4642
Coordenação: André Ramos Tavares – Diretor da EJE

Editoração: Coordenadoria de Editoração e Publicações (Cedip/SGI)
Projeto gráfico: Clinton Anderson

As ideias e opiniões expostas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal Superior Eleitoral.

ISSN: 1414–5146

Estudos eleitorais / Tribunal Superior Eleitoral. – v. 1. n. 1 (1997) – . – Brasília : TSE, 1997- v. ; 24 cm.

Quadrimestral.
Revista interrompida no período de: maio 1998 a dez. 2005, e de set. 2006 a dez. 2007.

1. Direito eleitoral – Periódico. I. Brasil. Tribunal Superior Eleitoral.

CDD 341.2805

Tribunal Superior Eleitoral

Biênio 2008-2010
Presidente
Ministro Ayres Britto

Vice-Presidente
Ministro Ricardo Lewandowski

Ministros
Ministra Cármen Lúcia
Ministro Felix Fischer
Ministro Fernando Gonçalves
Ministro Marcelo Ribeiro
Ministro Arnaldo Versiani

Procurador-Geral Eleitoral
Antonio Fernando Souza

Biênio 2010-2012
Presidente
Ministro Ricardo Lewandowski

Vice-Presidente
Ministra Cármen Lúcia

Ministros
Ministro Marco Aurélio Mello
Ministro Aldir Passarinho Júnior
Ministro Hamilton Carvalhido
Ministro Marcelo Ribeiro
Ministro Arnaldo Versiani

Procurador-Geral Eleitoral
Roberto Monteiro Gurgel Santos

APRESENTAÇÃO

A Escola Judiciária Eleitoral dá continuidade, com este número especial, à publicação da revista *Estudos Eleitorais*, periódico que, desde sua criação, tem cumprido importante papel no desenvolvimento do marco teórico, das avaliações práticas e das abordagens históricas sobre democracia, cidadania e eleições.

O presente número traz a lume artigos redigidos por renomados autores e doutrinadores, cujos conteúdos contemplam relevantes aspectos da matéria eleitoral.

Este fascículo configura edição especial que abrange o ano de 2009, editado com o intuito particular de manter a regularidade das edições e permitir à coleção da revista manter-se sem solução de continuidade.

A periodicidade quadrimestral, que retorna em 2010, foi, excepcionalmente, alterada neste número especial, considerando que o marco cronológico do ano de 2009 encontra-se absorvido plenamente pela presente edição.

Neste novo número, cinco autores apresentam seus argumentos em artigos científicos de interesse aos estudiosos do Direito Eleitoral.

André Ramos Tavares explicita a recente proposta do modelo dialógico de democracia deliberativa com o artigo: *A arena inclusiva como modelo de democracia*.

Thales Tácito Cerqueira defende, em seu texto, a liberdade de imprensa como condição para o exercício da democracia com o tema: *Diferença entre entrevista jornalística e propaganda eleitoral*.

Eneida Desirée Salgado, professora de Direito Público da Universidade Federal do Paraná, trata da influência abusiva do poder econômico nas campanhas eleitorais, escrevendo sobre: *A influência do poder econômico nas eleições e a impugnação de mandato.*

Álvaro Rodrigues Júnior, juiz de direito em Londrina/PR, realiza estudo sobre os limites da publicidade dos atos estatais e a sua aplicação em caso de promoção pessoal de agentes públicos na matéria: *Os limites da publicidade institucional oficial*.

O juiz federal do Rio Grande do Norte, Edilson Pereira Nobre Júnior, analisa os motivos capazes de respaldar a supressão do direito de participar da administração da coisa pública, desenvolvendo a temática: *Da perda e suspensão dos direitos políticos*.

Com esta edição especial, a EJE pretende valorizar os estudos eleitorais, de cunho científico e pragmático, bem como divulgar amplamente a matéria eleitoral a todos que por ela se interessem, esperando, com isso, provocar vívidos estímulos para novas empreitadas nessa seara.

SUMÁRIO

A arena inclusiva como modelo de democracia.....9
André Ramos Tavares

Diferença entre "entrevista jornalística" e propaganda eleitoral ("antecipada" ou "irregular") 33
Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira

A influência do poder econômico nas eleições e a impugnação de mandato.....43
Eneida Desirre Salgado

Os limites da publicidade institucional oficial.....57
Álvaro Rodrigues Junior

Memória

Da perda e suspensão dos direitos políticos.....65
Edilson Pereira Nobre Júnior

A ARENA INCLUSIVA COMO MODELO DE DEMOCRACIA[1]

André Ramos Tavares

Professor dos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da PUC/SP. Pró-Reitor de Pós-Graduação *stricto sensu* da PUC-SP. Diretor da Escola Judiciária Eleitoral do TSE.

Apresenta o conceito de democracia deliberativa que se realiza por meio de uma arena inclusiva, cuja ênfase recai, antes, no modo de formação e encaminhamento da discussão e conclusão, do que na decisão ou seu conteúdo. Apresenta os fundamentos da proposta teórica do modelo dialógico de democracia deliberativa, capaz de incorporar um momento de amplas discussões, de promover um embate e conhecimento profundo de ideias e pontos de vista, ampliando os horizontes da agenda política, das convicções e conhecimentos pessoais e da harmonia entre todos que se dispusessem a incorporar um debate franco e racional. Relaciona como elementos do modelo democrático-deliberativo: publicidade das decisões; princípio da justificação das decisões e a ideia de razão pública; princípio da inclusão ou universalidade; princípio da aplicação seletiva; princípio da reciprocidade; cláusula de reabertura das discussões; e condições sustentáveis de validação. Conclui, destacando posturas críticas à proposta e implicações conceituais do modelo deliberativo de democracia.

Palavras-chave: Democracia deliberativa; arena inclusiva; diálogo; participação; decisão.

1 APONTAMENTOS INICIAIS

O presente estudo procura apresentar a chamada *democracia deliberativa*, também conhecida como dialógica, consensual, inclusiva ou discursiva[2], que se realiza por meio de uma arena que chamarei "inclusiva".

Qualquer das opções terminológicas, contudo, pode ocasionar confusões conceituais decorrentes de armadilhas da linguagem. A democracia assim concebida não se circunscreve ao momento de decisão, como seria razoável de se compreender o termo "deliberação" na língua portuguesa (nesse sentido: SOUZA NETO, 2006, p. 87); não busca apenas a inclusão de todos exclusivamente

[1] Artigo publicado, originariamente, na *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 1, 2007.

[2] Optar-se-á, aqui, exclusivamente pela primeira terminologia. A democracia deliberativa, contudo, não descarta, completamente, a democracia participativa e a democracia representativa. Canotilho, contudo, pretende distinguir a democracia discursiva da deliberativa, promovendo uma vinculação entre esta e a Escola do republicanismo liberal e entre a democracia discursiva e a teoria de Habermas, apresentando esta com proposta mais "relevante" (substancialmente engajada). O autor acrescenta, ainda, um terceiro e diverso modelo: a democracia corporatista (poderíamos chamar de negocial) de Schmitter (cf. CANOTILHO, 2003, p. 1416-7).

no momento da escolha de representantes ou na votação (concepção mais participativa); não pretende, necessariamente, o consenso universal e pleno; nem se satisfaz com a mera abertura ao diálogo (dialógica) ou com algum canal (espaço) comunicativo (discursiva).

Nas línguas latinas, o termo "deliberativo" se prende fortemente à ideia de decisão. *Deliberativa*, contudo, deve ser compreendida – neste contexto de deliberação democrática – como a democracia que se preocupa com a discussão (não toda e qualquer forma de discussão, mas um específico modelo de cunho comunicativo-inclusivo, conforme se analisará a seguir).

Assim, democracia deliberativa não pode ser confundida com democracia na deliberação (decisão), ainda que essa deliberação se estabeleça por votação na qual participe a totalidade dos interessados (uma democracia direta).

A democracia é deliberativa, assinalam Gutmann e Thompson (2004, p. 126), porque "os termos de participação recomendados são concebidos como razões que os cidadãos ou seus representantes oferecem num processo em curso de mútua justificação [e respeito]".

A ênfase recai, antes, no modo de formação e encaminhamento da discussão e conclusão, do que na decisão ou seu conteúdo.

2 POR QUE UMA NOVA PROPOSTA DEMOCRÁTICA?

Assim como a proposta de uma democracia participativa, a *democracia deliberativa* assume como insuficiente os modelos calcados exclusivamente na (ainda que ampla) votação em representantes que decidem (cf. SOUZA NETO, 2006, p. 10), a chamada *democracia representativa*.

A ideia de um modelo *dialógico*, essencial à democracia deliberativa, prende-se ao pressuposto teórico de que a democracia haveria de incorporar um momento de amplas discussões, que fosse capaz de promover um embate e conhecimento profundo de ideias e pontos de vista, ampliando os horizontes da agenda política, das convicções e conhecimentos pessoais e da harmonia entre todos que se dispusessem a incorporar um debate franco e racional.

Essa proposta de um governo democrático assentado em discussões públicas pode retroagir, numa arqueologia das ideias, a Aristóteles. Mas também é possível considerar como bem recente um desenvolvimento mais preciso dessa proposta, com John Dewey e seu pragmatismo político (cf. POGREBINSCHI, 2004). O autor assegurava que, mesmo nas instituições democráticas "mais rudimentares" já haveria indícios da necessidade de se promover a consulta e discussão.

Uma das obras contemporâneas que mais influenciou o debate sobre o assunto, considerada como referencial obrigatório, é a de Amy Gutmann e Dennis Thompson, *Democracy and disagreement* (1996), embora muitos reputem que as posições apresentadas são extremamente vagas, parciais e desvinculadas do mundo real. Ademais, como se sabe, Jürgen Habermas também contribuiu decisivamente para a difusão dessa discussão, na vertente dita procedimental.

Para as grandes questões e divergências sociais, cada concepção de democracia oferece seus modelos próprios, de tomada das decisões que fatalmente irão vincular as pessoas em geral. As resoluções alcançadas sem a oitiva dos diversos pontos de vista envolvidos – concepção *agregativa* de democracia (GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 13) – é considerada – pela concepção deliberativa de democracia – como injustificável num contexto tão complexo como o das sociedades atuais (cf. GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 12). Assim, tendo em vista a existência de diversas posições sobre os mais variados assuntos, e considerando que as pessoas discordam entre si sobre as melhores soluções e, ainda, considerando que boa parte desse desacordo é razoável, certas preferências estão na base das leis e do governo[3], sendo que a mais adequada forma de decidir seria a dialógica[4].

Isso equivale a dizer que o conteúdo das leis em geral (momento decisório do Parlamento) deveria ser realizado em termos deliberativos. Os cidadãos deveriam discutir – em termos deliberativos – acerca do mais adequado conteúdo das leis ou decisões[5] que os irão vincular. Nessa medida é considerada incompatível com essa visão a proposta de soluções definitivas individualmente preconcebidas ou a aceitação/imposição de soluções externas concebidas sem o debate. Por quê? Como coloca Bohman, a abertura de um espaço deliberativo na formação das leis ou decisões que vincularão os participantes já oferece uma (convincente) razão para que estes sujeitos se sintam obrigados a seguir essas leis (BOHMAN, 1996, p. 4; nesse mesmo sentido, tratando das políticas públicas, parece posicionar-se BOBBIO, 2004, p. 26). Nem mesmo a instituição de referendos públicos (momento áureo de uma democracia participativa) seria mais importante do que a abertura das instituições ao diálogo (BOHMAN, 1996, p. 189; cf. DEWEY, 1927, p. 206).

Considera-se, ainda, que as concepções agregativas vão apenas reforçar a distribuição de poderes já existente na sociedade (cf. GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 16), embora haja acusações (por parte dos críticos) de que a democracia

---

[3] Observa Sustein (1993, p. 164) que esta ideia de que o Governo tem de realizar preferências é relativamente nova, apesar de extraordinariamente influente.

[4] Adverte nesse sentido Bohman que apenas *prima facie* o pluralismo e complexidade das sociedades podem parecer obstáculos à democracia deliberativa (BOHMAN, 1996, p. 2, 152 e ss.).

[5] Ainda que posteriormente tenham de ser criados mecanismos ou uma específica cultura para incorporar essas deliberações.

deliberativa também gere esse mesmo inconveniente, por supostamente realizar a eliminação das proposições inicialmente aceitáveis na discussão pública.

Umas das vantagens apontadas pelos teóricos da democracia deliberativa estaria numa espécie de *capacidade pacificadora* deste modelo, na medida em que as escolhas mais difíceis seriam mais aceitáveis por todos se as afirmações e reivindicações de cada um tivessem sido avaliadas adequadamente para se chegar àquela solução (cf. GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 10). Essa mesma capacidade pode ser encontrada na postura teórica que propugna uma constante "rediscussão e revisão" das grandes questões e decisões (BOHMAN, 1996, p. 192).

A democracia deliberativa exige, essencialmente, que os participantes dialoguem entre si e estejam abertos aos argumentos contrários aos seus pontos de vista, recebendo-os para aceitá-los ou refutá-los de maneira racional e convincente. Isso exige que se leve a sério os argumentos dos adversários (GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 11) e que haja certo "policiamento" quanto aos argumentos próprios que serão apresentados. "A democracia deliberativa representa, desse modo, uma aplicação da ética do discurso no campo da política" (SOUZA NETO, 2006, p. 145).

No modelo deliberativo democrático, os atores envolvidos não promovem qualquer *arranjo* de interesses, no sentido negocial comum da expressão. Os modelos dialógicos comunicativos concebidos teoricamente (e praticados em alguns setores públicos e sociais) insistem na necessidade de que os diversos atores envolvidos cheguem a um ponto comum, a uma posição aceita por todos, por meio do convencimento racional, ainda que isso não signifique um consenso. Esse modelo, portanto, trabalha com o pressuposto de que, numa discussão adequada, o diálogo poderá ser capaz de transformar posições inicialmente adotadas pelos participantes desse processo, ampliando o conhecimento daqueles que deliberam, por meio do que se poderia chamar *diálogo responsável*.

Em franca contradição com uma forma democrático-deliberativa de compreender o Estado, encontra-se a posição de burocratas[6], tecnocratas e ideólogos "que se consideram dispensados de buscar a decisão a ser tomada no seio da sociedade civil" (para uma crítica: BASTOS; TAVARES, 2000, p. 418), porque se creem suficientemente preparados para decidir por ela. Em rota de colisão, encontram-se também as concepções calcadas no critério *majoritário* ou mesmo no *utilitarismo*, pela oposição que representam ao livre mercado de ideias.

Como se percebe, um modelo deliberativo de democracia tenderá a resgatar o compromisso mútuo ínsito à ideia de contrato social (cf. BOBBIO, 2000, p. 36), supostamente cristalizado, adaptado e reinventado pelo constitucionalismo

[6] Aliás, termo que, de técnico, passou a considerar-se altamente pejorativo.

na modelagem genérica de uma Constituição[7]. A tensão, contudo, entre democracia deliberativa e constitucionalismo, irá aparecer justamente pela constante e ampla abertura[8] que um modelo deliberativo propugna. Proposições (constitucionais) deveriam ser constantemente avaliadas e submetidas ao teste público do diálogo aberto e responsável, permitindo-se que novas soluções fossem apresentadas e adotadas por todos. Essa postura conflita com a própria origem (contrarrevolucionária) do constitucionalismo (norte-americano), que pretendeu sufocar as vozes das grandes massas e as mudanças, formada por "contrarrevolucionários que tomaram uma revolução democrática radical e transformaram-na em uma sociedade dominada pelos ricos e poderosos" (MEE, 1993, abertura).

O enaltecimento de uma postura dialógico-inclusiva-racional também irá chocar-se com os modelos democráticos que, seguindo o norte-americano, reconheçam amplos poderes ao Judiciário[9].

A própria teoria de Gutmann e Thompson se contrapõe às preocupações e marcos liberais do constitucionalismo clássico, que se ocupa do Poder Judiciário e da preservação de certos "valores" supremos e intangíveis, seja em relação ao legislador, seja em relação às diversas vozes sociais. Não deixa de ser, neste ponto, uma postura crítica ao movimento do constitucionalismo liberal (e pseudodemocrático) que teria vingado nos EUA e em diversos outros países.

Há, contudo, diferenças, por vezes profundas, entre os teóricos defensores da democracia deliberativa, podendo-se falar em "várias versões" de tal democracia (cf. MACEDO, 1999, p. 4). Algumas das posições de certos autores não são adotadas por inúmeros outros que se têm alinhado ao modelo deliberativo de democracia. Disso decorre certa dificuldade em pretender realizar um estudo descritivo desse modelo que não promova constantes referências a autores e perspectivas "singulares" da democracia deliberativa como proposta teórica e prática.

Souza Neto propõe uma síntese inicial dos modelos de democracia deliberativa teoricamente sustentáveis, quais sejam, a substantiva, a procedimental e a cooperativa, cuja fundamentalidade é reconhecida, respectivamente, com "a) os direitos que correspondam aos princípios ou aos valores políticos fundamentais de nossa sociedade; b) os que consistam em condições procedimentais da democracia; c) ou os que capacitem os cidadãos para cooperar na deliberação pública tendo em vista a realização do bem comum." (SOUZA NETO, 2006, p. 12-3).

---

[7] Em sua origem, de nítido matiz antimajoritário.

[8] Embora a anunciada abertura total seja, em parte, contestada por críticos do modelo, como se verificará a seguir.

[9] Apesar disso, há uma perspectiva de coordenação possível entre intervenção judicial e democracia deliberativa, indicada adiante.

Nas concepções procedimentalistas, uma vez respeitado o procedimento, qualquer que seja o resultado estaria ele justificado. Ely, um dos grandes representantes desta concepção, argumenta que a Constituição (estadunidense) se tornou distinta da demais por ter se caracterizado como um processo de governo, e não uma ideologia governante (axiologicamente vinculante). Citando o *Justice Linde*, tem-se que a Constituição deve prescrever *processos* legítimos e não *resultados* legítimos (cf. ELY, 1980, p. 101). Contudo, a crítica que se apresenta é a de que essa concepção também comunga de certas posições substantivas iniciais (pressupostas), como a liberdade e igualdade (cf. GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 25).

As posições essencialmente substancialistas, por seu turno, parecem retirar do próprio espaço democrático a discussão acerca de quais seriam as pautas mínimas a observar, o que de certa maneira poderia ser considerado como inconsistente com certos postulados apresentados por alguns teóricos para a democracia deliberativa.

Ademais, nas teorias procedimentalistas costuma ser vislumbrada uma estratégia de "desjuridificação", "como forma de favorecer o racionalismo e o pluralismo jurídico, ampliando, para seus defensores, o espaço da cidadania" (BERCOVICI, 2003, p. 16), já que não há vinculação inicial a valores preconcebidos.

3 ELEMENTOS DO MODELO DEMOCRÁTICO-DELIBERATIVO

A propalada falta de unanimidade dos modelos de democracia deliberativa aparece com maior ênfase nas "condições" consideradas necessárias para assegurar a realização do próprio modelo.

Gutman e Thompson adotam, por exemplo, uma postura radical ao propugnarem que os próprios princípios da democracia deliberativa seriam moral e politicamente provisórios (GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 97)[10], não reconhecendo que algum método possa ser, de antemão, suficiente para justificar qualquer decisão que nele seja produzida (GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 18, 26[11]). Bobbio (2004, p. 55), nessa mesma linha, indica que nenhuma técnica deliberativa pode ser boa para todos os casos.

Alguns autores parecem pretender uma aplicação totalitária do modelo deliberativo, enquanto outros aparentemente visam apenas às questões mais problemáticas, embora esta identificação seja, ela própria, difícil. Há, ainda, autores que excluem do modelo deliberativo a ideia de representantes eleitos como aptos a promoverem esse modelo, enquanto outros a admitem.

---

[10] Embora os críticos não considerem que referida teoria seja efetivamente tão aberta como essa assertiva nos levaria a concluir.

[11] Os autores rejeitam as posições minimalistas, calcadas exclusivamente no procedimento e compreendendo-o como justificativa de qualquer solução ao final adotada.

Estudiosos como Bohman consideram que algumas das condições necessárias para a democracia deliberativa não podem ser garantidas por regras institucionais, desenhos ou procedimentos. Lembra o autor que a democracia deliberativa deve prover periódicas reestruturações das instituições quando a razão pública comece a falhar (cf. BOHMAN, 1996, p. 198). Isso significa que a dinâmica do modelo deve não apenas se preocupar com a mudança das atitudes e crenças individuais (o que é indicado como o "coração" da democracia deliberativa), mas também com a mudança da própria moldura do modelo quando isso se faça necessário (cf. BOHMAN, 1996, p. 198; GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 97).

Ademais, as estruturas, contexto e requisitos normalmente apontados pelos teóricos costumam apresentar escasso apelo prático, sendo muito raro encontrar estudiosos como Luigi Bobbio[12] e James Bohman que se dediquem a verificar como o modelo pode desenvolver-se em "condições sociais reais" (BOHMAN, 1996, p. ix)[13].

Isso bem demonstra que uma maior discussão e reflexão acerca da teoria e prática da democracia deliberativa é ainda necessária (essa é a linha adotada em: MACEDO, 1999).

A seguir são apresentadas algumas dessas "condicionantes", desses elementos gerais, levantados por diversos autores, por vezes integrantes de teorias próprias e isoladas[14].

3.1 PUBLICIDADE DAS DISCUSSÕES

Exige-se, na democracia deliberativa, a publicidade das discussões, que há de se realizar em um fórum público (nesse sentido: BOHMAN, 1996, p. 5; GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 4; SOUZA NETO, 2006, p. 93). Ademais, todo indivíduo deve ter igual oportunidade de "colocação" no espaço público de discussão (cf. BOHMAN, 1996, p. 151).

---

[12] Bobbio (2000; 2004) preocupa-se especialmente em analisar as características fundamentais do funcionamento da arena deliberativa, uma vez individualizados os possíveis interlocutores, e que seriam basicamente três: estruturação (evitando a eternidade das discussões), informalidade e transparência. Ocupa seus estudos com as técnicas para que a deliberação seja producente, como o *brainstorming* (2004, p. 74).

[13] Na obra recentemente organizada por John Gastil e Peter Levine (2005), é possível encontrar uma série de estudos com amplo suporte em exemplos concretos de práticas deliberativas.

[14] Não há nenhuma preocupação, a seguir, em formar os elementos de uma única e "melhor" (consistente) teoria, mas apenas levantar diversos elementos comumente indicados ou isoladamente sublinhados pelos teóricos. Esse tipo de abordagem permite vislumbrar algumas dificuldades (teóricas e práticas), em vez de buscar a formatação imediata definitiva do modelo. A postura de aproximação com o tema adotada neste estudo está baseada em certo desconhecimento, no Brasil, acerca das postulações da democracia deliberativa.

Mas as próprias *razões* utilizadas devem refletir condições da publicidade, ou seja, devem ser convincentes para todos (cf. BOHMAN, 1996, p. 6, 25). Esta tese está na base da ideia de um *standard* mínimo de concordância entre cidadãos livres e iguais (BOHMAN, 1996, p. 25).

Comumente também se fala em publicidade da deliberação, no sentido de sua universalidade ou inclusão máxima, considerada pública ao invés de coletiva ou como atividade de um específico grupo (BOHMAN, 1996, p. 8)[15].

A publicidade deve alcançar o desenvolvimento do próprio processo deliberativo de apresentação e interação de razões (BOBBIO, 2000, p. 31).

Por fim, é preciso acentuar, com Bohman (1996, p. 192), que o emprego da razão pública não pode restar isolado na esfera pública informal. A publicidade das discussões deve ser arrastada para as próprias instituições democráticas tradicionais ou para seu entorno (abrindo canais de recepção ao diálogo deliberativo realizado nesse entorno).

3.2 PRINCÍPIO DA JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES E A IDEIA DE RAZÃO PÚBLICA

Parece que um dos pontos de contato entre as diversas "correntes" da democracia deliberativa se encontra justamente na necessidade de que as decisões sejam precedidas de razões que as justifiquem, a exigência de uma *reason-giving* (cf. GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 3), o que, de resto, é recorrente em diversos teóricos (como em Rawls, preocupado em enfrentar o pluralismo da complexa sociedade atual e a proteção de suas liberdades básicas).

Isso é compreensível na medida em que se trata de um modelo comunicativo, que incorpora a livre apresentação e troca de razões como parte essencial do processo.

Mas essas razões devem ter uma qualidade especial: devem ser razões admissíveis, aceitáveis, que não possam ser rejeitadas de pronto (cf. BOHMAN, 1996, p. 5, 25; GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 3; RAWLS, 2003, p. 128), acessíveis a todos os cidadãos (cf. GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 4). Também se exige que sejam razões não apenas toleradas, mas que produzam um respeito mútuo (cf. GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 4, 22, 65 e 79-90), que possam ser comunicadas de uma forma que todos possam entendê-las, aceitá-las e livremente respondê-las. Essas exigências deliberativas são consideradas como justificadoras das decisões a serem adotadas.

As razões devem ser elaboradas voltadas para o problema (forma de pensamento aparentemente tópico-dialética). Em outras palavras, como assinala

[15] Esse enfoque será analisado abaixo, como princípio da inclusão ou universalidade.

Bobbio (2000, p. 23), é preferível que os participantes sejam confrontados com o problema e não com uma oficial solução, para a qual sejam convocados apenas para se sentirem (artificialmente) incorporados.

Fazendo uma aplicação específica deste princípio na tomada de decisões pela administração pública (voltada, portanto, para a esfera de execução de decisões de eficácia geral), Bobbio lembra que num processo deliberativo é preciso estar disposto a se surpreender. Assim, a Administração Pública, quando fizer a opção pela participação deliberativa de todos, deve estar preocupada não em legitimar a decisão (com uma convocação artificial para justificar conclusões prévias), mas em eventualmente corrigi-la (BOBBIO, 2004, p. 38).

Tendo em vista a ênfase que a teoria deliberativa coloca nos argumentos e razões que levam a uma decisão ou conclusão, torna-se necessário saber com a maior objetividade possível quais seriam razões ou argumentos aceitáveis no espaço deliberativo, para fins de justificar uma postura "final". Isso envolve uma ampla teoria acerca da linguagem[16], do discurso, do discurso prático geral, do discurso jurídico[17], bem como dos métodos aceitáveis de exposição, articulação e contestação das razões. Certas condições substantivas[18] são consideradas imprescindíveis, para os teóricos que as adotam, em virtude da necessidade de só assim poder haver um controle efetivo, pelos próprios participantes, das razões apresentadas na arena inclusiva, na qual se promove a discussão e se realiza a democracia deliberativa. "A medida de tais opiniões está no veredicto dos cidadãos livres" (BOHMAN, 1996, p. 8).

Há, na base de certas teorias deliberativas, uma razão prática para a apresentação dessas razões: elas produzem decisões mais convincentes. Bohman, contudo, adverte que não é só esse o aspecto positivo, pois as decisões assim alcançadas seriam também epistemologicamente superiores (BOHMAN, 1996, p. 25-6).

Indica-se, aqui, ainda, uma base moral para essa exigência, que é justamente a consideração da dignidade da pessoa humana, no sentido de que "as pessoas devem ser tratadas não apenas como objetos da legislação" (GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 3).

3.2.1 COMUNICAÇÃO E OUTROS PROCESSOS SOCIOLÓGICOS: O OUTREACH

Bobbio é enfático ao ressaltar o que se poderia considerar como uma espécie de princípio implícito à ideia de publicidade, mas que acaba por reforçar

---

[16] Bobbio (2000) defende, dentro da ideia de informalidade da arena deliberativa, o uso de linguagem não técnica.

[17] Para um desenvolvimento do tema: Alexy, 1978. Envolve também um acordo sobre os princípios da argumentação (RAWLS, 2003) e a compreensão do papel dos críticos na discussão pública (cf. BOHMAN, 1996: 203-8).

[18] Descritas abaixo.

o uso público e genérico que se quer das razões emergentes para o tema. Trata-se do princípio comunicação (divulgação). É preciso *comunicar* aos diversos agentes interessados a formação de uma arena inclusiva e dialógica.

Uma comunicação prévia deve, nos termos trabalhados por Bobbio, produzir o necessário interesse e alarme. Aqui deve haver um estudo mais acurado do processo em que se deve desenvolver essa "comunicação", de maneira a analisar quais seus mecanismos, pressupostos e objetivos (por exemplo, ser neutra ou crítica, utilizar-se da mídia ou de processos seletivos previamente concebidos).

Por meio dessa comunicação-divulgação, procura-se incorporar (incluir) na arena deliberativa todos os sujeitos potencialmente interessados no sentido de incluir todos os pontos de vista razoáveis que merecem estar presentes na discussão.

Mas se esta é a finalidade, como bem aponta Bobbio (2000, p. 26), outros mecanismos complementares deverão ser utilizados, como questionários e entrevistas. Isso porque muitas vezes os indivíduos mais interessados simplesmente não aparecerão para apresentar suas demandas e pontos de vista e, mesmo assim, é imprescindível que as instituições oficiais, que promovam uma arena deliberativa (quando for esse o caso), cerquem-se de todas as razões para deliberar. É o que se chama de *outreach*, ou seja, ao invés de aguardar que as demandas, declarações e pontos de vista simplesmente se apresentem à administração ou poder público responsável pela deliberação, estes devem procurá-las "fora" de suas estruturas.

3.2.2 PRINCÍPIO DA ECONOMIA DO DESACORDO MORAL

Quanto às razões a serem apresentadas, Amy Gutmann e Dennis Thompson falam do princípio da economia do desacordo moral, que pressupõe, em realidade, a aceitação de um postulado de certa maneira oposto à democracia deliberativa, pois parece pressupor que o desacordo moral deve ter limites ou sofrer limitações, mesmo no supostamente amplo e ilimitado contexto deliberativo. Contudo, argumentam os autores que isso não significa que se devam comprometer as razões a serem apresentadas na arena pública, no sentido de um comprometimento engajado com o objetivo de se obter um acordo ao final.

Sinteticamente, significa que se deve praticar uma contenção dos argumentos que levam ao desacordo, tentando encontrar justificativas ou desvios que minimizem as diferenças e a possibilidade de rejeição da posição que se apresenta (cf. GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 7 e 85), ou seja, deve-se proceder à busca de pontos de convergência entre o argumento apresentado e aquelas outras posições que se vão rejeitar (GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 86).

Esse tipo de postura pode ser viabilizada, em parte, quando as pessoas se

conscientizam de que não agem como pessoas privadas, mas sim como "parte de uma esfera pública que é constituída por outros cidadãos" (BOHMAN, 1996, p. 207).

3.3 PRINCÍPIO DA INCLUSÃO OU UNIVERSALIDADE: O STAKEHOLDER

Fala-se em *princípio da inclusão*, no sentido de que não pode haver nenhuma consequência para aqueles cujos argumentos não estiveram presentes ("representados") na discussão. É a regra de ouro da democracia deliberativa: nenhum impacto sem representação (cf. BOBBIO, 2000, p. 25 e 2004, p. 22). Bobbio (2000, p. 24) pressupõe, nessas circunstâncias, que a abertura do processo decisório exige, via de regra, que alternativas ainda estejam disponíveis. Daí uma definição expansiva acerca de quem deve ser incluído no processo deliberativo (cf. GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 9) ou uma universalidade propriamente dita (cf. BOHMAN, 1996, p. 8).

Há, basicamente, três formas de promover essa "integração" dialógica (cf. BOBBIO): (i) pela abertura ampla e permanente do "portão de entrada"; (ii) pela inclusão "representativa" das diversas opiniões e pontos de vista; (iii) pela criação de um espaço para o cidadão comum aleatoriamente selecionado integrar as discussões[19].

A abertura total do portão de entrada enfrenta o problema (histórico) de que o espaço da decisão pública é normalmente fechado, incompatível com um espaço público, aberto e inclusivo. Na concepção deliberativa, espaço de decisão pública e espaço público passam a ser representados como um mesmo e comum espaço, não como espaços próprios e separados[20]. O Direito assim produzido terá sido, dessa forma, legítimo (SOUZA NETO, 2006, p. 155). Essa abertura significa que qualquer um que detenha um argumento razoável deve poder apresentá-lo ao espaço de deliberação ou, pelo menos, ver seu argumento sendo ali apresentado (v. GUTMANN; THOMPSON, 1996).

Ainda que os sujeitos não se integrem ao processo deliberativo, é melhor que se tenha o portão aberto e que sejam eles a optarem pela exclusão (cf. BOBBIO, 2004, p. 48).

É essencial explicitar este princípio da inclusão justamente porque ele tem sido descurado pelas democracias na atualidade (YOUNG, 1999, p. 155).

Pretende-se incluir no processo deliberativo todos (indivíduos, associações, grupos e instituições, além do próprio poder público) que tenham alguma razão

---

[19] Esta variante, contudo, irá sofrer as restrições dos argumentos razoáveis.

[20] Isso decorria, em parte, da dissociação entre Estado e sociedade no mundo ocidental contemporâneo, que é invocado por algumas posturas céticas quanto à democracia praticada na atualidade.

aceitável, algum ponto de vista relevante. Para tanto, tem-se feito menção à figura do *stakeholder*, ou seja, todo aquele que tem (*hold*) um interesse específico sobre o que foi colocado em jogo (*stake*) (BOBBIO, 2004, p. 41).

A abertura para todos os pontos de vista possíveis coloca a questão acerca das limitações (próprias do constitucionalismo) e suas compatibilidades com essa proposta (cf. MACEDO, 1999, p. 4). Assim, em que medida poderia o Poder Judiciário intervir para assegurar o nível desejável de razoabilidade dos pontos de vista? Seria possível impor limites prévios a esses argumentos, como, por exemplo, os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente (cf. MACEDO, 1999, p. 4)? Para ficar com os exemplos anteriormente referidos: um debate no qual se apresente o argumento da necessidade de estabelecer a ampla prisão por dívidas civis ou a discriminação de base exclusivamente racial poderia (ou deveria mesmo) ser descartado de pronto (e qual o fundamento deliberativo para tanto?), descarte a ser promovido por força de uma intervenção preventiva de uma declaração formal de direitos? Ou isto constituiria uma restrição vexatória ao modelo de democracia deliberativa?

Mais ainda: qual o limite dessa inclusão e em que medida algumas pessoas, representantes de certas ideias, devem ser impedidas de participar? A resposta remete à discussão acerca dos argumentos não aceitáveis no fórum deliberativo e às críticas dirigidas à democracia deliberativa.

3.4 PRINCÍPIO DA APLICAÇÃO SELETIVA

Chamo de princípio da aplicação seletiva as posturas deliberativo-democráticas que admitem, em um primeiro momento, que nem todas as questões devem ser submetidas à arena deliberativa (a arena é semi-inclusiva), que nem toda a atividade política deva se curvar a esse modelo (nesse sentido: GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 3, 41, 43 e 56), e que por vezes a justiça ou a privacidade deva prevalecer sobre o modelo deliberativo-democrático (cf. GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 34-5 e 41).

Além disso, admite-se que nem todas as decisões poderão ser obtidas empregando-se exclusivamente o método deliberativo, sendo necessária, em alguns casos, uma "complementação" por outros processos decisórios (cf. GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 18-9; BOHMAN, 1996, p. 28), como a votação e a representação[21].

Na teoria apresentada por Bobbio (2000, p. 21), indicam-se duas condições nas quais deve haver o alargamento da arena decisória pelo modelo deliberativo:

[21] Fala-se, aqui, numa apropriação da terminologia de Ackerman (1991 e 1998), em instituições democráticas dualistas (cf. BOHMAN, 1996: 154, 197 e ss.).

i) quando a intervenção produzir reflexos externos relevantes (externalidade relevante) e, ii) quando a incerteza não puder ser simplesmente eliminada com base em análises técnicas. Ou seja, quando houver bons motivos para entender que se pode resolver o problema adequadamente, sem impor a arena deliberativa, então será melhor optar pelas modalidades tradicionais (cf. BOBBIO, 2004, p. 15). O autor chega a sustentar que o processo inclusivo deve ser a exceção (BOBBIO, 2004).

Ressalte-se, ainda, que o modelo deliberativo não pretende expandir-se para as relações privadas.

3.5 PRINCÍPIO DA RECIPROCIDADE

Deve-se exigir, ademais, consoante alguns pensadores da democracia deliberativa, a justificação (em termos morais) das ações (e decisões) adotadas, como medida de *reciprocidade* (nesse sentido: GUTMANN, THOMPSON, 1996, p. 129). Se não é possível retornar à ideia de um mandato imperativo, o elemento dialógico vai impor uma "prestação de contas" (*accountability*), que seja capaz de convencer a todos sobre a legitimidade da decisão adotada pelos representantes eleitos. Assim, embora a decisão possa não ser desejada por certos grupos, estes devem se sentir incluídos naquela decisão e por ela convencidos (nesse sentido: SOUZA NETO, 2006, p. 89), de maneira a diminuir o "custo democrático da divergência", praticando uma economia na extensão do desacordo moral (cf. GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 7).

Gutman e Thompson (1996, p. 52 e ss.) falam em *reciprocidade*, baseada na justificação para os demais participantes, substituindo a ideia de consenso pela de justificações mutuamente razoáveis e aceitáveis (GUTMANN; THOMPSON, 1996, p. 55). Isso porque os participantes, ao apresentarem suas posições, terão (no sentido impositivo) levado em conta os argumentos contrários, incorporando-os no discurso e, assim, demonstrando o porquê de não terem sido aceitos.

Com isso, a democracia dialógica não tem de chegar, necessariamente, a um consenso definitivo, o que acentua seu caráter dinâmico e a possibilidade (politicamente relevante) de retomar os argumentos utilizados anteriormente (v. GUTMANN; THOMPSON, p. 6-7).

3.6 CLÁUSULA DE REABERTURA DAS DISCUSSÕES

Algumas teorias deliberativas, em especial a de Gutman e Thompson, parecem propor uma espécie de "eternidade nas discussões", mesmo quando a decisão já tenha sido tomada.

Um dos exemplos utilizados pelos autores é o da guerra no Iraque e a continuidade das discussões mesmo após a invasão (GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 2)[22].

É importante anotar que os autores não pretendem desabilitar o momento de decisão, nem negar que os argumentos invocados pelos diversos participantes de uma arena deliberativa objetivem justamente influenciar essa decisão. Apenas almejam anunciar que essa arena deliberativa deve permanecer, mesmo após a decisão ter sido tomada pelas autoridades. Desde que a decisão tenha sido justificada, as razões apresentadas permitem essa linha de continuidade dialógica (cf. GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 6).

Invoca-se uma razão prática para essa postura dialógica contínua: os cidadãos que discordassem da decisão seriam mais receptivos a estarem vinculados por essa decisão se soubessem da possibilidade de revertê-la (cf. GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 7), o que exige a abertura à discussão constante.

Já na teoria proposta por Bobbio (2000) aparece como fundamental a preocupação em evitar "que a discussão possa protrair-se ao infinito e degenerar em uma frustração geral". Para tanto, Bobbio indica, como pressuposto, que os participantes deliberem previamente acerca das regras do jogo, que estas sejam razoáveis e que contemplem ampla possibilidade de participação e acesso. Presentes esses elementos, a discussão deve encerrar-se em algum momento.

3.7 CONDIÇÕES SUBSTANTIVAS DE VALIDAÇÃO

Em certas concepções de democracia deliberativa, o Estado de Direito e alguns direitos fundamentais (aqueles considerados como de impacto imediato no processo deliberativo) serão tratados como *condições de possibilidade democrática*, e não limites à democracia.

Nesse sentido, para estas vertentes, Estado de Direito e direitos fundamentais como pautas mínimas também não serão compreendidos como contrários à soberania, mas a ela conformes (cf. SOUZA NETO, 2006, p. 58), atuando na sua própria preservação contra eventuais desvios que a degenerem ou eliminem. Não só haveria uma autorrestrição justa (em maior ou menor grau, mas sempre minimalista) como também necessária à sobrevivência (preservação contra a vontade calcada em si mesma, mas arbitrária e destrutiva).

[22] Um dos motivos para tal ocorrência tem base na existência de razões que foram oferecidas para a invasão, o que permitiria tal permanência discursiva.

Não se pretende fazer, aqui, um inventário dos diversos autores e suas respectivas filiações teóricas, tampouco estabelecer um catálogo dos diversos direitos ou pautas considerados essenciais pelas teorias substancialistas[23]. Apenas se quer promover uma aproximação inicial com o tema e registro do sentido dessa concepção.

Quanto aos valores substantivos que haveriam de ser incorporados pela democracia deliberativa, encontra-se comumente a igualdade.

Argumenta-se que a igualdade deve ser incorporada como um importante ingrediente do modelo deliberativo de democracia, porque a pobreza social e política bloqueiam a realização da democracia.

Nesse sentido, a exclusão social operada por séculos de discriminação racial exercerá um elemento desagregador e desfigurador da democracia dialógica, devendo ser tratada como uma das condições preliminares da democracia a igualdade e as ações afirmativas nos contextos sociais de discriminações históricas.

Assim, a igualdade, como afirma Habermas, será uma das condições para que possa ocorrer um diálogo efetivo. Mas não é só. O autor, em sua concepção mais procedimentalista de democracia deliberativa aponta também para a *liberdade*. Do contrário, ter-se-á apenas a manipulação dos processos de discussão e formação da opinião pública. Da mesma forma Bohman sustenta a necessidade tanto da igualdade como da liberdade dos cidadãos (BOHMAN, 1996).

Amy Gutman e Dennis Thompson, em sua concepção não apenas procedimentalista, invocam a *liberdade* e a *oportunidade* como elementos substantivos necessárias para assegurar a democracia deliberativa.

4 ALGUMAS PAUTAS EM CONEXÃO COM O MODELO DELIBERATIVO

As preferências ou soluções alcançadas no espaço deliberativo são sustentadas "a partir de dentro" do processo de discussão. Isso significa que não há imposição de valores alheios ao próprio processo dialógico[24].

Dessa forma, qualquer resultado poderá surgir de um processo democrático assim concebido.

A democracia deliberativa aceita e preserva o pluralismo que se impõe na complexidade inafastável da sociedade contemporânea. A profunda discordância existente na sociedade acerca dos valores a serem adotados faz com que não se

[23] Sobre o tema: Bercovici, 2003.
[24] Ver, sobre este ponto, o item acerca das críticas à democracia deliberativa.

possa escolher, previamente, nenhum deles. Há uma necessidade de respeitar, aqui, a decisão democraticamente adotada, desde que as condições de existência democrática tenham sido preservadas.

Parece que nem mesmo na democracia deliberativa é possível impedir que haja algum sufocamento, ainda que parcial ou reduzido, de certas minorias. O pluralismo inicial da teoria pode ser, ao final e na prática, eliminado. Apenas os valores "eleitos" como precondições deliberativas é que podem servir como impedimentos (não totais) a essas ocorrências, além da suposta falta de qualquer razoabilidade em certos argumentos. Um observador "externo" poderá considerar certos resultados alcançados seguindo o modelo dialógico, como prejudiciais às próprias minorias. Evidentemente que a igualdade e a liberdade, com todos seus consectários, podem servir como redutores importantes do risco. Aliás, as próprias minorias estão no centro das discussões deliberativas (cf. SOUZA NETO, 2006, p. 69).

Uma interessante constatação é a de que as teses que seguem a concepção kelseniana (KELSEN, 1928, p. 56-7) de justificação de uma Justiça Constitucional tiveram como horizonte o modelo de democracia não deliberativa, de democracia majoritária (representativa).

Embora voltado para um modelo específico de democracia, SOUZA NETO (2006, p. 161) bem observa ser fundamental que cada indivíduo se compreenda, nas sociedades plurais, como parte do todo, que seja assim reconhecido e tratado pela sociedade.

Trata-se de uma dimensão da dignidade, no sentido de ser assegurado a cada um interagir no espaço público, ser respeitado, quanto às suas opiniões e pontos de vista, pelos demais, assim como também respeitar outras opiniões e pontos de vista. Exige-se, na democracia deliberativa, o tratamento do outro como sujeito, e não como objeto, e certa responsabilidade dialógica.

5 DIFICULDADES NÃO ASSIMILADAS PELO NOVEL MODELO: POSTURAS CRÍTICAS À PROPOSTA DELIBERATIVA

O quanto é desejável e necessário, além de oportuno, promover um debate amplo e "popular" sobre questões morais delicadas, em detrimento de uma aproximação técnica (cf. BOBBIO, 2000, p. 20), da experiência acumulada e até da estabilidade política, são, dentre outros, aspectos questionáveis do modelo de democracia deliberativa.

Sendo o modelo de democracia deliberativa aplicável não a toda e qualquer situação, em qualquer momento, mas especialmente às questões moralmente controvertidas e, ao mesmo tempo, sobre as quais seja viável o estabelecimento de

um espaço dialógico, muitos críticos vislumbram nessa "restrição" um problema do modelo.

Limitar e exigir a aplicação do modelo deliberativo às grandes questões morais e para elas estabelecer, *prima facie*, a possibilidade de um espaço comum de diálogo significa, nessa linha, excluir opiniões extremamente divergentes e utilizar, para tanto, um critério "circular", só aceitando as questões que já se saiba, previamente, acerca de sua plausibilidade em gerar algum "consenso" discursivo ou impor às questões mais delicadas um específico senso-comum (admissível no espaço deliberativo). Temas como discriminação racial e intolerância religiosa podem minar a liberdade propugnada por alguns modelos (cf. FISH, 1999, p. 89).

Um grande problema aparece, assim, consoante os críticos, na teoria de Ammy Gutman e Dennis Thompson quando estes autores distinguem entre opiniões divergentes que merecem respeito daquelas outras opiniões divergentes, que devem ser "descartadas" do processo dialógico como posições que ninguém razoavelmente aceitaria ou que ninguém deveria apresentar. Mesmo Bobbio parece aceitar uma ideia de pontos de vista relevantes como os que devem fazer parte do contexto deliberativo (BOBBIO, 2004, p. 41); o autor adverte que além de saber quem representa é preciso saber se "pode contribuir?" (BOBBIO, 2004, p. 41). Ou seja, admitem-se opiniões e argumentos não relevantes.

Daí a crítica contundente de Stanley Fish: quem determina o que é e o que não é uma premissa plausível? (FISH, 1999, p. 95). Este é um dos pontos centrais da crítica à democracia deliberativa, pois atinge diretamente as bases sobre as quais se constrói esse modelo, ou seja, a possibilidade do diálogo aberto.

O mesmo autor pretende revelar que o pano de fundo no qual se desenvolvem propostas como a deliberativa é o da "arbitrariedade" na aceitação inicial do razoável, anotando que essa reserva de premissas discutíveis aponta, em verdade, para um "ato de poder" que executa uma exclusão peremptória das posturas que não interessam (não só porque diferem radicalmente das posturas dos defensores da democracia deliberativa, mas também porque estes não querem assumir o risco – real – de vê-las vencedoras no espaço dialógico). Ora, se se tratasse de posições realmente insustentáveis elas, por essa única e exclusiva razão, seriam descartadas pelos participantes de uma deliberação. Mas autores como Gutman e Thompson insistem em descartá-las teoricamente, criando uma espécie de *espaço válido* de discussão.

Como bem lembra Fish, os seguidores do modelo deliberativo não toleram certas ideias (razões) e, por esse motivo, passam a excluí-las ao argumento de uma inequívoca falta de razoabilidade das mesmas, procurando, contudo, manter a aparência (retórica) de ampla abertura, mútuo respeito, tolerância, etc. Ou seja, com

essa postura conseguem excluir deliberadamente da agenda política certos assuntos ou posições. Se não o fizessem, o modelo deliberativo (aberto por definição a todos os argumentos, sem qualquer discriminação ou reprovação inicial) poderia conduzir àqueles resultados não desejados. E essa possibilidade seria um risco[25], não apenas as convicções pessoais de certos autores, mas igualmente à própria subsistência da teoria deliberativa.

A ampla abertura propugnada pelo modelo deliberativo fica, portanto, estremecida, quando se utilizam argumentos favoráveis a algumas exclusões preliminares e peremptórias.

Retomando a afirmação de que o "valor" da razão pública do processo deliberativo não é apenas outra opção moral (dentre a enorme variedade delas existente), mas uma espécie de "base moral de excelência" na qual os cidadãos que discordem moral e religiosamente podem agir coletivamente (GUTMANN; THOMPSON, 1996, p. 67), pode-se aqui identificar a construção de uma barreira de contenção para opções morais indesejadas, ao argumento de que não atendem à razão pública do "olhar deliberativo", que é, nesse sentido, a moralidade e não qualquer moralidade (nesse sentido: FISH, 1999, p. 69).

Parece que esses teóricos da democracia deliberativa não percebem a existência dessa dificuldade, e não fornecem soluções para compreender ou resolver melhor o problema.

Um dos exemplos apresentados para ilustrar o que se disse é o de políticas públicas que promovam a discriminação racial, no sentido de que todos concordariam que tais políticas não merecem nenhum espaço na agenda política (e no espaço deliberativo-democrático). Não seriam opções políticas que o Parlamento ou os cidadãos pudessem seriamente considerar e, se o fizessem, os tribunais deveriam interceder, conforme sustentam os autores pró-deliberativos. Fish identifica, aqui, um argumento prático de ordem histórica, que fundamenta essa restrição. E, assim como foi estabelecido ao longo de anos, bem poderia, em sua análise, ser também abandonado. Para o autor, Gutman e Thompson pretendem excluir essa opção à base de um argumento forte, que não permita uma exclusão meramente circunstancial (histórica) posterior, e que imponha um abandono definitivo dessa posição indesejada. A pergunta, portanto, dirige-se a saber quem fornece e como são construídas essas razões mais fortes (não históricas). Eis aqui o ponto falho vislumbrado nessa teoria, que descortina uma verdade: o desejo de remover esse e outros tipos de políticas públicas não é universal, pois se fosse elas seriam excluídas

[25] É feita aqui uma aproximação com o pensamento do realismo jurídico norte-americano, especificamente com Holmes, com a de um certo fatalismo quando às decisões a serem adotadas (Holmes falava de uma *sovereign prerogative of choice*).

sem necessidade de recorrer a esses argumentos [artificiais] mais fortes (FISH, 1999, p. 98-9).

Logo, se algumas pessoas devem ser deixadas de fora da conversação é "porque elas não acreditam no que Gutman e Thompson acreditam" (FISH, 1999, p. 100).

6 ALGUMAS IMPLICAÇÕES CONCEITUAIS DO MODELO DELIBERATIVO DE DEMOCRACIA

6.1 AÇÕES AFIRMATIVAS E DEMOCRACIA DELIBERATIVA

A concepção deliberativa da democracia estaria a permitir que, por meio de um discurso que incorpore a oposição, não a sufocando, mas afastando suas pretensões de maneira racional, possam ser implementadas políticas extremamente polêmicas, como as ações afirmativas (cf. SOUZA NETO, 2006, p. 90-1 e 257). Em certo sentido, no início promovia-se, quanto ao espaço de decisão, apenas um certo "encorajamento" em considerar as (admitir os argumentos da) ações afirmativas (GOMES, 2001, p. 39).

Numa democracia, é essencial que não se declarem apenas formalmente os direitos, mas que se permita materialmente a todos alcançarem o efetivo exercício desses direitos.

As políticas de ações afirmativas têm em comum com a democracia dialógica a tese da inclusão e do multiculturalismo (para as ações afirmativas: GOMES, 2001, p. 47-8; para a democracia, sublinhando a importância de sua expressa referência: YOUNG, 1999, p. 155). Na primeira, a inclusão é o objetivo. Na segunda, a inclusão é uma condição inicial. Contudo, para que possa haver a efetiva inclusão de que necessita a democracia dialógica, alguns processos inclusivos prévios, que habilitem os atores do discurso que se seguirá, seriam imprescindíveis. Dentre eles estão as ações afirmativas.

As ações afirmativas, ademais, têm a qualidade de potencializar as diferenças, promovendo a inevitável inclusão argumentativa do "diferente", no contexto democrático-decisório. Antes, porém, há um reconhecimento das diferenças (pela presença de ações afirmativas). O reconhecimento de diferenças, de maneira que possam nortear o discurso de uma maioria que não se compreende como representada nessas diferenças é uma hipótese de trabalho que tem muito mais sentido no contexto da democracia dialógica. Ou seja, as ações afirmativas encontram lastro numa deliberação de modelo dialógico, embora possam também ser alcançadas – já aqui com um cunho mais assistencial (e, por vezes, populista) –

nas democracias representativas ou majoritárias, assim como naquelas estruturas estatais que reconheçam aqui um espaço de livre conformação do legislador (a depender, portanto, da "boa vontade" do legislador).

Aqueles que adotam uma concepção material de democracia deliberativa (não procedimentalista) admitem, numa vertente aparentemente finalista, que este modelo também deve "promover a inclusão sob um prisma cultural" (SOUZA NETO, 2006, p. 174), de maneira que todos sejam "tratados como dignos de igual respeito" (SOUZA NETO, 2006, p. 236). Contudo, a ideia de igualdade de condições iniciais para uma discussão é sempre cara à democracia dialógica, porque por meio dela é que se poderá observar o surgimento dos diversos pontos de vista necessários a uma verdadeiramente ampla discussão. É reverberado o papel essencial da cultura e da educação. Portanto, trata-se de pré-requisitos da deliberação dialógica, e não apenas de seus possíveis resultados (lei formalmente aprovada após uma eventual discussão aberta e racional).

Por fim, ressalte-se que as políticas afirmativas procuram, diferentemente da democracia deliberativa, alcançar o espaço privado, como o de grandes corporações e empresas.

6.2 DEMOCRACIA DELIBERATIVA E CONSTITUCIONALISMO

Séria crítica dirigida à democracia deliberativa é encontrada nas formulações clássicas do constitucionalismo. Isso porque uma das alavancas do constitucionalismo e que forma, atualmente, o cerne de sua teoria, está na proteção "fechada" dos direitos fundamentais, considerada imprescindível e definitivamente incorporada ao patrimônio constitucional.

Essas posições definitivas são incompatíveis com a arena deliberativa aberta. E, embora certas teorias admitam que os direitos fundamentais devam estar mais protegidos que as leis comuns, nem por isso afasta esses direitos da discussão ampla e contínua (cf. GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 53-4).

Como observou Bohman, o modelo deliberativo pode parecer mais apropriado para os momentos constituintes, não para a política ou legislatura ordinárias.

As posturas precedimentalistas da democracia deliberativa não reivindicam determinados conteúdos para as leis, ao contrário das posturas substancialistas, que envolvem determinados comandos normativos como necessários e revelando uma imposição teórica a uma atuação normativa de conteúdo livre. Aqui certamente pode ser invocado um sério atrito com o constitucionalismo, que privilegia as decisões tomadas pelos representantes populares, especialmente baseado na ideia permanente de uma soberania popular. Este atrito da visão substancialista estará

presente – e com maior intensidade – no momento constituinte (inicial, fundante, incondicionado e ilimitado).

De qualquer maneira, as visões substancialistas remontam aos direitos fundamentais, ou a parte deles, considerados como essenciais para uma bem-sucedida deliberação, como liberdade de comunicação, de expressão, de informação (cf. BERCOVICI, 1999, p. 17-25; BOHMAN, 1996, p. 23).

6.3 DEMOCRACIA DELIBERATIVA E INTERVENÇÃO JUDICIAL

A opção do Judiciário para resolver conflitos é reconhecida como um dos caminhos clássicos, rejeitada pelo modelo de democracia deliberativa, por não ter como preocupação o oferecimento de uma resposta pertinente às razões do conflito, já que muitas vezes a apresentação destas é meramente formal e pessoal (cf. BOBBIO, 2004, p. 100[26]). O processo judicial não tem como preocupação a verificação das distintas razões admissíveis e uma aproximação das mesmas.

Tomando outro paradigma, Souza Neto (2006, p. 281) procura estabelecer a ideia de que, no contexto de uma democracia deliberativa, ao Judiciário restaria a possibilidade de aplicar, imediatamente, apenas "as normas que configuram condições para um bom funcionamento da vida democrática".

Uma das consequências relevantes dessa postura está em reconhecer, numa clara aplicação da democracia deliberativa à teoria da Constituição, que o Judiciário pode e deve concretizar normas classificadas tradicionalmente como de eficácia limitada, além de outras, desde que sua realização seja considerada como condição imprescindível para a democracia, operando como ator importante no espaço da democracia deliberativa.

6.3.1 CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DOS PRESSUPOSTOS DEMOCRÁTICOS

Um importante papel pode ser destinado à Justiça Constitucional no modelo deliberativo de democracia[27], já que as leis e o comportamento estatal são monitorados a fim de garantir a não supressão dos pressupostos necessários para a democracia.

Esses pressupostos haveriam de estar previstos, contudo, na Constituição do país, o que remete à constatação de que apenas um momento constituinte[28]

---

[26] O autor refere-se à particularidade da Justiça administrativa italiana.

[27] A aproximação entre esses dois temas não é, contudo, o objetivo deste estudo. Apenas procura-se fornecer, aqui, uma indicação genérica dessa conexão.

[28] Consistentemente considerado diferenciado do momento legislativo ordinário (cf. ACKERMAN, 1991).

consciente do modelo deliberativo de democracia poderia se aproveitar dos benefícios de um guardião constitucional vocacionado a tutelar seus pressupostos (constitucionais). Evidentemente que a atuação de uma Justiça Constitucional assim concebida seria mais circunscrita e menos interventiva[29]. O espaço de decisão seria claramente transposto para as arenas deliberativas, salvo aqueles pressupostos mínimos, sobre os quais a própria deliberação não é bem vinda.

[29] Não é, evidentemente, a única concepção que conduz a essa redução do objeto de controle judicial da constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *We the people*: foundations. Harvard: The Belknap Press of Harvard Univ. Press., 1991.

_____. *We the people*: transformations. Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard Univ. Press., 1998.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2005.

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

BELLAVITI, P. *Rassegna ragionata delle procedure di negoziazione-concertazione e delle normative e dei metodi di valutazione dei progetti infrastrutturali*. Milano: PIM, 2000. Bibliografia: BOBBIO (20-38).

BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição de 1988 e a teoria da constituição*.V. TAVARES, André Ramos (org.).

BOBBIO, Luigi. *Le strategie dei processi desicionali inclusivi*. V. BELLAVITI, P.

_____. *A più voci*. Amministrazioni pubbliche, imprese, associazioni e cittadini nei processi decisionalli inclusive. Analisi e Strumenti per l'innovazione. I Manuali. Napoli/Roma: Edizioni Scientifiche Italiane Spa, 2004.

BOHMAN, James. *Public deliberation*: pluralism, complexity and democracy. Cambridge/London: MIT, 1996.

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

DEWEY, John. *The public and its problems*. New York: Henry Holt & Company, 1927.

FISH, Stanley. *Mutual respect as a device of exclusion.* V. MACEDO, Sthepen. Bibliografia: 88-102.

GASTIL, John; LEVINE, Peter (Org.) *The deliberative democracy handbook*: strategies for effective civic engagement in the 21st Century. San Francisco: Jossey-Bass, 2005.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *A ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos E.U.A. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Democracy and disagreement*: why moral conflict cannot be avoided in politics, and what should be done about it. Cambridge/ London: The Belknap Press of Harvard Univ. Press., 1996.

_____. *Why deliberative democracy?* Princeton: Princeton Univ. Press, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HOLMES, Oliver Wendell. The theory of legal interpretation. *Harvard Law Review*, 1899. v. 12. Bibliografia: 417-420.

_____. *The common law*. Boston: Little, Brown, 1881.

KELSEN, Hans. La garantie jurisdictionnelle de la constitution (la justice constitutionnelle). *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, abr./jun. 1928. 61 p. Extrato.

MACEDO, Stephen (Org.). *Deliberative politics*: essays on democracy and disagreement. New York/Oxford: Oxford Univ. press, 1999. Bibliografia: MACEDO (3-14); YOUNG (151-8).

MEE, Charles L. *A história da constituição americana*: relato da criação do governo durante a convenção constitucional. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1993.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*: um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

POGREBINSCHI, Thamy. A democracia do homem comum: resgatando a teoria política de John Dewey. *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, n. 23, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782004000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 16 fev. 2007. Pré-publicação. doi: 10.1590/S0104-44782004000200005.

RAWLS, John. *Justiça como equidade*: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000.

SUNSTEIN, Cass R. *The partial constitution*. Cambridge/London: Harvard Univ. Press, 1993.

TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro (Org.). *Constituição Federal*: 15 anos, mutação e evolução. São Paulo: Método, 2003.

YOUNG, Iris Marion. *Justice, inclusion and deliberative democracy*. V. MACEDO.

DIFERENÇA ENTRE "ENTREVISTA JORNALÍSTICA" E PROPAGANDA ELEITORAL ("ANTECIPADA" OU "IRREGULAR"):

O "CASO MARTA SUPLICY – REVISTA VEJA E FOLHA DE S.PAULO"

O "CASO CLODOVIL – FAUSTÃO – GLOBO"

O "CASO HEBE – OSCAR – MALUF E SBT"

ALGUMA COISA EM COMUM?

Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira

Promotor Eleitoral em Minas Gerais. Autor da obra Tratado de Direito Eleitoral. Professor de Direito Eleitoral do Curso Satelitário LFG. Vice-Diretor da Escola Judiciária Eleitoral do TSE.

Apresenta o caso "Marta Suplicy – Revista Veja e Folha de S.Paulo" em que, nas eleições de 2008, a pré-candidata à prefeitura de São Paulo e esses órgãos de imprensa tiveram de pagar multa por realização de propaganda eleitoral antecipada. Objetiva diferenciar entrevista jornalística de propaganda eleitoral. Na primeira, tem-se matéria não paga, enquanto que a segunda somente pode ser feita até a antevéspera da eleição e desde que a matéria seja paga. Em uma ou outra, a imprensa escrita pode dar sua opinião favorável a determinado candidato, partido ou coligação, ou simplesmente manter-se neutra. TV e rádio somente podem fazer entrevistas jornalísticas de forma neutra, sem valorizar ou emitir juízo de valor ou opinião sobre a mesma. Cita os casos "Clodovil-Faustão-Rede Globo" e "Hebe-Oscar-Maluf e SBT" como dois precedentes do TSE em que emissoras e candidatos foram condenados a pagamento de multa por realização de propaganda antecipada ou irregular. Defende a liberdade de imprensa como condição para o exercício da democracia.

Palavras-chave: Justiça Eleitoral; liberdade de expressão; legislação eleitoral; propaganda eleitoral antecipada; propaganda eleitoral irregular.

Posso não concordar com o que você diz, mas defenderei seu direito de dizer.

(Clássica frase da liberdade de expressão)

No dia 4 de junho de 2008, a *Folha* publicou entrevista com a pré-candidata Marta Suplicy e, na edição de 4 a 11 de junho de 2008, a matéria foi igualmente publicada em caderno especial *Veja-São Paulo*, com o aviso "a primeira de uma série de entrevistas com os principais candidatos".

O tema ganhou extraordinário alcance na mídia, uma vez que o juiz eleitoral auxiliar de São Paulo acolheu duas representações propostas pelo Ministério Público Eleitoral e decidiu multar a pré-candidata do PT à Prefeitura de São Paulo, considerando tratar-se de "propaganda eleitoral antecipada", também conhecida como subliminar ou sub-reptícia, artigo previsto na Lei nº 9.504/97, artigo 36, § 3º. O juiz assim destacou os principais trechos do que considerou "propaganda eleitoral antecipada":

Procedimento nº 184/2008

> a) "E também por uma percepção de paulistana de que a cidade precisa de uma nova atitude. Por fim, nos últimos meses, com o caos no transporte, não só achei que não tinha condição de titubear como me deu vontade [...].";
>
> b) "O que posso dizer é que pretendo, tendo o privilégio de ser eleita, fazer um bom governo e ficar oito anos [...] tenho o firme propósito de reconquistar os eleitores da classe média que me elegeram em 2000 e que perdi em 2004", a indicar a pretensão de candidatar-se a prefeita;
>
> c) "Eu sei que posso fazer. Já peguei a cidade em condição muito pior. Eu fiz muito com muito pouco. E eles fizeram muito pouco com muito." (sobre a gestão Serra/Kassab). "Tímida e medíocre [...] Não é um governo de inclusão social, mas de enrolação social" (parceria de trabalho com outras esferas de governo) Mais condições do que o Alckmin. Tenho relação muito boa com o Serra. E melhor ainda com o Presidente Lula.", apresentando-se como a candidata com as melhores qualidades e qualificando negativamente os concorrentes;
>
> d) (a prioridade de sua nova gestão) "Transporte. Nesse momento, não dá para pensar em outra. O paulistano não tem mais condição de viver no caos.", "No longo prazo, vamos unir esforços para superar 20 anos de atraso no metrô. [...] No médio prazo, faremos 200 km de corredores – no nosso primeiro governo fizemos 100 km [...] Daremos um choque de gestão no trânsito [...]" explicitando o seu plano de governo e procurando aguçar reações instintivas.

Marta terá de pagar R$42.564, enquanto o valor da multa para a *Folha* e a editora Abril será de R$21.282.

Cumpre destacar que a multa eleitoral ganhou relevância em 2008, uma vez que transitada em julgado e confirmada, a mesma impede a certidão de quitação eleitoral por 4 anos (ou 8 anos, se o cargo disputado for de senador), conforme artigo 41, §3º da Lei nº 9.504/97.

Segundo a decisão do culto juiz auxiliar, os veículos publicaram matérias que "exorbitaram do mero interesse jornalístico, exercida a liberdade de informação de modo inadequado, a ponto de caracterizar propaganda eleitoral extemporânea", uma vez que a propaganda eleitoral somente é permitida a partir de 6 de julho do ano da eleição e considerando que "a liberdade de imprensa não pode sobrepor ao princípio da igualdade eleitoral":

Afirmou o juiz na decisão:

> Embora a liberdade de imprensa esteja elevada à categoria de princípio constitucional, não se pode esquecer que, além desta garantia, por igual vigora outro princípio, da mesma hierarquia, que garante a igualdade dos candidatos no pleito, apresentando-se como limite da liberdade de imprensa quando a mesma usa espaço de entrevista para a realização de propaganda no período pré-eleitoral.

A questão central é a seguinte: há diferença entre entrevista jornalística e propaganda eleitoral (antecipada ou mesmo irregular)?

A resposta é positiva, motivo pelo qual, na condição de professor e autor de Direito Eleitoral, discordo da decisão do juiz, como máximo respeito, uma vez que seus fundamentos são extremamente reflexivos.

Em primeiro lugar não se pode alegar propaganda eleitoral antecipada (antes de 6 de julho) ou propaganda irregular (após 6 de julho mas violando preceitos legais) quando se trata de "entrevista jornalística", preservando a igualdade de tratamento entre os candidatos, em especial os que possuem representatividade na Câmara dos Deputados.

O TSE, desde as eleições de 2004 permite, inclusive, que a imprensa *escrita* (não falada e não televisiva) manifeste seu apoio a determinado candidato, sendo tal comando renovado na Res. nº 22.718/2008, artigo 20, § 3º, no Capítulo V, que cuida da propaganda na imprensa:

Artigo 20

> [...]
>
> § 3º Não caracterizará propaganda eleitoral a divulgação de opinião favorável a candidato, a partido político ou a coligação pela imprensa escrita, desde que não seja matéria paga, mas os abusos e os excessos, assim como as demais formas de uso indevido do meio de comunicação, serão apurados e punidos nos termos do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90.
>
> § 4º O disposto neste artigo aplica-se à reprodução virtual do jornal impresso na Internet.

Portanto, imprensa escrita pode manifestar sua opinião favorável a candidato, partido político ou coligação, desde que a matéria não seja paga.

Dessa forma, se a "entrevista jornalística" for feita na imprensa escrita, esta pode inclusive dar sua opinião, *desde que a matéria não seja paga*. Se for feita na Televisão ou na Rádio, não pode haver opinião favorável, apenas a entrevista em si (cf. art. 45, III da Lei nº 9.504/97 e art. 21, III da Res. nº 22.718/2008 do TSE).

A resolução ainda prossegue no artigo 21, quando cuida da programação de rádio e TV, no sentido de que estes meios de comunicação não podem dar tratamento privilegiado a candidato a partir de 1º de julho do ano da eleição (art. 21, inciso IV copiando o art. 45, IV da Lei nº 9.504/97).

O mencionado artigo 21 da Res. nº 22.718/2008 do TSE, no seu primeiro inciso, ainda arremata como vedação a TV e rádio:

> I – transmitir, ainda que sob a forma de entrevista jornalística, imagens de realização de pesquisa ou qualquer outro tipo de consulta popular de natureza eleitoral em que seja possível identificar o entrevistado ou em que haja manipulação de dados (Lei nº 9.504/97, art. 45, I).

Analisando este dispositivo, o TSE entendeu que rádio e TV não podem dar tratamento diferenciado a candidatos ou sequer manifestar sua opinião favorável ou desfavorável, por serem meios de comunicação de massa, diferente da imprensa escrita, já que nosso País ainda é de pouca leitura.

Porém, mesmo em TV e rádio permitiu a entrevista jornalística a determinados candidatos, quando houver tratamento isonômico a todos demais, como aconteceu na própria emissora Globo ou outras, além da figura do debate que se converte em entrevista jornalística ao convidar a todos e apenas um comparecer (cf. art. 23, §4º da Res. nº 22.718/2008 do TSE).

Assim, conseguimos num primeiro momento diferenciar, no tocante à *imprensa escrita*, "entrevista jornalística" de "propaganda eleitoral". Na primeira temos uma matéria *não paga*, enquanto que na segunda somente pode ser feita até a antevéspera da eleição e desde que a matéria seja paga. Em uma ou outra, a imprensa escrita (e somente esta) pode dar sua opinião favorável a determinado candidato, partido ou coligação, ou simplesmente manter-se neutra. Já *TV e rádio* somente podem fazer entrevistas jornalísticas de forma neutra, leia-se, sem valorizar ou emitir juízo de valor ou opinião sobre a mesma, na forma do artigo 24 da Res. nº 22.718/2008 do TSE:

> Art. 24. Os pré-candidatos poderão participar de *entrevistas*, debates e encontros antes de 6 de julho de 2008, desde que não exponham propostas de campanha (Res. nº 22.231, de 8.6.2006).

Portanto, para TV e rádio não se aplica a permissão de juízo de valor dada apenas à imprensa escrita (artigo 20, § 3º da Res. nº 22.718/2008 do TSE), *porquanto rádio e TV são "concessões públicas". Aqui a diferença.*

Da mesma forma, o artigo 24 não se aplica para imprensa escrita, que tem interpretação sistêmica e conjugada com o citado artigo 20, § 3º da Res. nº 22.718/2008 do TSE. Do contrário, o artigo 24 da resolução seria inconstitucional por ferir a liberdade de informação e de imprensa livre, já que a imprensa escrita não é concessão.

Exemplos de que televisão e rádio não têm o mesmo alcance da imprensa escrita e, que, portanto, não podem emitir juízo de valor repousam em dois precedentes do TSE (*leading case*):

> (1) *O Caso "Clodovil-Faustão-Rede Globo"*: neste caso, o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (TRE-SP) multou em R$21,2 mil o deputado federal Clodovil Hernandes (PTC-SP) por propaganda eleitoral antecipada, tendo o TSE, pelo min. José Delgado, mantido tal condenação. O parlamentar foi multado por se autopromover durante o Programa do Faustão, veiculado pela Rede Globo no dia 2 de julho de 2006, quatro dias antes do início oficial da propaganda eleitoral (6 de julho), de acordo com o calendário da Justiça Eleitoral. Naquela oportunidade, o apresentador de TV, na condição de jurado de um quadro do programa (dança dos famosos), utilizou o espaço para se promover já como candidato do PTC à Câmara dos Deputados. Assim, o Tribunal Regional de São Paulo considerou que ele emitiu "opiniões e ideias, demonstrando promoção pessoal com evidente finalidade eleitoral". Por isso, aplicou a multa ao então candidato, e impôs igual valor à empresa Globo Comunicações e Participações S/A. As multas foram aplicadas com base no artigo 36, parágrafo 3º da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições), que pune a prática da propaganda antes do prazo legal;
>
> (2) *O Caso "Hebe-Oscar-Maluf e SBT"*: neste precedente, o TRE/SP manteve multa de mais de cem mil reais para a apresentadora, candidatos e SBT por propaganda irregular (após 6 de julho mas em contrariedade ao artigo 45, III e IV da Lei nº 9.504/97 – tratamento privilegiado em TV), tendo apenas esta sido afastada porque o TSE entendeu que juízes auxiliares não poderiam de ofício instaurar feito e aplicar multa (Agravo-TSE nº 1.577, de 29.6.99, rel. Min. Nelson Jobim).

Cumpre salientar, ainda, que *mesmo na imprensa escrita* os abusos cometidos numa "entrevista jornalística", tal como ocorre na TV e Rádio, podem ensejar a figura da Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), cujo ajuizamento é a partir do registro de candidatura, mas pode ter objeto anterior ao registro), por abuso do poder econômico, ou mesmo direito de resposta (na Justiça Comum, se antes do período eleitoral ou na Justiça Eleitoral, se durante o período eleitoral).

Um direito de resposta famoso foi à Representação nº 14.459, publicada no *DJ* de 1º.9.94, página 22.618, onde foi deferido o direito de resposta por um minuto, por força do programa de TV "Clodovil abre o jogo", de 7 de julho de 1994, onde o apresentador afirmou, à época, em desfavor do candidato Lula, que este "Originário do proletariado e preconizador da revelação de conduta exemplar pelo homem público, possui apartamento em Paris, onde residiriam os respectivos filhos".

Na época o TSE entendeu que deveria ser considerado o contexto que decorreu não somente da "vida pregressa" mas também da postura a ser adotada pelo homem público.

Em nossa obra *"Tratado de Direito Eleitoral, Tomos I e IV, Editora Premier Maxima, SP, 2008, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira e Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua Cerqueira"*, justamente neste particular, destacamos a importância da nova figura da Justiça Eleitoral, oriunda de um "Ativismo Judicial Eleitoral", na qual denominamos de *"Justiça Eleitoral Corretiva, Investigativa ou Substancial"*.

Neste modelo, com origem em 2004 ("Caso Eurico Miranda – RO nº 1.069) e com força na Presidência do TSE – Exmo. Min. Carlos Ayres Britto –, *a Justiça Eleitoral não tolera violação da liberdade de informação ao eleitor* (o que motivou a inconstitucionalidade do artigo 35-A da Lei nº 9.504/97 que com a Lei nº 11.300/2006 proibia a divulgação de pesquisas eleitorais 15 dias antes do pleito).

Neste modelo a Justiça Eleitoral não tolera candidatos com ficha pregressa duvidosa de concorrer ao pleito e, mesmo com a Consulta nº 19.919 do TSE ter sido polêmica, os 27 presidentes dos TREs reuniram-se no Rio de Janeiro nos dias 19 e 20 de junho de 2008 e confirmaram que irão, em caso de recurso, manter impugnações por candidatos réus.

Por fim, neste modelo de Justiça Eleitoral nova, o eleitor deve ser informado dos candidatos que respondam a processo, para igualmente ter direito de escolher, após saber de sua situação processual.

É uma Justiça oriunda de uma revolução à corrupção *e de que a imprensa tem papel decisivo, informando ao povo a vida pregressa dos candidatos* e, *na imprensa escrita*, apresentando entrevistas jornalísticas para que o eleitor consiga formar sua opinião em propostas sérias e não jocosas, surreais ou despidas de conteúdo.

Nesta nova aliança da Justiça Eleitoral, entre o direito constitucional da *liberdade de imprensa* (defesa usada pela revista *Veja* e *Folha de S.Paulo*), *da igualdade entre todos os candidatos* (critério usado pelo juiz auxiliar ao multar a revista *Veja* e *Folha de S.Paulo*), nenhum destes tem valor supremo senão a "liberdade de informação do eleitor".

Como é sabido, não existe hierarquia entre normas constitucionais e, quando há um conflito entre elas, a solução reside na supremacia do interesse público a ser verificada, em última análise, pelo STF, dentro do critério da proporcionalidade ou da razoabilidade.

Assim, dentro do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade constitucional, a supremacia do interesse público, em matéria eleitoral, reside na liberdade plena de informação do eleitor sobre as propostas dos candidatos e de sua vida pregressa, leia-se, a liberdade de imprensa, no âmbito eleitoral, se transfigura em outra cara da mesma moeda: a liberdade de informação ao eleitor, que jamais pode ser censurada ou objeto de multa.

Percebam que ao eleitor deve ser dada a liberdade de escolha e a informação, pois como diria o poeta inglês John Milton, "a imprensa é a luz de liberdade".

Somente entendendo esta nova escola do Direito Eleitoral – "Justiça Eleitoral Corretiva, Substancial ou Investigativa" é que as velhas tradições e escola clássica evitarão conflitos eternos.

Cumpre registrar, após diferenciar "entrevista jornalística" de "propaganda eleitoral" que a polêmica não terminará neste caso: o TSE ainda analisa, nesse ano, se a imprensa (escrita, falada e televisiva) pode ou não trazer matéria jornalística sobre a "vida privada" dos candidatos ou se somente sobre a vida "pública".

Neste novo modelo de Justiça Eleitoral entendemos que até mesmo a vida privada do candidato pode ser objeto de informação ao eleitor, uma vez que não se pode perder de vista, também, que qualquer pessoa que se envolva com o meio político, candidatando-se a um cargo público, expõe a sua vida e, como elucida Enéas Costa Garcia:

> É comum reconhecer que o homem público, ao optar por este ramo de atividade, renuncia à parcela da proteção que a lei concede à honra, ficando sujeito à crítica dos seus atos, ao acompanhamento e fiscalização da sua conduta pública e, até mesmo, de certos aspectos da sua vida particular que influenciam diretamente o exercício da função pública (In *Responsabilidade civil dos meios de comunicação*. Ed. Juarez de Oliveira, 2002, p. 315).

Mas, sobre esta nova polêmica, deixaremos o estudo mais profundo para nossa obra.

Outrossim, cumpre registrar que depois desta polêmica toda, o TSE resolveu alterar o artigo 24 da Res. nº 22.718/2008, para ficar expressa a diferença entre *propaganda* de *entrevista*, bem como a diferença entre "imprensa escrita" de "rádio e TV" (estas, por serem concessões públicas), conforme notícia do TSE, confirmando nosso entendimento:

TSE altera norma para permitir divulgação de propostas de campanha em entrevistas antes de 6 de julho de 2008

26 de junho de 2008 – 20h35

Fonte: Centro de Divulgação da Justiça Eleitoral

O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) aprovou na sessão de hoje (26), por 6 votos a 1, a proposta do presidente da Corte, ministro Carlos Ayres Britto, de permitir a apresentação de propostas de candidatos e pré-candidatos em entrevistas, debates e encontros antes do dia 6 de julho de 2008, data prevista para o início da propaganda eleitoral.

Com a mudança, poderão também ser divulgadas as plataformas e projetos políticos dos candidatos, sem que isso seja caracterizado como propaganda eleitoral.

Os abusos e excessos serão apurados e punidos pela legislação em vigor (art. 22, da Lei Complementar nº 64/90 e art. 96, da Lei nº 9.504/97).

A decisão de hoje revoga integralmente o artigo 24, do capítulo VI, da Resolução nº 22.718/2008. Por outro lado, insere o artigo 17, no capítulo II, que trata da "propaganda em geral", da mesma resolução, que dispõe sobre a propaganda eleitoral e as condutas vedadas aos agentes públicos em campanha eleitoral nas eleições de 2008.

O artigo 17 fica com a seguinte redação: "Os pré-candidatos e candidatos poderão participar de entrevistas, debates e encontros, antes de 6 de julho de 2008, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, observado, pelas emissoras de rádio e televisão, o dever de conferir tratamento isonômico aos que se encontrarem em situação semelhante."

Para assegurar que abusos não sejam cometidos, o plenário do TSE decidiu introduzir o parágrafo único ao artigo 17, explicitando que "eventuais abusos e excessos, assim como as demais formas de uso indevido do meio de comunicação, serão apurados e punidos nos termos do artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90, sem prejuízo, se for o caso, da representação a que alude o artigo 96, da Lei nº 9.504/97".

De acordo com o ministro Ayres Britto, a ressalva de se conferir tratamento isonômico aos candidatos no rádio e na televisão decorre do caráter desses veículos de comunicação, que são permissionários de concessão pública. Assim não se poderia dar tratamento preferencial ou diferenciado a um ou outro candidato, diferentemente do que ocorre em relação aos jornais impressos, que têm liberdade de opinião e podem expressar seu apoio preferencial a um ou outro candidato.

Por fim, como diria o Ministro Carlos Ayres Britto, presidente do TSE, ao julgar não recepcionado dispositivos da Lei de Imprensa, "a liberdade de expressão é irmã siamesa da democracia" ou em relação ao episódio comentado no Encontro

de presidentes dos TREs no RJ – "Não há liberdade de informação senão com a imprensa também livre".

> Não tem que agradar ao dono, ao político, a nós mesmos. Tem que agradar ao público[1]. (Ricardo Kotscho)

[1] ou ao eleitor, se pudermos atualizar.

A INFLUÊNCIA DO PODER ECONÔMICO NAS ELEIÇÕES E A IMPUGNAÇÃO DE MANDATO[1]

Eneida Desiree Salgado

Bacharel em Direito, mestre e doutora em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professora do Departamento de Direito Público da mesma Universidade. Pesquisa nas áreas de Direito Público, Direito Constitucional e Direito Eleitoral.

Trata da influência abusiva do poder econômico nas campanhas eleitorais, objetivando esclarecer como o assunto é considerado pela legislação eleitoral e suas consequências até a possível impugnação do mandato eletivo. Fundamenta-se em dispositivos da Constituição Federal, do Código Eleitoral, da Lei das Eleições, da Lei dos Partidos Políticos e argumentos de doutrinadores da matéria eleitoral para explicitar o que configura abuso do poder econômico. Apresenta dois remédios jurídicos para afastar do mandato o candidato que se elegeu com abuso do poder econômico: o recurso contra a diplomação e a ação de impugnação de mandato eletivo. Ressalta-se a importância de as decisões do TSE considerarem o interesse público na lisura do processo eleitoral e na preservação da legitimidade do exercício do mandato eletivo.

Palavras-chave: Eleições; legislação eleitoral; abuso do poder econômico; campanha eleitoral; impugnação de mandato eletivo.

O Estado brasileiro se declara uma República Democrática. Etimologicamente, *Democracia* é poder do povo. Minimamente, *República* é igualdade. A conquista e o exercício do poder político, para se revestirem de legitimidade, devem observar ambos os princípios.

Na República todos os eleitores têm a mesma possibilidade de participar do governo, o mesmo peso no processo de escolha. Os cidadãos – observados os requisitos constitucionais e legais – podem igualitariamente disputar o exercício de um mandato.

A democracia brasileira é, sobretudo, representativa. Embora haja previsão constitucional de instrumentos de participação direta, a soberania popular é exercida primordialmente através do voto. Os representantes eleitos não guardam relação direta com seus eleitores e deles não recebem instruções precisas para o

---

[1] Artigo publicado originariamente na *Revista de Direito Administrativo e Constitucional – RDAC*, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, jan. 2005. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=12704>. Acesso em: 13 jul. 2010.

cumprimento de sua tarefa – os limites extremos para o exercício do mandato estão na Constituição e nas leis. Não há instrumentos ao alcance do eleitor para o afastamento no decorrer do mandato (apenas outros representantes podem afastá-lo, por meio de *impeachment*).

O grande momento de exteriorização da soberania popular é a escolha dos representantes. Assim se realiza a democracia formal brasileira. Para que seja legítima, assim, é necessário que a eleição ocorra de maneira limpa, com respeito à igualdade entre os eleitores e entre os candidatos. A formação e a manifestação do voto devem dar-se sem interferências.

O Estado brasileiro exporta soluções para o processo de votação e apuração dos votos. Depois de inúmeras fraudes, a adoção do sistema eletrônico de votação traz confiabilidade em relação ao respeito da vontade manifestada nas urnas. A manifestação da escolha resta garantida, sem a eleição a bico de pena, o voto de correntinha e o mapismo.

A formação da vontade, no entanto, ainda sofre influências. Ao construir a sua opção política, ao decidir seu voto, o eleitor está exposto não apenas às propostas dos candidatos e às diretrizes programáticas dos partidos políticos, mas a inúmeros outros fatores que condicionam sua escolha.

Alguns desses fatores constituem vícios que ofendem o princípio republicano – pois desequilibram a disputa – e o princípio democrático, pois falseiam a expressão da soberania popular: o uso indevido dos meios de comunicação social, o uso do poder público para beneficiar candidatos, o abuso do poder econômico, a corrupção e a fraude.

Um desses vícios será objeto da análise aqui desenvolvida: a influência abusiva do poder econômico nas campanhas eleitorais.

1 O PODER ECONÔMICO NA LEGISLAÇÃO ELEITORAL

Enquanto a preocupação com o uso indevido do poder político é expressa desde o Império (com a previsão de hipóteses de inelegibilidade e incompatibilidade), a legislação eleitoral apenas recentemente passa a se preocupar mais direta e especificamente com o abuso do poder econômico. O Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65) traz entre as Garantias Eleitorais, em seu artigo 237, o seguinte dispositivo: "A interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto, serão coibidos e punidos". E prevê nos parágrafos do referido artigo, investigação para apurar o uso indevido do poder econômico.

Em obra anterior à vigência da Constituição de 1988, Fávila Ribeiro debruça-se sobre o tema, demonstrando preocupação com a interferência do poder

econômico em âmbito eleitoral. Aduz que o Direito Eleitoral, para cumprir seu papel de garantia da vontade genuína do corpo eleitoral, deve conter medidas de contenção contra qualquer tipo de poder. Critica o casuísmo da legislação eleitoral e analisa o artigo 237 do Código Eleitoral como norma a afastar o abuso de poder.[1]

A Lei dos Partidos Políticos, em vigor até 1995 – Lei nº 5.682/71 –, proíbe de forma absoluta que os partidos recebam recursos de empresas privadas, de finalidade lucrativa, e de entidades de classe ou sindicais (art. 91), considerando-os ilícitos. O parágrafo segundo do artigo 93 dispõe:

> Nenhum candidato a cargo eletivo, sob pena de cassação do respectivo registro, poderá efetuar, individualmente, despesas de caráter eleitoral, inclusive com alistamento, arregimentação, propaganda e demais atividades definidas pela Justiça Eleitoral, devendo processar todos os gastos através dos partidos ou comitês.

O Fundo Partidário financia as campanhas ao lado das contribuições dos filiados e é formado por recursos provenientes de multas e penalidades eleitorais, recursos destinados por lei, dotações orçamentárias da União e doações de pessoas físicas até o limite de duzentas vezes o maior salário mínimo do país. Essas doações, inseridas pela Lei nº 6.767/79, podem ser feitas diretamente aos partidos políticos desde que contabilizadas (o "balanço" anual é publicado no *Diário Oficial da União*), e são dedutíveis do imposto de renda.

Pinto Ferreira comenta a antiga lei dos partidos:

> A ideia de um fundo partidário buscou dar sustentação financeira aos partidos. É uma das poucas maneiras de vedar a arrecadação de dinheiro em fontes inidôneas, o que é comum no Brasil, com "banqueiros de bichos", "caixinhas", "lideranças ricas", permitindo a formação de oligarquias dominantes. Seria interessante que a lei aumentasse a dotação do fundo, para engrandecer os partidos com uma completa autonomia financeira.[2]

Essa regulamentação de financiamento de campanhas não evita o uso do poder econômico nem as doações de empresas para as campanhas.

Inaugurando uma ordem jurídica democrática, inspirada por princípios republicanos, é promulgada a Constituição de 1988.

A Carta refere-se, em seu artigo 14, à lei complementar para proteger a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico (§9º) e ao abuso de poder econômico como hipótese da ação de impugnação de mandato eletivo (§10).

Nas duas leis eleitorais seguintes à Constituição (Lei nº 7.773/89 e Lei nº 8.214/91) não há referência expressa ao abuso do poder econômico. Mas há controle

de sua influência por meio da limitação do uso da propaganda, certamente a forma mais poderosa de interferir na escolha do eleitor.

Como resposta às polêmicas sobras de campanha da eleição de Fernando Collor e ao processo de *impeachment*, a Lei nº 8.713/93, que regula a eleição de 1994, traz normas específicas sobre a arrecadação e aplicação de recursos nas campanhas. A partir de então é permitida a realização de gastos pelos candidatos e a arrecadação de fundos junto à iniciativa privada.

Nasce a exigência de constituição de comitês financeiros, a responsabilidade objetiva do candidato por sua prestação de contas, a previsão de cassação do registro de candidato que infringir as normas sobre a administração financeira de sua campanha e a destinação obrigatória das sobras de campanha aos partidos.[4]

Segundo Lauro Barreto, essa lei diminui o conteúdo farsante da legislação eleitoral, embora ainda permita o abuso de poder econômico e traga ônus aos cofres públicos com a confecção dos bônus eleitorais.[4] O autor aponta como falhas dessa lei a atribuição aos partidos da faculdade de fixação do teto de gastos em campanhas (e é assim até hoje) e a ausência de limites para as doações de empresas, que evidencia "a preponderância da moeda sobre as ideias e propostas no processo eleitoral".[5]

Os Partidos Políticos passam a submeter-se à Lei nº 9.096/95, que proíbe apenas o recebimento de contribuições de entidade ou governo estrangeiro, autoridades e órgãos públicos (com exceção do fundo partidário), autarquias, empresas públicas ou concessionárias de serviços públicos, sociedades de economia mista e fundações (instituídas em virtude de lei e para cujos recursos concorram órgãos ou entidades governamentais) e entidades de classe ou sindicais (art. 31).

A Lei dos Partidos determina o envio anual à Justiça Eleitoral do balanço contábil (art. 32), além da prestação de contas de campanhas eleitorais (art. 34). Impõe a responsabilidade civil e criminal dos dirigentes do partido e comitês (art. 34, II) e prevê a perda do Fundo Partidário no caso de descumprimento de suas normas (art. 36).

A Lei nº 9.100/95, que regulamenta as eleições municipais do ano seguinte, traz algumas modificações em relação ao controle do poder econômico nas eleições. Substitui os bônus por recibos, prevê pena de multa e detenção (de um a três meses) para doação acima do limite, recebimento de recurso acima do teto legal e gasto além do valor máximo estipulado pelo partido.

A violação das normas por pessoa jurídica impede a participação em licitações públicas e a celebração de contratos com o Poder Público pelo período de cinco anos (por determinação da Justiça Eleitoral em processo que lhe seja

assegurada ampla defesa). Seu artigo 69 dispõe que o descumprimento das regras relativas ao financiamento de campanhas caracteriza abuso do poder econômico.

A Lei nº 9.504/97 – lei permanente das eleições – exige abertura de conta bancária específica para a campanha eleitoral (embora não haja de fato rejeição de prestação de contas na hipótese de não abertura). Retira a pena de detenção para gastos além do declarado, impondo multa de cinco a dez vezes o valor em excesso (art. 18, § 2º). Os comitês financeiros devem ser registrados na Justiça Eleitoral após o registro dos candidatos (art. 19, § 3º) e apenas depois disso podem ser feitas doações para a campanha (art. 23).

Há limites legais para as doações: as pessoas físicas podem doar até 10% do rendimento bruto do ano anterior (art. 23, §1º, I) e as pessoas jurídicas até 2% do faturamento bruto (art. 81, nas Disposições Transitórias). O candidato pode utilizar recursos próprios até o limite de gastos imposto pelo partido (art. 23, §1º, II). A doação acima do limite sujeita à multa de cinco a dez vezes a quantia em excesso (art. 23 §3º e art. 81 §2º).

2 A NOÇÃO DE ABUSO DE PODER ECONÔMICO

Mas o que configura abuso de poder econômico? O uso do poder econômico é permitido, pois o financiamento das campanhas é privado. O que seria considerado abusivo?

Como uma pista, a Lei nº 9.504/97 traz, em seu artigo 25, a seguinte disposição (menos clara que o art. 69 da Lei nº 9.100/95):

> O partido que descumprir as normas referentes à arrecadação e aplicação de recursos fixadas nesta lei perderá o direito ao recebimento da quota do Fundo Partidário do ano seguinte, sem prejuízo de responderem os candidatos beneficiados por abuso do poder econômico.

Reduzir o abuso de poder econômico ao descumprimento das normas de arrecadação e aplicação dos recursos em campanhas eleitorais, no entanto, é estreitar a possibilidade de controle da legislação eleitoral sobre a influência do dinheiro na disputa eleitoral. A concepção do abuso, aqui, deve ser mais ampla, para garantir um equilíbrio mais efetivo entre os candidatos.[6]

O abuso de poder econômico e o abuso de poder de autoridade, para José Néri da Silveira, ofendem a liberdade e a igualdade, essência da ordem democrática, pois são

> [...] formas de aliciamento ilegítimo de eleitores, conspurcando-lhes a consciência, com evidente dano à plena liberdade do sufrágio, ou desprezando-se o princípio da igualdade no processo eleitoral, com

> a quebra do equilíbrio a presidir a participação de partidos políticos e candidatos na competição legítima pela conquista do voto livre.[7]

Segundo Emerson Garcia, "identificar-se-á o ato abusivo sempre que alguém, ao exercer o seu direito, prejudicar o direito de igualdade de todos no pleito, afetando seu regular desenvolvimento".[8] O autor analisa de forma detida o tema aqui proposto e coloca como limite da utilização do poder econômico na eleição a comprovação da origem dos recursos.

Pedro Henrique Távora Niess aduz que

> [...] não condena a Constituição a influência do poder econômico no pleito eleitoral. O exercício do poder é lícito, tanto que é regulado. É a má influência, a excessiva intervenção do poder econômico que deve ser coibida: recusa-se a sua influência na normalidade e legitimidade das eleições.[9]

O abuso de poder econômico e político configuram "um conjunto de condutas, algumas das quais definidas como crime, que atentam contra o interesse público de lisura das eleições, na medida em que agem em desfavor da liberdade de voto, comprometendo as condições igualitárias de disputa",[10] conforme Lauro Barreto.

Para o Tribunal Superior Eleitoral, a configuração do abuso de poder econômico exige a potencialidade de alterar o resultado da eleição:

> Lembro que a potencialidade é elemento intrínseco a qualquer forma de abuso, econômico ou político, isto é, práticas abusivas são aquelas que excedem o normal na utilização do poder econômico ou do poder de autoridade.
>
> Na verdade, não é ilícita a utilização do poder econômico nas campanhas eleitorais, tanto que o valor a ser gasto pelos candidatos é informado no pedido de registro e as contas são prestadas à Justiça Eleitoral.
>
> O que é vedado é a utilização do poder econômico com intenção de desequilibrar a disputa eleitoral, o que ocorre de modo irregular, oculto ou dissimulado.[11]

Por conta da noção de potencialidade – entendida por Emerson Garcia como a "probabilidade de que o ato tenha prejudicado a normalidade do pleito"[12] – o TSE afasta a configuração de abuso em condutas isoladas[13] e o distingue da captação ilícita de sufrágio.[14]

Como condutas que configuram o abuso, os autores apresentam o tratamento do voto como mercadoria, a utilização de propaganda vedada por lei ou fora dos limites legais,[15] transporte de eleitores, recebimento de doações vedadas, realização de gastos superior ao declarado e utilização de recursos do candidato sem incluí-lo na prestação de contas.[16] Pedro Henrique Távora Niess afirma que

"a publicidade, de qualquer espécie, feita em desconformidade com as normas pertinentes, que privilegia alguns candidatos em detrimento de outros, caracteriza o abuso de poder da comunicação, e frutifica no abuso do poder econômico. É estimável em dinheiro, considerada gasto eleitoral".[17] E, adiante:

> Toda e qualquer ajuda a determinada candidatura, estimável em dinheiro, que exceda dos lindes previamente traçados pelas normas eleitorais, derive do método mais simples e tradicional ou da técnica mais sofisticada e moderna, caracteriza a utilização do poder econômico de forma abusiva, porque investe contra o equilíbrio possível do certame eleitoral. Se alguém se excede no uso do permitido servindo-se do poder econômico, deste abusa, não obstante seus gastos observem o montante geral preestabelecido: a doação de terrenos, com vistas à obtenção de votos, por exemplo, configura, pelo menos, abuso do poder econômico, ainda quando o valor da doação não ultrapasse o valor licitamente disponível para a campanha do doador.[18]

3 OS REMÉDIOS JURÍDICOS CONTRA O ABUSO

Durante a campanha, o candidato que se beneficia do uso abusivo do poder econômico pode ser afastado do pleito mediante sentença de procedência em ação de investigação judicial eleitoral, prevista nos artigos 19 e seguintes da Lei Complementar nº 64/90.

Esta ação busca a "declaração da ocorrência do fato jurídico ilícito do abuso do poder econômico ou do abuso de poder político, com a decretação da inelegibilidade do candidato para essa eleição e para os três próximos anos", conforme Adriano Soares da Costa.[19]

Os efeitos da decisão em ação de investigação judicial eleitoral, no entanto, não são hábeis a afastar do cargo o ocupante de cargo eletivo. Ela evita que o candidato concorra à eleição ou seja diplomado, mas não serve para cassar o diploma já concedido ou o mandato. Para que isso ocorra, faz-se necessária a propositura de recurso contra a diplomação ou ação de impugnação de mandato eletivo.[20]

Há dois remédios jurídicos para afastar do mandato eletivo o candidato que se elegeu com abuso de poder econômico: o recurso contra a diplomação e a ação de impugnação de mandato eletivo.[21]

O "recurso contra a expedição do diploma" está previsto no artigo 262 do Código Eleitoral. Embora denominado "recurso" e não obstante siga o rito dos recursos eleitorais, trata-se de ação, pois ataca um ato administrativo: a diplomação do candidato. Quando o juiz eleitoral diploma um candidato eleito, certifica o resultado eleitoral.[22] Não se trata de uma decisão judicial, não há lide, não há partes com interesses contrapostos.[23]

Também não é *contra* a expedição do diploma, pois o prazo para a sua propositura – três dias – passa a correr após a diplomação, quando o diploma já foi expedido e entregue ao eleito. São legitimados para a sua propositura candidatos, partidos, coligações e o Ministério Público.

É oponível, entre outras hipóteses, à concessão ou denegação do diploma em manifesta contradição com a prova dos autos nos casos de compra de votos, falsidade, fraude, coação, emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágio vedado por lei, interferência do poder econômico ou abuso de poder de autoridade.

A redação do artigo parece exigir prova pré-constituída para a sua propositura. No entanto, o TSE reconhece, em decisões recentes, a "possibilidade de se apurarem fatos no recurso contra a diplomação, desde que o recorrente apresente prova suficiente ou indique as que pretende ver produzidas, nos termos do art. 270 do Código Eleitoral".[24]

Um dispositivo constitucional (§ 10 do art. 14) fundamenta a ação de impugnação de mandato eletivo – mas não a cria, pois a Lei nº 7493/86[25] e a Lei nº 7664/88[26] já faziam referência a ela. Cabe nas hipóteses de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude. A Constituição exclui o abuso de poder político, previsto anteriormente nas leis referidas. Lauro Barreto, no entanto, defende que o abuso de poder econômico engloba as demais modalidades abusivas: abuso de poder dos meios de comunicação, abuso de poder de autoridade, transgressões pertinentes à origem de valores pecuniários e utilização indevida de veículos para fins eleitorais.[27]

Não há rol de legitimados ativos – o TSE aplica a regra da ação de impugnação ao registro de candidato e não reconhece legitimidade ao "mero eleitor".[28] Aqui se estabelece um debate. Joel Cândido concorda com a restrição feita pela jurisprudência, pois a amplitude da legitimação "não condiz com a dinâmica célere e específica do Direito Eleitoral, enfraquece os partidos, dificulta a manutenção do segredo de justiça e propicia o ajuizamento de ações temerárias".[29] Para Adriano Soares da Costa, esse entendimento assenta em dois pressupostos de natureza bem pouco democrática: (a) o eleitor, ao exercer sua soberania popular, participando da vida política do País, estaria enfraquecendo os partidos políticos; e (b) os partidos políticos, como principais envolvidos no processo eleitoral, não ingressariam com ações políticas (?) ou temerárias, sendo esse mal apenas do eleitor, que teria razões pessoais e passionais para tanto.[30]

Pedro Henrique Távora Niess acentua que a moralidade é o bem jurídico protegido pela ação de impugnação de mandato eletivo e critica a postura do TSE de excluir o eleitor da sua defesa:

> Aceite-se que o legislador possa restringir o rol de legitimados à impugnação do mandato eletivo, relacionando-os, concentrando neles, mormente no Ministério Público, o encargo de defender os interesses da sociedade. Até que o faça, todavia, a restrição não é admissível, notadamente em relação a um dos principais personagens do processo eleitoral: o eleitor.[31]

O prazo para a sua propositura é de 15 dias após a diplomação,[32] segundo a determinação constitucional. O rito da ação, por recente decisão do TSE,[33] é o mesmo da ação de impugnação de registro de candidatura, previsto na Lei Complementar nº 64/90. O segredo de justiça imposto pelo parágrafo 11 do artigo 14 da Constituição é outro ponto polêmico. Torquato Jardim ressalta que o sistema republicano exige publicidade e que não se sustenta eticamente o segredo de justiça na impugnação de mandato eletivo. Coloca uma questão: "[...] como se justifica o segredo de justiça a quem responda por *ato contrário à Constituição e ao regime representativo*?"[34] O entendimento do TSE é de que o processamento da ação de impugnação de mandato eletivo é em segredo de justiça, mas o seu julgamento deve ser público.[35] Para a cassação do mandato não se exige responsabilidade pessoal do eleito pelas práticas abusivas.

Assim já decidiu o TSE:

> Recurso especial. Ação de impugnação de mandato eletivo. Abuso do poder econômico. Responsabilidade do candidato beneficiado. Prescindibilidade. Nexo de causalidade. Matéria fática. 1. A penalidade de perda do mandato, decorrente da procedência da ação de impugnação de mandato eletivo, não possui natureza criminal, sendo mera consequência do comprometimento da legitimidade da eleição por vícios de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude. Precedentes. 2. Configurado o abuso do poder econômico por meio do exame das provas, é irrelevante para a procedência da ação de impugnação de mandato eletivo a comprovação da participação direta dos beneficiários nos atos e fatos caracterizadores da prática ilícita. [...][36]

Além da perda de mandato, a procedência da ação de impugnação de mandato eletivo gera a decretação de inelegibilidade. Essa, porém, exige comprovada participação do candidato no abuso de poder econômico.[37]

Quem faz a diplomação do candidato é competente para processar e julgar a ação de impugnação de mandato eletivo. De sua decisão, cabe recurso ordinário em três dias.

4 CONCLUSÕES

É possível o uso do poder econômico no âmbito eleitoral enquanto e na medida em que não colidir com os princípios republicano e democrático. Ele sempre será, no entanto, um fator a causar desigualdade na disputa, ainda que não seja utilizado "de modo irregular, oculto ou dissimulado".

Existe regulamentação para coibir o uso abusivo de recursos financeiros, mas as normas se mostram incapazes de evitar que a escolha do eleitor seja viciada. A elaboração de novas normas, o financiamento exclusivamente público ou a fixação legal do teto máximo de gastos em campanhas somente podem vir a surtir efeito diante de uma rígida e complexa fiscalização da Justiça Eleitoral.

É de se pensar na publicação diária das doações e gastos eleitorais na internet para a verificação da consistência dos dados lançados e na obrigatoriedade de que as empresas que participam da campanha garantam o fornecimento de bens e serviços para qualquer interessado pelo mesmo valor informado na prestação de contas. O mesmo deve valer para os artistas contratados para showmícios.

A regulamentação da propaganda eleitoral deve ser revista. Fora do campo da ilicitude (compra de votos), a propaganda é o maior instrumento do abuso de poder econômico nas campanhas eleitorais. Sem sombra de dúvidas, o volume e a forma da divulgação da candidatura implica em evidente desequilíbrio entre os concorrentes, beneficiando aqueles com mais recursos.

Combinando a liberdade de expressão com os princípios republicano e democrático, é possível vedar a utilização de faixas e cartazes em postes, bandeiras em esquinas e propaganda em muros e *outdoors*. A divulgação do nome e do número do candidato, eventualmente a foto dele e um *slogan*, pouco agrega ao debate político e em nada colabora com a construção de uma consciência política. O horário eleitoral gratuito possibilita que o eleitor saiba quem são os candidatos que estão concorrendo.

O Tribunal Superior Eleitoral deve considerar o interesse público na lisura do processo eleitoral e na preservação da legitimidade do exercício do mandato e assim aceitar a legitimidade do eleitor para a propositura de ação de impugnação de mandato eletivo. Se a ação for temerária ou de má-fé, responderá o eleitor na forma da lei, como determina o parágrafo 11 do artigo 14 da Constituição.

Deve-se, ainda, dar à sentença da ação de investigação judicial eleitoral, transitada em julgado, força para cassar o mandato eletivo. Se um dos seus efeitos é a inelegibilidade na eleição em que concorre (pois cassa o registro ou o diploma), irrazoável não alcançar o mandato eletivo e exigir a propositura de recurso contra a diplomação ou ação de impugnação do mandato eletivo.

Em uma democracia representativa, inspirada por princípios republicanos, a soberania popular determina a vontade política. Não apenas a manifestação do voto deve ser cercada de garantias, a formação do voto deve ser pura e imaculada. De nada adianta o voto ser eletrônico se a cidadania continuar sendo de papel.

REFERÊNCIAS E NOTAS

[1] RIBEIRO, Fávila. *Abuso do poder no direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 5, 18, 20 e ss.

[2] FERREIRA, Pinto. *Comentários à Lei Orgânica dos Partidos Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 175-176.

[3] "Na tentativa de disciplinar esta disputa é que surgem as prestações de contas das campanhas eleitorais: para que a sociedade possa participar e julgar o processo de financiamento das campanhas e garantir a legitimidade da escolha". SOBIERAJSKI, Denise Goulart S. *Financiamento de campanhas eleitorais*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 30.

[4] BARRETO, Lauro. *Escrúpulo e poder*: o abuso de poder nas eleições brasileiras. Bauru: Edipro, 1995. p. 27.

[5] BARRETO, Lauro. *Escrúpulo e poder*: o abuso de poder nas eleições brasileiras. Bauru: Edipro, 1995. p. 80.

[6] Pode-se construir uma ideia aproximada a partir da conceituação de abuso de direito: "há abuso de direito sempre que o titular o exerce fora dos seus limites intrínsecos, próprios de suas finalidades sociais e econômicas." (AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 208.)

O Código Civil aponta em seu artigo 187 a ilicitude do abuso de direito, ao afirmar que "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Assim como o cidadão pode fazer de seu direito o que quiser, desde que não prejudique terceiros ou extrapole o seu fim econômico ou social, o candidato a um cargo eletivo pode utilizar recursos econômicos para fazer com que sua candidatura e, principalmente, suas propostas sejam conhecidas pelos cidadãos.

Não é permitido, no entanto, que ele utilize do poder econômico para desequilibrar o pleito em seu favor, tirando da disputa seus oponentes.

[7] SILVEIRA, José Neri da. *Aspectos do processo eleitoral*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1998. p. 91.

[8] GARCIA, Emerson. *Abuso de poder nas eleições*: meios de coibição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 15.

[9] NIESS, Pedro Henrique Távora. *Ação de impugnação de mandato eletivo*. Bauru, SP: Edipro, 1996. p. 24.

[10] BARRETO, Lauro. *Investigação judicial eleitoral e ação de impugnação de mandato eletivo*. 2. ed. Bauru, SP: Edipro, 1999. p. 43.

[11] Extrato do voto do relator, Min. Fernando Neves, no Acórdão nº 4.410, julgado em 16.09.2003.

[12] GARCIA, Emerson. *Abuso de poder nas eleições*: meios de coibição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 18.

[13] A não-prestação, a apresentação tardia ou a rejeição das contas de campanhas, isoladamente, não caracterizam abuso de poder econômico segundo o TSE (acórdãos nºs 15.940 de 14.10.99, 481 de 7.5.98 e 15.064 de 30.09.97). Mas um conjunto de irregularidades na arrecadação e aplicação de recursos (como nenhuma contribuição em cheque, falta de movimentação na conta bancária, baixa avaliação de aluguéis) consubstancia o abuso (Acórdão nº 31, de 15.10.98).

[14] Entendimento exposto no Recurso Especial Eleitoral nº 24.325, de relatoria do Min. Caputo Bastos, julgado em 11.10.2004. Neste caso não se discute a potencialidade de alterar o resultado do pleito. A compra de um único voto configura captação ilícita e importa na cassação do registro ou do diploma.

[15] SILVEIRA, José Neri da. *Aspectos do processo eleitoral*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1998. p. 91.

[16] GARCIA, Emerson. *Abuso de poder nas eleições*: meios de coibição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 30-31.

[17] NIESS, Pedro Henrique Távora. *Ação de Impugnação de Mandato Eletivo*. Bauru, SP: Edipro, 1996. p. 27.

[18] _____. _____. p. 103-104.

[19] COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 463.

[20] Esse o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral: " […] ação de investigação judicial julgada procedente após as eleições […]. A jurisprudência da Corte é no sentido de que, mesmo após a diplomação do candidato eleito, subsiste a possibilidade de aplicação da sanção de inelegibilidade de que trata o art. 22, XV, da LC nº 64/90, embora a cassação do diploma esteja condicionada à propositura de recurso contra a expedição de diploma ou ação de impugnação de mandato eletivo […]". Ac. nº 19.701, de 12.08.2003, rel. Min. Carlos Velloso.

[21] CÂNDIDO, Joel J. *Direito eleitoral brasileiro*. 11. ed. Bauru, SP: Edipro, 2004. p. 255.

[22] COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 415.

[23] Esse não parece ser o entendimento de Pedro Henrique Távora Niess, que se refere ao trânsito em julgado da diplomação. *Ação de impugnação de mandato eletivo*. Bauru, SP: Edipro, 1996. p. 46-47.

[24] Recurso Especial Eleitoral nº 20.003, relator Min. Fernando Neves, julgado em 12 de novembro de 2002. No mesmo sentido REspe nº 19.592, de 06.08.2002.

[25] Art. 23. A diplomação não impede a perda do mandato, pela Justiça Eleitoral, em caso de sentença julgada, quando se comprovar que foi obtido por meio de abuso de poder político ou econômico.

[26] Art. 24. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral após a diplomação, instruída a ação com provas conclusivas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude e transgressões eleitorais.

[27] BARRETO, Lauro. *Investigação judicial eleitoral e ação de impugnação de mandato eletivo*. 2. ed. Bauru, SP: Edipro, 1999. p. 74-75. De fato as demais formas de abuso acabam por implicar na utilização de recursos financeiros.

[28] Neste sentido, acórdãos nºs 21.218 (de 26.08.2003), 21.905 (25.03.2003), 498 (25.10.2001).

[29] CÂNDIDO, Joel J. *Direito eleitoral brasileiro*. 11. ed. Bauru, SP: Edipro, 2004. p. 258.

[30] COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 567.

[31] NIESS, Pedro Henrique Távora. *Ação de impugnação de mandato eletivo*. Bauru, SP: Edipro, 1996. p. 56.

[32] Adriano Soares da Costa e Lauro Barreto defendem a contagem do prazo de quinze dias a partir do trânsito em julgado da sentença de procedência da ação de investigação judicial eleitoral. COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 472-473. BARRETO, Lauro. *Investigação judicial eleitoral e ação de impugnação de mandato eletivo*. 2. ed. Bauru, SP: Edipro, 1999. p. 71. O TSE não aceita esse entendimento, pois a ação de impugnação de mandato eletivo não exige propositura prévia da investigação judicial eleitoral nem o sucesso daquela.

[33] Instrução nº 81, de 19 de fevereiro de 2004. Antes disso, a ação de impugnação de mandato eletivo seguia o rito ordinário do Código de Processo Civil, pouco célere e que não raro implicava em perda de objeto até sua conclusão.

[34] JARDIM, Torquato. *Direito eleitoral positivo*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998. p. 177-178. Concorda com esse pensamento Pedro Henrique Távora Niess ao afirmar que "a acusação de ofensa à moralidade nas eleições deveria ser apurada à vista de todos". *Ação de impugnação de mandato eletivo*. Bauru, SP: Edipro, 1996, p. 37.

[35] Acórdão nº 31 (15.10.98), Resolução nº 21.283 (05.11.2002), Acórdão nº 4.318 (25.09.2003). O TRE/PR, não obstante, entende que tanto o processamento quanto o julgamento são protegidos pelo segredo de justiça.

[36] Acórdão nº 15.891, de 11.11.99, relator Min. Maurício Corrêa.

[37] Acórdão nº 15.762, de 17.08.2000, relator Min. Fernando Neves. Segundo Pedro Henrique Távora Niess, "é o abuso de poder, não a via pela qual é arguido, que dá azo à inelegibilidade. [...] haverá inelegibilidade se a AIME for fundamentada em abuso de poder econômico". *Ação de Impugnação de Mandato Eletivo*. Bauru, SP: Edipro, 1996. p. 88.

OS LIMITES DA PUBLICIDADE INSTITUCIONAL OFICIAL[1]

Álvaro Rodrigues Junior

Juiz de Direito em Londrina/PR. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Trata-se de uma contribuição ao estudo dos limites da publicidade dos atos estatais e a sua aplicação em caso de promoção pessoal de agentes públicos. Discorre sobre o conceito de publicidade oficial institucional, os critérios de determinação de promoção pessoal de agentes públicos e as consequências sancionatórias que derivam da promoção pessoal. Conclui que a propaganda oficial que extrapola os limites da permitida publicidade institucional oficial se consubstancia em veículo promocional do agente público, em manifesta afronta ao princípio da impessoalidade, causa lesão ao erário e se configura ato de improbidade administrativa.

Palavras-chave: Publicidade institucional; agente público; promoção pessoal; princípio da impessoalidade; improbidade administrativa.

O presente trabalho pretende ser uma contribuição ao estudo do conceito da publicidade dos atos estatais e a sua aplicação em caso de promoção pessoal de agentes públicos.

Definido o objeto da presente investigação, cumpre dizer que a metodologia adotada levou em consideração, primordialmente, o fato de que a Ciência do Direito é uma ciência prática cujo objetivo é a solução de casos concretos. Daí porque o método deve ser visto, antes de tudo, como o caminho percorrido pelo jurista para chegar à solução do caso concreto.[1]

Em vista disso, procuramos delimitar o âmbito deste trabalho aos seguintes pontos: a) estabelecer o conceito de publicidade dos atos estatais; b) concretizar os conteúdos que fornecem o critério de determinação de promoção pessoal de agentes públicos; c) estabelecer as consequências sancionatórias que derivam da promoção pessoal na hipótese examinada; d) expor a nossa conclusão sobre o tema.

---

[1] Publicado originariamente na *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 27, dez. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao027/rodrigues_junior.html>. Acesso em: 12 jul. 2010.

1 PUBLICIDADE DOS ATOS ESTATAIS

1.1 CONCEITO

A atuação estatal não se compreende senão quando fundada nos princípios da constitucionalidade, legalidade, impessoalidade, moralidade, finalidade e publicidade, sendo este último um dos princípios fundamentais do Estado constitucional. Isso porque, segundo Norberto Bobbio, "o caráter público é a regra, o segredo, a exceção, e mesmo assim é uma exceção que não deve fazer a regra valer menos, já que o segredo é justificável apenas se limitado no tempo, não diferindo neste aspecto de todas as medidas de exceção".[2] Para Gomes Canotilho, a justificação do princípio da publicidade é simples: "o princípio do Estado de direito democrático exige o conhecimento, por parte dos cidadãos, dos actos normativos, e proíbe os actos normativos secretos contra os quais não se podem defender. O conhecimento dos actos, por parte dos cidadãos, faz-se, precisamente através da publicidade.[3]

De conseguinte, não há, nos modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério, pois a publicidade (ou a transparência) no funcionamento dos poderes públicos é um dos pressupostos imprescindíveis para a caracterização de um Estado democrático de direito.

Contudo, consoante a lição de Bobbio, quem justificou de forma mais convincente a necessidade moral da publicidade do governo foi Kant, que definiu como "conceito transcendental do direito público" o seguinte princípio: "todas as ações relativas ao direito de outros homens, cuja máxima não é suscetível de se tornar pública, são injustas". Qual o significado deste princípio? Bobbio responde que, em termos gerais, "uma máxima não suscetível de se tornar pública é uma máxima que, caso fosse tornada pública, suscitaria tamanha reação no público que tornaria impossível sua realização".[4]

Desse modo, se alguém não revela a sua conduta é sinal de que está disposto a realizar ações que, caso sejam conhecidas do público, serão consideradas injustas e até mesmo ilícitas. Daí porque a publicidade é a melhor garantia da moralidade de uma conduta, viabilizando, assim, o exercício popular do controle do poder. Além disso, a publicidade dos atos estatais é pressuposto para o exercício de diversos direitos fundamentais, tais como a gratuidade de determinados serviços públicos, a necessidade de realização de matrícula escolar, a implementação de campanhas vinculadas à proteção da saúde ou de cidadania, entre outras. Nesse aspecto, a chamada publicidade institucional oficial para divulgação de atos, programas, obras, serviços e campanhas consubstancia-se, a rigor, em um dever do administrador.

É certo, também, que não desnatura o caráter informativo da publicidade oficial, o fato de destacar atuações positivas do administrador. Afinal de contas,

não é razoável que os assuntos administrativos cheguem ou não cheguem ao conhecimento do povo na dependência do interesse ou da boa vontade da imprensa. A prática demonstra que a Administração Pública só é notícia em seus aspectos patológicos ou quando não funciona a contento. Isso tem um terrível e grave efeito deletério: como o cidadão recebe apenas notícias negativas a respeito das instituições públicas, acaba tendendo a descrer de todo e qualquer governante, de seus representantes eleitos, da administração pública em geral e, por último, das instituições democráticas.

Verifica-se, desse modo, que a publicidade dos atos, programas, serviços e campanhas dos órgãos públicos, afora consubstanciar-se em um dever do administrador, se revela como verdadeiro direito dos cidadãos, já que propicia um meio de controle popular do poder e fortalece outras dimensões da cidadania.

Por tal motivo, a publicidade, obrigatoriamente, deve-se harmonizar com o princípio da impessoalidade, uma vez que não se revela lícito o administrador utilizar-se da legítima possibilidade de dar publicidade a seus atos para se autopromover, deturpando, assim, a verdadeira finalidade da publicidade institucional oficial, qual seja, educar, informar e orientar, prevista no art. 37, § 1º, da Constituição Federal, nos seguintes termos: "A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos."

Vê-se, portanto, que o texto constitucional impôs rigorosas restrições à publicidade institucional oficial, eis que só a permitiu mediante a expressa observação do princípio da impessoalidade. Sendo assim, a propaganda oficial que ofender tal princípio deixa de ser uma publicidade institucional legítima e assegurada pelo texto constitucional para se revelar em verdadeira promoção pessoal, terminantemente vedada pelo ordenamento jurídico.

1.2 CRITÉRIOS DE DETERMINAÇÃO DE PROMOÇÃO PESSOAL DE AGENTES PÚBLICOS

Diante de tais considerações, impõe-se examinar em que situações a propaganda oficial extrapola os limites da permitida publicidade institucional oficial para se consubstanciar em veículo promocional do agente público, em manifesta afronta ao princípio da impessoalidade.

Com efeito, a hipótese que se revela mais emblemática consiste em propagandas nas quais, a pretexto de apresentar as principais políticas do Governo, são divulgadas manchetes e/ou chamadas com o nome explícito do agente público e, até mesmo, fotografia e/ou vídeo do agente, vinculando, de maneira inquebrantável,

a pessoa dele às realizações efetuadas, como se fosse o responsável direto pelas realizações da Administração Pública. Outro exemplo é o informe publicitário em forma de entrevista com o agente público. Verifica-se, em tais situações, que não se trata de simples prestação de contas, com caráter educativo e informativo, mas, sim, de fatos que servem para "engrandecer" a imagem do agente público, eis que é manifesta a exaltação de eficiência e correção de todos os atos praticados por sua Administração, como se fosse uma conquista pessoal. Portanto, em se tratando de elogios contundentes à Administração Pública, com cunho eminentemente personalístico, a propaganda revela-se como autêntico *marketing* político.

Entretanto, essa conduta é totalmente contrária aos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade, além de situar-se em antinomia com o comando do artigo 37, § 1º, da CF. O dispositivo constitucional em apreço é suficientemente claro: a publicidade oficial deve ter ênfase educativa, informativa ou de orientação social do ato, sendo absolutamente avesso ao referido preceito qualquer tipo de benefício ou proveito individual.

Pouco importa, ainda, o fato de a propaganda oficial ter sido veiculada, por exemplo, em meio de comunicação de reduzido alcance ou com custo relativamente baixo para os cofres públicos. Isso porque o conceito de impessoalidade não pode ser tomado pela metade. Não existe, aqui, meio termo. A conduta não é mais ou menos aconselhável ou menos reprovável porque se trata de um valor irrisório para o ente federativo. Importa acrescentar, ainda, que embora a divulgação fosse custeada pelo próprio agente público, mesmo assim teria que ser proibida.[5]

Por conseguinte, uma vez constatadas as hipóteses supra delineadas, não há que se falar em publicidade institucional, mas, sim, em promoção pessoal, em total afronta ao disposto no art. 37, § 1º, da Constituição Federal.

1.3 CONSEQUÊNCIAS SANCIONATÓRIAS QUE DERIVAM DA PROMOÇÃO PESSOAL

A propaganda oficial que ofender o princípio da impessoalidade deixa de ser uma publicidade institucional legítima e assegurada pelo texto constitucional para se revelar em verdadeira promoção pessoal, terminantemente vedada pelo ordenamento jurídico, por configurar ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 11 da Lei nº 8.429/92.[6] Pode, ainda, configurar improbidade administrativa por lesão ao erário (art. 10 da Lei nº 8.429/92)[7], eis que ao empregar dinheiro público no custeio da publicidade que irá lhe gerar promoção pessoal estará usando, em proveito próprio, a renda da entidade a que presta serviço.

Em tais casos, aplicam-se as sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92, quais sejam: a) ressarcimento integral do dano; b) perda dos bens ou valores

acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância; c) perda da função pública; d) suspensão dos direitos políticos; e) pagamento de multa civil; f) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

Registre-se, porém, o entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual o Juiz não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92, devendo, ainda, observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na fixação de cada uma delas.

CONCLUSÃO

A propaganda oficial que extrapola os limites da permitida publicidade institucional oficial (CF, art. 37, § 1º) se consubstancia em veículo promocional do agente público, em manifesta afronta ao princípio da impessoalidade, e causa lesão ao Erário, configurando, assim, ato de improbidade administrativa, nos termos dos artigos 10 e 11 da Lei nº 8.429/92.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito*: introdução e teoria geral. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia.* 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina.

NOTAS

1. ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito*: introdução e teoria geral. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 375.

2. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia.* 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 100.

3. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional.* 4. ed. Coimbra: Almedina. p. 849.

4. O futuro da democracia..., p. 104.

5. Neste sentido: "Agravo de instrumento. Liminar concedida em ação civil pública para impedir a prefeita do Município de Magé de veicular propaganda tendo seu nome associado às realizações da Prefeitura. O fato de a agravante ter pago por tais propagandas com recursos próprios não as torna legítimas, visto que o artigo 37, § 1º, da CF veda que a propaganda de atos da Administração Pública esteja ligada ao nome dos administradores, como ocorreu no caso em comento, independentemente da origem dos recursos que as custearam. Decisão que se mantém." (TJRJ, 1ª CC, AI nº 2005.002.24526, rel. Desa. Maria Augusta Vaz, julg. em 12.04.2006)

6. "Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições [...]."

7. "Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no artigo 1º desta Lei [...]."

MEMÓRIA

DA PERDA E SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS[1]

Edilson Pereira Nobre Júnior

Juiz Federal do Rio Grande do Norte. Professor do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco.

Estuda os motivos capazes de respaldar a supressão do direito de participar da administração da coisa pública, ora escolhendo os governantes, ora podendo-se apresentar como alternativa à condução da coletividade. Examina, como hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos, as situações de: cancelamento judicial de naturalização; incapacidade civil absoluta; condenação criminal irrecorrível; escusa de consciência; improbidade administrativa; e conscrito. Fundamenta-se na premissa democrática da universalização do sufrágio, afirmando que esta representa o toque de proporcionalidade para conter as ações estatais destinadas a cercear a capacidade eleitoral do cidadão. Ressalta a necessidade de salvaguardar a plenitude da vontade daqueles que pleiteiam a titularidade do exercício do poder político.

Palavras-chave: Direitos políticos; perda; suspensão; hipótese; ocorrência.

1 BREVE INTRODUÇÃO

Emergindo vitorioso da renhida disputa travada com o Papado e os senhores feudais, o rei, amparado pela ideia de soberania, passou a centralizar, em torno de sua pessoa, todos os atributos do poder político. Esse cenário representava a integral e ilimitada subjugação dos indivíduos ao cetro real, equivalendo à supressão de qualquer liberdade ou direito individual frente ao Estado.

Irresignado com a realidade então vigorante, o ideário liberal do Século das Luzes passou a recomendar, com retórica persuasiva, a limitação das competências do monarca, prestigiando, dentre outros postulados, a ideia de soberania popular.

Albergando por embrião a realidade vivenciada pela pólis grega, os manifestos jurídicos dos movimentos políticos ocorridos há duas centúrias, fortemente apegados ao iluminismo de ROUSSEAU, passaram a alvitrar a impostergável implantação do sistema representativo, fazendo deslocar, em prol do povo, a crença

[1] Este artigo foi produzido antes do implemento da Lei nº 12.034/2009. Portanto, não está atualizado em relação as suas alterações legislativas. Publicado originariamente na Revista Doutrina, Natal, 10 set. 1998.

do poder divinatório da monarquia absoluta. Colhe-se, na Seção II, da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 16 de junho de 1776: "Todo poder reside no povo e, por consequência, deriva do povo; os magistrados são seus mandatários e servidores e responsáveis a todo o tempo perante ele". Editada poucos dias após, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 4 de julho do mesmo ano, asseverava:

> Os governos são estabelecidos entre os homens para assegurar estes direitos e os seus justos poderes derivam do consentimento dos governados; quando qualquer forma de governo se torna ofensiva destes fins, é direito do povo alterá-la ou aboli-la, e instituir um novo governo, baseando-o nos princípios e organizando os seus poderes pela forma que lhe pareça mais adequada a promover a sua segurança e felicidade.

Não destoante o toque de universalidade da França Revolucionária de 26 de agosto de 1789: "O princípio de toda a soberania reside essencialmente na Nação. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que daquela não emane expressamente" (art. 3º). Substituiu-se, então, o alvedrio do rei pelo consenso coletivo, cristalizado no sufrágio.

O Estado Brasileiro, surgido no apagar do primeiro quartel do Século XIX, não passou despercebido aos eflúvios da *volonté générale*. O art. 12 da Carta Magna de 25 de março de 1824 proclamava: "Todos estes Poderes no Império do Brazil são delegações da Nação". A tendência obtivera continuidade nas Leis Fundamentais que se seguiram: 1891 (art. 1º), 1934 (art. 2º), 1937 (art. 1º), 1946 (art. 1º), 1967 (art. 1º, §1º) e 1969 (art. 1º).

Na busca de positivar a democracia representativa, surgiu o que se pode denominar de direitos políticos. Conceituando a entidade jurídica, há duas vertentes. A primeira delas, voltada a descortinar o seu sentido lato. Entende a expressão como a utilização, pelo cidadão, dos direitos fundamentais que a democracia lhe assegura. Direito político, acentua Fayt (1988), compreende

> O estudo da estrutura dinâmica, da organização política e suas relações com a sociedade, a ordem e a atividade política, incorporando o método sociológico e político, sem abandonar o jurídico, inerente à disciplina, pela relação funcional do Direito com os demais elementos da estrutura da organização política.

Por sua vez, procedendo-se à análise em busca do seu sentido restrito, ou menos extenso, aporta-se na juridicização do direito de voto pelos cidadãos, na qualidade de titulares da soberania. Compreende duas vertentes principais: a cidadania ativa (direito de escolher os governantes) e a cidadania passiva (direito de ser eleito). Essa concepção, mais estreita, usufrui aqui de preferência, em virtude de melhor harmonizar-se aos propósitos desta célere pesquisa, voltada aos

condicionamentos necessários a que o Estado retire do cidadão o atributo de eleger e ser eleito.

2 O PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE E OS REQUISITOS INERENTES À CIDADANIA

Corolário da democracia contemporânea, a universalidade do sufrágio implica no reconhecimento do direito de votar e, em consequência, do de ser votado, a todos dos indivíduos de um Estado. Fundamenta-o a dignidade da pessoa humana.

Traduz a proscrição do sufrágio restritivo, de maneira que todos os indivíduos podem escolher os seus governantes, salvo quando não preencham os requisitos gerais de capacidade previstos no ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, não se encontrem atingidos por um estado de incompatibilidade previsto normativamente.

Exaltando tal cânon como vetor da democracia contemporânea, diz D'Atena (1996):

O valor comum sobre o qual estão fundadas tais regras é constituído pela igualdade dos cidadãos: pelo assunto, quer dizer, que a habilidade para adotar decisões políticas (ou de concorrer para a adoção delas) não seja apanágio de elites ou aristocracias, mas patrimônio de todos os membros da comunidade governamental. Daqui, a universidade do voto (como princípio de legitimação dos modernos sistemas democráticos).

O postulado logrou acolhida no art. 14, *caput*, §§ 1º e 2º, da Lei Fundamental de 1988, representando tendência majoritária no plano da comparação espacial. Consta de previsão na XV Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, de 27 de fevereiro de 1869, onde se lê: "Nenhum cidadão dos Estados Unidos poderá ser privado do direito de voto pela União ou por qualquer outro Estado com fundamento na raça, na cor ou na anterior condição de escravo". Malgrado essa solene declaração, não se pode deixar de realçar o grandioso papel da Suprema Corte Norte-americana ao forçar a sua implementação fática.

Em 1915, no case Guinn v. United States, 238 U.S. 347, foi reconhecida a inconstitucionalidade da cláusula avoenga (Grandfather Clause), inscrita em várias leis estaduais, por intermédio da qual as pessoas eleitoras, ou descendentes de eleitores a 1º de janeiro de 1867, eram dispensadas da prova de saber ler e escrever. Com isso, muitos brancos iletrados conquistaram o direito de votar, em flagrante desigualdade com os negros, que não poderiam se valer daquela disposição, necessitando serem alfabetizados para votarem. Passados dois anos, invalidou-se

regulamento municipal estabelecendo zonas residenciais segregadas para pessoas de cor (Buchanan v. Warley, 245 U. S. 60).

Uma década mais tarde, em 1927, nulificou lei do Texas que alija os negros das eleições primárias (Nixon v. Herndon, 273 U.S. 536), e outra posterior que, com o mesmo intento, circunscrevia a votação nas eleições primárias aos membros dos partidos políticos estaduais (Nixon v. Condon, 286 U. S. 73). Não obstante, a recusa, emanada do próprio partido político, em aceitar a participação dos negros nas eleições primárias não fora reputada atentado ao *due process of law*, em sua feição substantiva, por este somente proteger o cidadão diante dos atos estatais (Grovey v. Townsend, 295 U.S. 45).

Seguindo o exemplo da grande nação da América do Norte, a Constituição Italiana dispõe, em seu art. 48, § 2º: "O direito de voto não pode ser limitado, exceto por incapacidade civil ou por efeito de sentença penal irrevogável ou nos casos de indignidade moral, indicados pela Lei". O mesmo exemplo é oferecido pela Portuguesa de 1976: "Têm direito de sufrágio todos os cidadãos maiores de dezoito anos, ressalvadas as incapacidades previstas na lei em geral".

Idem a França:

> O sufrágio pode ser direto ou indireto nos termos previstos pela Constituição. É sempre universal, igual e secreto. São eleitores, nas condições determinadas pela lei, todos os nacionais franceses, maiores, de ambos os sexos, no gozo de direitos civis e político". (art. 3º, nºs 2 e 3, da Constituição de 5.10.58).

Adentrando na província dos requisitos gerais para o sufrágio, podemos enumerá-los em três grandes espécies. O primeiro deles diz respeito à nacionalidade. Assim, somente podem votar e ser votados aqueles que detêm, por fato natural ou voluntário, a condição de nacional de determinado estado. Nessa linha, o art. 14, § 2º, da Norma Ápice, é claro em suster não poderem alistar-se como eleitores os estrangeiros.

Coulanges (1975) demonstrara recuar aos tempos mais antigos de Grécia e Roma a vedação da cidadania aos adventícios, inspirada por motivos religiosos. A qualidade de cidadão decorria da participação do homem no culto da cidade, de onde provinham todos os direitos civis e políticos, exigindo os romanos assistisse o indivíduo à cerimônia da lustração. Contrariamente o estrangeiro seria aquele que não tem acesso ao culto, a quem os deuses da cidade não protegem e que não possuem o direito de invocá-los. Essa concepção teocrática, que preponderara na antiguidade, interditava os estrangeiros da cidadania.

Numa posição mais ampla, há quem, como Canotilho (1992), a alvitrar que o princípio da universalidade alberga o condão de, progressivamente, trilhar pela extensão do direito de voto aos cidadãos estrangeiros.

Outra condicionante é o etário. Considerando-se que o ato de votar implica na escolha dos destinos da sociedade, fixam as legislações uma idade a partir da qual se presume o ser humano consciente para o exercício do sufrágio.

A maior parte dos ordenamentos perfilha, na atualidade, a idade de 18 anos como representativa da maioridade eleitoral. Exemplo disto pode-se constatar na Grã-Bretanha (1969), Alemanha Federal, Luxemburgo, Países Baixos (1970); Estados Unidos (Emenda XXVI, 1971), Irlanda (1972), França (1974), Itália (1975), a extinta URSS (1977) e a China (1975). Nossa atual Constituição, mantendo a orientação do art. 108 da Lei Magna de 1934, que reduzira o limite mínimo de 21 anos de 1891 (art. 70), consagrou a idade de 18 anos como obrigatória para o exercício do voto. Em inovação, objeto de censuras, permitiu a outorga, a título de faculdade, do voto aos 16 anos.

Para a definição de qual a idade indicada para o desempenho do direito de voto, concordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, ao afirmar que somente poderá ocorrer quando o eleitor possuir as maioridades penal e civil. São as suas palavras: "Com efeito, não faz sentido considerar que alguém, por falta de maturidade, é inapto para praticar, por si mesmo e sem assistência alheia, ato relativo à sua vida civil, pessoal, particular – e que, inclusive, não a possui sequer para responder por comportamentos gravemente antissociais que pratique (crimes) –, mas que, contraditoriamente, está apto para praticar ato de relevância magna, qual o de eleger os que tomarão decisões que afetarão não apenas a si próprio, mas também aos demais membros da Sociedade" (MELLO, 1996). Imprescindível, portanto, a uniformidade entre as idades indicadoras da capacidade política, civil e penal.

Em terceiro lugar, há a inscrição eleitoral, consistente em ficar o candidato a eleitor inscrito como apto a votar em delimitada circunscrição territorial. Está prevista no art. 14, §1º, da Lei Mor, ao falar no alistamento como operação apta a tornar o nacional cidadão.

Durante vários anos, a Democracia Representativa conviveu com o dilema do voto feminino, funcionando outrora o sexo como elementar genérica da aptidão de votar.

O reconhecimento inicial da participação das mulheres nas votações constou de Lei Estadual americana de 1869, cujo anseio fora, meio século depois, captado pela Emenda XIX, de 5.6.19, ratificada em 26.8.20, ao solenizar: "Nenhum cidadão dos Estados Unidos poderá ser privado do direito de voto pela União ou por qualquer Estado com fundamento no seu sexo". A tendência logo fora seguida pela Dinamarca (1915), Grã-Bretanha (1918), URSS (1918), Alemanha (1919), Espanha (1931), França (1944), Itália (1945), Argentina (1947), Bélgica (1948), Suíça (1971) e Liechetenstein (1984).

No solo patrial, alegra-nos a circunstância de haver a Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte, no uso de competência residual que lhe conferia o art. 65, § 2º, da Constituição de 1891, aprovado emenda proposta pelo deputado Adauto da Câmara, alçando-se pioneiramente no ideal de igualdade política entre os sexos. A proposta transformou-se no art. 77 das Disposições Gerais da Lei Estadual Eleitoral, assim redigido: "No Rio Grande do Norte, poderão votar e ser votados, sem distinção de sexos, todos os cidadãos que reunirem as condições exigidas por esta lei" (CÂMARA, 1997). Depois, a conquista veio a figurar no Código Eleitoral aprovado pelo Decreto nº 21.076, de 24.2.34, passando a habitar o art. 108, *caput*, da Lei Máxima de 1934.

3 A UNIVERSALIDADE DO SUFRÁGIO, A PERDA E A SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS

Permitindo a imposição de requisitos gerais à cidadania, o sufrágio universal destinou-se, como visto, a servir de importante mecanismo de combate à experiência do sufrágio restrito, ou qualificado, reservado a pessoas portadoras de algumas qualidades distintivas da maioria, tais como riqueza (sufrágio censitário) e certo grau de instrução (sufrágio capacitário). Sobre essa mudança no modo de participação dos cidadãos no governo, verificada na Península Itálica depois de 1945, afirma Cuocolo (1996):

> Mas a passagem do sufrágio restrito ao sufrágio universal não tem somente uma relevância quantitativa; tem também um evidente significado qualitativo e assinala a etapa da passagem do Estado oligárquico do primeiro constitucionalismo ao Estado democrático contemporâneo.

Isso não quer dizer que não se admita a vedação a certos sujeitos, em razão de suas condições de saúde, ou de seu proceder na comunidade, do acesso ao exercício dos direitos às cidadanias ativa e passiva.

Em contrapartida, duas advertências não podem ser desprezadas por força do arquétipo moldado pela consagração do sufrágio universal. Não perder de vista, inicialmente, que a proclamação inserida no pórtico do art. 15 da Constituição, denotando, de regra, ser proscrita a cassação dos direitos políticos, faz com que a interpretação das causas de perda e suspensão seja desenvolvida restritivamente, sem ampliações capazes de cercear o *status* de cidadão.

Exemplo recente dessa tendência se acha retratado na ADInMC nº 1.805/DF, no qual se questionara o art. 14, § 5º, da Constituição Federal, recentemente alterado pela Emenda Constitucional nº 16/97, para permitir a reeleição, por mais um só mandato, dos chefes dos Poderes Executivo da União, Estados e Municípios. O Supremo Tribunal Federal, depois de conhecer da ação, asseverando que a

fiscalização abstrata da constitucionalidade de emenda ao texto magno só é admitida na hipótese de violação ao seu art. 60, § 4º, indeferiu medida liminar, requerida com a finalidade de se aplicar o dispositivo questionado em harmonia com a cláusula de renúncia prevista no imediatamente posterior § 6º. Ponderou o Excelso Pretório, à primeira vista, ser inadmissível interpretar-se a Constituição de maneira a criar limitação de direito político (cidadania passiva) não acolhida expressamente.

Em segundo lugar, compete ao legislador, quando a sua intervenção complementar for requestada, atuar em compasso com o *standard* da proporcionalidade, evitando cerceios ou restrições desnecessárias.

As causas de perda e suspensão dos direitos políticos constituem o objeto principal deste breve ensaio. Gozando, sem ressalva, de foro constitucional, são elas o(a): a) cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; b) incapacidade civil absoluta; c) condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem os seus efeitos; d) recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; e) improbidade administrativa.

Os termos perda e suspensão diferem por a primeira ser definitiva, representando privação absoluta, enquanto a segunda é temporária, podendo ser chamada de privação relativa. A Constituição, ao contrário dos ordenamentos de 1934, 1937 e 1946, não indicou quais as circunstâncias de perda ou de suspensão. Partindo-se da natureza de cada uma delas, podemos, principalmente depois da Lei nº 8.239/91, sustentar que, com exceção do cancelamento de naturalização, todo o elenco do art. 15, III, configura supressão provisória da capacidade política.

Passemos, nas próximas linhas, ao exame em separado de cada uma das hipóteses citadas.

4 CANCELAMENTO JUDICIAL DE NATURALIZAÇÃO

De início, há perda dos direitos políticos quando estrangeiro, por sentença passada em julgado, tem cancelada a sua naturalização.

Reputada requisito genérico da capacidade política, a perda da condição de nacional sempre consistiu, entre nós, em causa de supressão daquela. Assim dispunha o art. 7º, I, da Carta Imperial, sobre aquele que se naturalizar em país estrangeiro. Posteriormente, a Constituição de 1934, no seu art. 111, a, previa tal medida para aqueles que, por manifestação de sua vontade, viessem a adquirir outra nacionalidade, aceitassem pensão, emprego ou comissão remunerados de governo estrangeiro, sem autorização do presidente da República, ou tivessem por judicialmente cancelada a sua naturalização, por exercer atividade social ou política

nociva ao interesse nacional. Foi seguida pelas Constituições de 1937 (art. 118, *a*), de 1946 (art. 135, § 2º, I), 1967 (art. 144, II, *a*), e sua Emenda Constitucional nº 1/69 (art. 149, § 1º, *a*, e § 2º, *a*).

A Lei Básica em vigor, contrariamente, não enumerou, como motivo para a perda da cidadania, a aquisição de outra nacionalidade, fora das exceções do seu art. 12, § 4º, II (reconhecimento de nacionalidade originária pela lei brasileira e naturalização forçada), que, por igual, é reputada como hipótese de perda da condição de nacional.

Sem embargo dessa omissão quanto ao art. 15 do escrito sobranceiro, sou da opinião de que ela desemboca, igualmente, na privação absoluta dos direitos políticos. Isso porque, às expressas, o constituinte excluiu da cidadania os estrangeiros (art. 14, § 2º e § 3º, I). Cai por terra, assim, o argumento de sustentar-se a permanência dos direitos de votar e ser votado porque a sua extinção adviria implicitamente de labor exegético. Da mesma forma, a posterior prova da nulidade da naturalização, obtida por falsidade ideológica ou material, também importará no mesmo resultado.

Disciplinando o procedimento judicial aplicável ao cancelamento da naturalização, vigora, recepcionada pelas várias experiências constitucionais que lhe sucederam, a Lei nº 818, de 18.9.49.

Àquele precede inquérito, instaurado mediante requisição do Ministro da Justiça, ou representação de qualquer pessoa, dirigidas à autoridade policial. Em ambas as situações, é necessária a descrição pormenorizada da atividade reputada detrimentosa ao interesse público.

Concluído o informativo, será remetido ao Judiciário, sendo competente o juízo federal do domicílio do representado, cujo titular determinará a abertura de vista ao Ministério Público Federal que, no prazo de cinco dias, decidirá pela instauração do feito, ou por requerer o arquivamento das peças. Nessa hipótese, havendo discordância do julgador, os autos serão remetidos ao procurador-geral da República, a fim de ratificar a manifestação anterior, ou indicar outro membro do *Parquet* para iniciar a ação.

Recebida a inicial, que a lei denomina de denúncia, designar-se-á dia e hora para a qualificação do réu, o qual será citado pessoalmente, tendo lugar, caso não encontrado, a expedição de edital com o prazo de 15 dias. Não comparecendo injustificadamente, prosseguir-se-á o feito à sua revelia, com a nomeação de curador.

Uma vez qualificado, o denunciado terá o prazo de cinco dias, independente de nova intimação, para apresentar defesa, oportunidade em que poderá protestar pela produção das provas que julgar necessárias. O contraditório e a ampla defesa

recomendam aqui que o dirigente do feito não se adstrinja à mera qualificação do réu, por meio do conhecimento dos seus dados pessoais, o que já pode haver sido diligenciado com a exordial, mas a lídimo interrogatório, auscultando-lhe sobre os fatos que lhe são imputados.

Nos vinte dias seguintes, o juiz passará à fase de colheita das provas cuja produção for deferida, ou determinada *ex officio* pelo magistrado, inclusive com a inquirição de testemunhas, findo o que as partes ainda poderão requerer diligências suplementares em 48 horas.

Ultimada a instrução, será, sucessivamente, aberta vista dos autos às partes pelo prazo e três dias, indo, em seguida, os autos conclusos ao magistrado que, dentro do decêndio imediatamente posterior, procederá em audiência, com a presença das partes, à leitura da sentença.

A decisão que importar no cancelamento da naturalização desafiará apelação, sem efeito suspensivo, a ser interposta no prazo de quinze dias da audiência onde ocorreu a sua leitura. Embora fale a lei no recebimento do inconformismo apenas com eficácia devolutiva, a extinção dos direitos políticos ainda terá de aguardar o trânsito em julgado, *ex vi* de injunção constitucional. Improcedente o pedido, igual direito caberá ao Ministério Público Federal.

Ocorrendo o trânsito em julgado, remeter-se-á cópia da decisão ao Ministério da Justiça, a fim de ser apostilada a circunstância em livro especial de registro, bem como ao juízo eleitoral em que inscrito o réu, dado que deverá, para maior presteza, ser colhido quando da sua qualificação. Remata-se possuir a sentença valor por si mesma, sendo desnecessária nova ação para estender-lhe os seus efeitos no plano político.

Cuida-se de perda de direitos políticos, em vez de sua mera suspensão, porquanto, transitada em julgado a sentença, o retorno ao estado anterior dependerá unicamente da procedência de ulterior ação rescisória, cujo prazo de propositura se esgota em dois anos.

Por sua vez, diz o art. 35, §§ 1º e 2º, da Lei nº 818/49, que a nulidade do ato de naturalização será buscada em ação, com o rito anteriormente descrito, a ser promovida, no prazo de quatro anos a partir da entrega do certificado, pelo Ministério Público Federal ou por qualquer cidadão.

5 INCAPACIDADE CIVIL ABSOLUTA

Em segundo lugar, vem a incapacidade civil absoluta. Bastante razoável o propósito da tradição de nossa história constitucional, tendo em vista que uma pessoa que não se encontre, por motivos físicos ou mentais, com o discernimento

médio para o exercício pessoal dos atos da vida civil, obviamente está incapacitada de decidir os destinos do todo.

Fora prevista, originariamente, pela Constituição de 1824 com a denominação de incapacidade *physica* (art. 8, I), passando, com mudança de nomenclatura, às pósteras de 1934 (art. 110, *a*), 1937 (art. 118, *a*), 1946 (art. 135, § 1º, I), 1967 (art. 144, I, *a*) e Emenda Constitucional nº 1/69 (art. 149, § 2º, *a*).

Quanto aos primeiros, impende salientar que o art. 5º, II, do Código Civil, ao utilizar a infeliz expressão loucos de todo o gênero, causadora de acerbas críticas doutrinárias, sofrera modificação com o Decreto nº 24.559, de 3.7.34. Com este diploma, o enfermo não é, por tal condição, reputado absolutamente incapaz. Atento ao seu art. 26, o magistrado, louvado na prova pericial, poderá considerá-lo como absoluta ou relativamente incapaz.

A suspensão dos direitos políticos dependerá, exclusivamente, dos limites contidos na sentença de interdição. No Direito Português, diversamente, estão proibidos de votar tanto os interditados por sentença com trânsito em julgado como os de demência notoriamente reconhecida, mesmo não julgados interditos por ato judicial, desde que internados em estabelecimento psiquiátrico ou como tais declarados por uma junta de dois médicos.

Não possuindo educação suficiente para manifestar a sua vontade, o surdo-mudo se encontra inserido no art. 5º, III, do Código Civil, como incapaz para os atos da vida civil, sendo passível de interdição. Apesar de rotulado como titular de incapacidade absoluta, não se pode perder de vista o art. 451 do mesmo diploma, ao mencionar que o juiz, segundo o desenvolvimento mental do interditando, assinará os limites da curatela. Isso implica dizer que a interdição poderá ser parcial e, caso não haja referência à impossibilidade de votar, descabe a privação dos seus direitos políticos.

Questão interessante é a de saber quando começa a incapacidade. Melhor dizendo: qual o momento em que ocorre a restrição imposta pela Constituição, o da prolação da sentença, ou o do surgimento do mal incapacitante? A primeira opção se nos afigura correta. É certo vir a jurisprudência, não obstante a consideração, a princípio, do caráter constitutivo negativo da decisão, conferindo a esta componente eficacial *ex tunc*, para reconhecer a nulidade de atos jurídicos praticados pelo interditando, desde que demonstrada a sua contemporaneidade com a enfermidade. Porém, tal se justifica apenas quando estiver em jogo postura de disposição patrimonial, apresentando-se descabida no que concerne à capacidade eleitoral por importar na ampliação tácita das ressalva desta, gizadas somente em casos expressos pela Constituição. Essa solução mereceu a preferência do saudoso Superior Tribunal de Justiça Eleitoral no Recurso Eleitoral nº 250, de junho de 1937.

Não se faz necessário o trânsito em julgado, incidindo a redação do art. 1.184, primeira parte, do CPC. A produção de efeitos imediatos se justifica pela possibilidade de o demente, ou surdo-mudo, ainda se apresentando titular de cidadania passiva, assumir cargo em virtude de eleição, causando sérios prejuízos à comunidade. Ademais, a Constituição falou em incapacidade, capaz de ocorrer com o distúrbio mental ou a surdo-mudez, não exigindo a mudança de estado pela interdição. Neste particular, o extinto Tribunal Federal de Recursos, na AC nº 44.627/MG18, deliberou que a sentença de interdição, defluente de processo no qual é preservado o contraditório, produz efeitos imediatos e *erga omnes*, inclusive perante a administração pública, a fim de acobertar a presunção *juris et de jure* de nulidade dos atos posteriormente levados a cabo pelo funcionário interdito.

A ausência, também catalogada como figura de incapacidade absoluta, não tem relevância para o direito eleitoral. A sua regulação pela legislação civil é restrita aos aspectos patrimoniais, não chegando sequer a refletir-se no plano familiar. Da mesma forma, não deve servir de empecilho a que o ausente vote ou seja votado. O fato de não mais se fazer presente no local onde antes se estabelecia, em nada impede que venha a sufragar noutra circunscrição deste país de extensão continental.

A incapacidade gera a suspensão dos direitos políticos, a qual cessará com o levantamento da interdição.

6 CONDENAÇÃO CRIMINAL IRRECORRÍVEL

A condenação por infração penal é sinal idôneo a expressar comportamento reprovável do cidadão, suficiente para torná-lo provisoriamente indigno da gestão dos negócios públicos. Calha à fiveleta dito de José Alfredo de Oliveira Baracho:

> A privação do direito de votar pode assentar-se no comportamento indigno e irresponsável. Ocorre o impedimento quando a pessoa é condenada por crimes ou certos delitos do direito comum. É excluído temporariamente do corpo eleitoral.

A causa constou de todas as nossas Constituições. A de 1824 (art. 8, II) enunciava, a título de suspensão do exercício dos direitos políticos, a condenação à prisão, ou degredo. As Constituições de 1891 (art. 71, § 1º, *b*), 1934 (110, *b*), 1937 (118, *b*), 1946 (art. 135, § 1º, II), 1967 (art. 144, I, *b*), e Emenda Constitucional nº 1/69 (art. 149, § 2º, *c*), sem exceção, falavam em condenação criminal, enquanto durarem os seus efeitos. A atual foi expressa em incluir a expressão transitada em julgado, muito embora tal se depreendesse do princípio da presunção de inocência, integrante do sistema de direitos individuais implícitos, inaugurado, entre nós, pelo art. 150, § 35, da Lei Maior de 1967.

Tormentosa contenda tem a ver com a pertinência da medida às condenações acompanhadas de sursis, tendo assomado ao proscênio largo debate jurisprudencial. Alterando posição que mantinha antes da Emenda Constitucional nº 1/69, responsável pela referência, no art. 149, § 3º, da necessidade de lei complementar como necessária para dispor sobre a especificação, o gozo, o exercício, a perda ou suspensão de todos e de parte dos direitos políticos, o Supremo Tribunal Federal firmou posição no sentido da impossibilidade da condenação, na qual o condenado fora beneficiado com a suspensão condicional da pena, importar o desprestígio da condição de cidadão, por o dispositivo que preveria tal sanção não ser autoaplicável.

Ao depois da promulgação da Constituição de 1988, novamente a indagação passou a render controvérsias. Às voltas com o problema, o Tribunal Superior Eleitoral, no Recurso nº 11.562/SP entendeu, a despeito da diversidade de fundamentos de seus membros, pelo afastamento da restrição nas condenações criminais em que o sursis está presente. De início, o relator originário, Min. Carlos Velloso, acatando parecer ministerial, lançado em compasso com a decisão vergastada, advinda do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, destacou a aplicação plena e automática do art. 15, III, da CF. Divergindo, o Min. Marco Aurélio, assentou que, estando-se em jogo direito inerente à cidadania, não se concebia emprestar ao dispositivo constitucional analisado alcance elástico, mas sim restrito. Por isso, somente enxergava razoável acarretar o julgamento criminal a suspensão dos direitos políticos quando, em consequência, importasse na custódia do condenado. Traçando paralelo com a CLT, advogara que aqui dever-se-ia aplicar o mesmo entendimento que influenciara o legislador celetário a plasmar a justa causa do seu art. 482, d. Tornando maioria a discordância, manifestaram a esta adesão os Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Sepúlveda Pertence e Diniz de Andrada.

Noutra assentada, reproduziu o Tribunal Superior Eleitoral, já agora sem discrepâncias, o mesmo ponto de vista no Agravo de Instrumento nº 12.537/PR, movendo-se tanto em face da antinomia entre a suspensão condicional da pena e o art. 15, III, da Lei Máxima, quanto por este não prescindir de regulamentação.

Submetido o assunto ao Supremo Tribunal Federal no RE nº 179.502/SP, foi proferida a seguinte deliberação:

> Condição de elegibilidade. Cassação de diploma de candidato eleito vereador, porque fora ele condenado, com trânsito em julgado, por crime eleitoral contra a honra, estando em curso a suspensão condicional da pena. Em face do disposto no artigo 15, III, da Constituição Federal, a suspensão dos direitos políticos se dá ainda quando, com referência ao condenado por sentença criminal transitada em julgado, esteja em curso o período da suspensão condicional da pena. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Preponderaram os argumentos do voto do digno relator, espancando, de uma só vez, as dúvidas existentes em torno da incidência do art. 15, III, da CF, frente às sentenças penais que contêm suspensão condicional. Frisara S. Exa. que os votos que conduziram à maioria do dispositivo contido no aresto impugnado resultaram da manifestação de teses díspares, engendradas pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio. O primeiro pôs-se a sustentar a necessidade de combinação entre os art. 15, III, e o art. 55, IV e VI, e §§ 2º e 3º, da Lei Magna, para, depois de conciliá-los sistematicamente, concluir pelo caráter *non self executing* daquele.

Segundo o Min. Sepúlveda Pertence, a circunstância do art. 55, ao disciplinar as causas de perda do mandato parlamentar, inseridas dentre estas a perda dos direitos políticos (inciso IV) e a condenação criminal com trânsito em julgado (inciso VI), remetendo a sua efetivação mediante a declaração da Mesa da Casa Respectiva, ou da maioria absoluta da Câmara ou do Senado, desnaturaria a natureza de aplicabilidade plena do art. 15, III, tornando indispensável admitir que a lei federal prevista no art. 22, XIII, venha a "prever hipóteses conforme a natureza e a gravidade da infração penal e da pena aplicada, em que a condenação criminal não acarretará a suspensão de direitos, nem consequentemente a perda automática do mandato eletivo, que acaso detenha o condenado".

Em contradita, o relator afirmara que o problema posto emanava de aparente conflito de normas propiciado pela generalidade do art. 15, III, frente à especialidade do art. 55, IV e VI, §§ 2º e 3º. Sendo assim, louvado na ensinança de Norberto Bobbio, ministrado em sua Teoria Geral do Ordenamento Jurídico, propôs, ante a existência de antinomia total-parcial, a adoção do critério da especialidade, em face do qual a norma especial circunscreve, nos limites de seu âmbito, a abrangência da lei geral. Portanto, não há que se duvidar da autoaplicabilidade do art. 15, III, cuja imperatividade é afastada tão somente nos casos do art. 55, IV e VI, de alcance restrito a parlamentares.

Doutro lado, afastou-se a escusa suscitada pelo Min. Marco Aurélio, voltada à compreensão de que, por imperativo lógico, a suspensão de direitos políticos decorrente de condenação criminal somente deveria ocorrer quando houvesse o efetivo cumprimento da pena, com a clausura do condenado, tornando-se sem sentido na hipótese de sursis.

Embasara-se o relator no fato de que, já agora influenciado pelas lições de Pontes de Miranda (Loc. cit., p. 575-576) e de Frederico Marques (Tratado de Direito Penal, v. 3, 2. ed., p. 161-162), a *ratio essendi* da sanção política não se centrava na privação da liberdade, como acontecia na Constituição Imperial, ao referir-se à condenação, à prisão ou ao degredo. Diferentemente, moveu-se o constituinte de 1988 por razões de ordem ética, tornando o condenado indigno, pelo tempo em que expiar a pena, do *jus suffragii*.

Aduzira, igualmente, ser essa, conforme se nota de referências contidas no julgado publicado na RTJ 61/581, a orientação tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Tribunal Superior Eleitoral antes do advento da Emenda Constitucional nº 1/69, que exigira, no art. 149, § 3º, do Texto Magno, lei complementar à espécie.

O entendimento firmado no RE nº 179.502/SP merecera ratificação pela Corte Excelsa no Ag. Reg. no Recurso em Mandado de Segurança nº 22.470/SP:

> Suspensão de direitos políticos. Condenação penal irrecorrível. Subsistência de seus efeitos. Autoaplicabilidade do art. 15, III, da Constituição. A norma inscrita no art. 15, III, da Constituição reveste-se de autoaplicabilidade, independendo, para efeito de sua imediata incidência, de qualquer ato de intermediação legislativa. Essa circunstância legitima as decisões da Justiça Eleitoral que declarara, aplicável, nos casos de condenação penal irrecorrível – e enquanto durarem os seus efeitos, como ocorre na vigência do período de prova do sursis –, a sanção constitucional concernente à privação de direitos políticos do sentenciado. Precedente: RE nº 179.502/SP (Pleno), rel. Min. Moreira Alves. Doutrina.

Manifestando opinião sobre a matéria, tenho por correto falar na aplicação imediata do art. 15, III, da CF, por este dispensar, ao contrário do art. 149, § 3º, da Constituição pretérita, a *interpositio legislatoris*. Igualmente, por não se encontrar indissoluvelmente vinculado ao art. 22, XIII, que se cinge a outorgar competência à União para suplementar a obra do Constituinte nas omissões concernentes à cidadania e nacionalidade, do que não se ressente a hipótese, visto portar compleição de conteúdo.

A despeito disso, guardo reservas em parte à orientação da Corte Suprema, principalmente por sensibilizar-me, à luz de norte exegético indicado pela universidade do sufrágio, o raciocínio tecido pelo Min. Marco Aurélio, voltado à direção de que, embora autoaplicável, o art. 15, III, da Lei Maior, deve ter seu raio de ação contido em função da gravidade da transgressão à paz social, provocada pelo condenado.

Somente discordo de S. Exa. num ponto: a suspensão condicional não deve constituir discrímen para se aferir a menor reprovação do comportamento do eleitor frente à comunidade, afastando a mácula ética que o tornaria indigno de eleger os seus governantes, ou de representar os seus concidadãos. Isso por uma razão: vários delitos, entre os quais os perpetrados contra a fé pública e a administração pública (arts. 289 a 359), pela cominação de pena mínima inferior a dois anos, são suscetíveis de sursis, sem embargo de, doutro lado, quebrantarem de tal modo a confiança da sociedade em seus agentes, de modo a revesti-los da condição de indignidade incompatível com a participação no governo, quer direta ou indiretamente. À guisa de exemplo, ter-se-ia que alguém que fabricasse, para terceiros, aparelho destinado à falsificação de moeda (art. 291), ou cometesse as ações tipificadas como falsidade

de documento público (art. 297), falsidade ideológica (art. 299), emprego irregular de verbas ou rendas públicas (art. 315), concussão (316), corrupção passiva (art. 317) etc., poderia, vindo a beneficiar-se com a suspensão da pena, votar e ser votado, podendo, em tese, assumir cargos no Executivo e no Parlamento.

Alvitro, portanto, que, demais da natureza de aplicabilidade plena de que é portador, o art. 15, III, da Lei Fundamental, deve ter o seu alcance reduzido, excluindo-se do seu âmbito, os crimes praticados com culpa *stricto sensu*, uma vez que a postura do seu autor não se reveste de ultraje inconciliável com a condução da boa gerência da coisa pública, por ausente o expressivo escopo de delinquir.

O postulado da universalidade do sufrágio, como visto, constitui diretriz impostergável a conduzir o exegeta na interpretação das causas de sua privação, a recomendar, quando do cotejo da *fattispecie* constitucional com os institutos complementares da legislação ordinária, a abolição de inteligências que descurem da regra da proporcionalidade. Imperioso, destarte, afastar-se os despojamentos desnecessários e desarrazoados.

A província da medida extrema deverá, então, adstringir-se aos crimes dolosos, em cuja perpetração permeia a intenção do autor em querer o resultado (dolo direto) ou de assumir o risco de produzi-lo (dolo eventual). Somente nestas hipóteses emerge o padrão de reprochável apto a justificar fique alguém afastado da condução dos negócios políticos.

Também de ser afastada a sanção quando se estiver diante de contravenções, ou de crimes que, apesar de dolosos, a pena máxima cominada não superar um ano, porquanto o art. 61 da Lei nº 9.099, de 26.9.95, seguindo recomendação constitucional (art. 98, I, CF), reputou-os como infrações penais de menor potencial ofensivo. Isso implica em corretamente afastar da perda da capacidade política a condenação a penas restritivas de direitos (arts. 43 e 44, CP) e multa substitutiva (art. 60, §2º, CP).

Nessas situações, a condenação não induzirá a suspensão dos direitos políticos, ainda que acompanhada da suspensão condicional da pena, não em razão desta, mas pelo pequeno grau de reprovabilidade do eleitor.

A concessão, ao depois da aceitação do acusado de proposta do Ministério Público, da suspensão do processo, prevista na citada Lei nº 9.099/95 (art. 89), em nada poderá afetar os direitos da cidadania pelo simples fato de ocorrer antes do proferimento de sentença condenatória.

A suspensão de direitos políticos, na forma do art. 15, III, da Norma Ápice, não se confunde com o efeito específico da condenação, referido pelo art. 92, I, letras *a* e *b*, do Código Penal. Em primeiro lugar, por aquele não depender de

menção específica e motivada no corpo da decisão, ao contrário do que, quanto ao último, dispõe parágrafo único do art. 92 do Estatuto Repressivo. Para a sanção constitucional basta a decisão condenatória, sendo despiciendo se o juiz declare ou não a suspensão dos direitos políticos. Doutro lado, o instituto infraconstitucional possui campo de incidência menor, conforme os crimes e penas aplicadas a que se refere. Em terceiro lugar, enquanto a norma magna reporta-se às cidadanias ativa (direito de votar) e passiva (direito de ser votado), com a consequente perda do mandato eletivo, a legislação penal produz apenas a perda do cargo ou função pública, ou do mandato eletivo, com a observação, quanto a esse, da formalidade exigida pelo art. 55, § 2º, da Constituição.

A concreção do art. 15, III, depende unicamente do édito judicial condenatório. Mister, no entanto, o seu trânsito em julgado. Excepcionalmente o Supremo Tribunal Federal, vislumbrando o caráter eminentemente procrastinatório de embargos de declaração, interpostos reiterada e injustificadamente, subsumiu como inadequado o comportamento processual do condenado e permitiu, de conseguinte, a imediata execução do aresto hostilizado, tanto no que concerne à privação da liberdade de locomoção quanto à supressão temporária dos direitos políticos, inclusive com a perda do mandato eletivo por aquele titularizado.

Nenhuma dúvida resta a saber, na hipótese do condenado criminalmente exercer mandato legislativo federal, estadual ou municipal, no que concerne à competência do órgão parlamentar para a decretação da perda do mandato, logo após receber do Judiciário a devida comunicação. A este respeito é expresso o art. 55, § 2º, da CF, cuja extensão aos estados e municípios é determinada pelos seus arts. 27, § 1º, e 29, IX.

Impende indagar, por sua vez, se tal atribuição do Legislativo também permanece no tocante à perda do mandato de exercente de cargo no Executivo, ou se a decisão da Justiça, ao suspender os direitos políticos do condenado, seria suficiente, só por só, para implicar no efeito mencionado. A incerteza ganhou maior densidade após a decisão unânime do Tribunal Superior Eleitoral no Resp nº 15.108/GO. Nessa oportunidade, discutia-se acerca da legitimidade da acolhida, pelo Tribunal Regional Eleitoral de Goiás, de recurso contra a diplomação interposto pelo fato do diplomado haver sofrido condenação criminal, pelo prazo de quatro anos de reclusão, em face do cometimento do delito de homicídio.

O relator, Min. Maurício Côrrea, levando em consideração cediça jurisprudência, ora indicada pelo recorrente, ora referida no seu voto, acolheu a diretriz de que a inelegibilidade superveniente somente tem sua suscitação admissível quando verificada ao depois do registro e antes da diplomação. Dessa maneira, como a condenação somente transitara em julgado posteriormente ao recurso, este não poderia restar provido, haja vista não ser possível falar-se em vício

da diplomação quando à época desta aquele ainda não existia. Em vista disso, o dispositivo do acórdão, conforme moldado pela relatoria, foi pelo conhecimento e provimento da irresignação, com a finalidade de reformar a decisão *a quo*. Ao final de seu voto, S. Exa. teceu fundamentação, consoante a qual, forte na singularidade do trânsito em julgado da sentença após a diplomação e a posse, faleceria ao Poder Judiciário a competência para a cassação do mandato, a teor do disposto no art. 55, § 2º, da CF, cuja eficácia deveria operar em razão de simetria a ser preservada, de boa ordem, no âmbito dos entes federados. Por isso, tocaria à Câmara Municipal decidir da perda do mandato de Prefeito do recorrente.

Algumas ponderações comporta esse entendimento. Apesar do conhecimento e provimento do recurso, a fim de manter-se a diplomação pelo não reconhecimento de inelegibilidade posterior, haver resultado do consenso dos membros do Tribunal Superior Eleitoral, no particular do segundo fundamento invocado, surgiram discordâncias. A primeira delas foi a do Min. Eduardo Alckmin que, a despeito de acompanhar o voto do relator, absteve-se de adentrar no exame da competência da Câmara Municipal para a decretação da perda de mandato. Depois, veio a lume a do Min. Ilmar Galvão, ao asseverar a não existência de norma, seja constitucional, ou legal, a atribuir ao Legislativo o poder de decidir a perda de mandato do Poder Executivo, a exemplo do que ocorre com os demais membros do Parlamento. Esse ponto de vista – acentue-se – está em sintonia com o voto-condutor do Min. Moreira Alves no já citado RE nº 179.502-6/SP, ao proclamar que a norma do art. 55, § 2º, da Lei Maior, é específica frente ao comando genérico do art. 15, III, do mesmo diploma, somente regulando a perda de mandato de parlamentares em razão de condenação criminal.

Noutro passo, a lição doutrinária de Silva (1996), invocada pelo Min. Maurício Côrrea, com a merecida vênia, não se presta para a explicação do problema. Transcorria o ilustre professor sobre o poder-dever de aplicar a sanção do art. 83 da CF, ao vedar o presidente e o vice-presidente da República de se ausentarem do país por mais de quinze dias, sem licença do Congresso Nacional, pena de perda do cargo. Entendia, ante a omissão da Constituição, que, por tratar-se de questão política, a verificação do cumprimento da regra seria apanágio natural do Parlamento, porque este é o órgão competente para a autorização exigida.

Cuida-se de situação absolutamente diferente a do art. 15, III, representativa de consequência automática de julgamento do Poder Judiciário, sem necessidade, salvo a especificidade do art. 55, § 2º, de ulterior pronunciamento do Legislativo. Por aquela atingir também a cidadania passiva, infere-se logo que contamina irremediavelmente o mandato desempenhado pelo condenado. Essa tendência se reflete na deliberação tomada no referido AGAEDS nº 177.313/MG, tendo o digno relator, Min. Celso de Mello, em mais de uma passagem de seu luzido voto,

ofertado maior relevo ao automatismo da decisão final condenatória, requerendo unicamente a comunicação formal ao Poder Legislativo de que o titular do Poder Executivo não mais se acha constitucionalmente habilitado, durante o intervalo de tempo de produção dos efeitos da sentença, a exercer os seus direitos políticos e, de conseguinte, a cumprir o seu mandato (1908-1909 e 1911).

Não há que se falar em simetria (conceito a pressupor similitude de situações fáticas), a ser adotada pelos entes federados, estados e municípios, à medida que a norma do art. 55, § 2º, tem sua província eficacial contida nos lindes legislativos, não se espraiando ao território do Poder Executivo.

7 ESCUSA DE CONSCIÊNCIA

Considera o art. 15, IV, da CF, como capaz de propiciar a privação dos direitos políticos a recusa de cumprir obrigação imposta a todos ou prestação alternativa, tendo sido inicialmente prevista no art. 111, *b*, da Constituição de 1934, mantendo-se nas de 1937 (art. 119, *b*), 1946 (art. 135, § 2º, II), 1967 (art. 144, II, *b*) e Emenda Constitucional nº 1/69 (art. 149, *b*).

Não obstante a Lei Mor garantir a livre manifestação de crença religiosa, ou de convicções filosóficas ou políticas (art. 5º, VIII), adiciona-lhe uma exceção ao afirmar que tal liberdade não poderá ser invocada para que alguém venha a se exonerar de obrigação a todos imposta e o arguente, uma vez obrigado a cumprir obrigação alternativa, venha novamente a manifestar sua recusa.

Exemplo disso está no serviço militar obrigatório, onde o art. 143, § 1º, da Lei Básica, afirma competir às forças armadas, nos termos da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, exprimirem a impossibilidade de prestar atividades essencialmente castrenses por imperativo de consciência, decorrente de religião ou de convicção filosófica ou política.

Faz-se necessário, de início, a existência de obrigação a todos imposta, por lei, em benefício da sociedade, como é o caso do serviço militar. Ao depois, a privação definitiva dos direitos políticos penderá não somente da negativa em cumpri-la, sendo imprescindível que, em instante prévio, exija-se, de acordo com lei própria, o cumprimento de prestação alternativa, supridora do encargo geral. Somente com a nova rejeição, relativa à obrigação substitutiva, é que se poderá falar na instauração de procedimento para a suspensão da capacidade política.

Outrora dispositivo constitucional *non self executing*, a Lei nº 8.239, de 4.10.91, regulamentada pela Portaria nº 2.681 – Cosemi, de 28.7.92, estabeleceu, em atenção ao art. 142, § 1º, a imposição de prestação alternativa ao serviço militar obrigatório.

Considera-se serviço alternativo o desempenho de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico, ou mesmo produtivo, no lugar das atividades tipicamente militares. Deverá ser prestado em organizações militares, órgãos de formação de reservas das Forças Armadas, ou, desde que haja convênios, em órgãos subordinados aos Ministérios Civis.

Transcorridos dois anos do período em que deveria findar o serviço alternativo, a recusa em prestá-lo implicará na suspensão dos direitos políticos do inadimplente, que os readquirirá quando, a qualquer tempo, regularizar a sua situação.

Dúvida poderá persistir quanto à autoridade competente para a decretação da perda do *jus suffragii*. Ao instante da Constituição revogada consistia função do presidente da República. Atualmente, em face da omissão do constituinte, e também da Lei nº 8.239/91, melhor apropriado conferir-se tal atributo ao Poder Judiciário, terceiro imparcial, apto para dirimir a questão ante os casos concretos, com a observância do devido processo. O conhecimento da ação, a ser proposta pela União, em virtude da titularidade da condução administrativa do serviço eleitoral, pertence à Justiça Federal (art. 109, I).

8 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

À derradeira, aponta a Constituição a improbidade administrativa como causa a afastar o indivíduo da cidadania. Ocupa-se de privação temporária (suspensão), nos termos de ditamento expresso do seu art. 37, §4º, tomando aqui como complemento. Constitui novidade, não contida nas leis fundamentais anteriores.

Aurélio Buarque de Holanda, no verbete alusivo à improbidade, atribui-lhe o significado de: "1. Falta de probidade; mau caráter; desonestidade. 2. Maldade, perversidade". Sinalizando a acepção jurídica do vocábulo, adornado pelo adjetivo administrativa, Flávio Sátiro Fernandes, ao depois de elevá-lo a gênero, no qual se insere a moralidade, enuncia:

> A improbidade, por sua vez, significa a má qualidade de uma administração, pela prática de atos que implicam em enriquecimento ilícito do agente ou em prejuízo do erário ou, ainda, em violação aos princípios que orientam a pública administração. Em suma, podemos dizer que todo ato contrário à moralidade administrativa é ato configurador de improbidade. Porém, nem todo ato de improbidade administrativa representa violação à moralidade administrativa.

O preceito, antes dependendo de norma integradora, passou a operar sua força cogente com a Lei nº 8.429, de 2.6.92. Ao depois de definir o imenso universo das pessoas cujas atividades as tornam suscetíveis da medida (arts. 1º a 3º), consagra

três modalidades através das quais a improbidade pode manifestar-se, enumerando, para cada uma delas, copioso rosário de condutas. São elas: os atos que importem enriquecimento ilícito (art. 9º, I a XII), causem prejuízo ao Erário (art. 10, I a XIII), ou atentem contra os princípios da administração pública (art. 11, I a VII).

A materialização das sanções decorrentes do atuar ímprobo decorre de ação proposta pelo Ministério Público, ou pela pessoa jurídica interessada, a tramitar mediante a adoção do rito ordinário. Poderá preceder procedimento administrativo de cunho informativo àquela, a ser instaurado a partir de representação a cargo de qualquer pessoa, e medida judicial de sequestro de bens, na hipótese de enriquecimento ilícito ou de danos ao patrimônio público.

Conforme a categoria em que se encontra inserido o acusado de ato de improbidade, variará o tempo de suspensão dos direitos políticos. Destarte, na hipótese de enriquecimento ilícito será de oito a dez anos, na de dano ao erário, de cinco a oito anos, e, por último, quando versar atentado a princípios da administração, de três a cinco anos. Na fixação desse interregno, o magistrado sopesará, entre outras circunstâncias, a extensão do dano causado, bem como o proveito obtido pelo agente.

9 O CONSCRITO

Embora não expressamente contida no rol do art. 15, pode-se, da análise sistemática do capítulo IV, do título II, da CF, extrair a conscrição como fator hábil para, igualmente, proporcionar uma restrição, de natureza temporária, à cidadania.

O art. 14, § 2º, da Lei Máxima, veda, às expressas, a cidadania ativa do conscrito, enquanto recrutado para prestar serviço militar obrigatório. O dispositivo representa progresso, porquanto o regime passado, na forma prescrita pela Emenda Constitucional nº 1/69 (art. 147, § 2º), somente permitia o alistamento eleitoral dos militares contanto que integrantes do oficialato, aspirantes a oficial, guardas-marinhas, subtenentes ou suboficiais, sargentos ou alunos das escolas de formação de oficiais. Atualmente, os praças têm garantida a sua capacidade política, o que não ocorria no passado.

A vinculação ao serviço militar obrigatório implica também na ausência temporária do direito de ser votado, a requerer a plenitude do exercício dos direitos políticos (art. 14, § 3º, CF).

Sem embargo da Constituição vedar o próprio alistamento, a jurisprudência, corroborando a validade do art. 6º, II, *c*, do Código Eleitoral, vem, na prática, aceitando a possibilidade de continuidade da inscrição do eleitor que, posteriormente, venha a se incorporar ao serviço militar obrigatório, a qual permanece suspensa enquanto durar tal condição.

10 PALAVRAS FINAIS

Tecidas as considerações retro, penso haver procedido ao estudo anatômico dos motivos capazes de respaldar a supressão do valioso direito de participar da administração da coisa pública, ora escolhendo os governantes, ora podendo-se apresentar como alternativa à condução da coletividade. Serviu de prestimoso condutor para nosso trabalho, vocacionado à abordagem das peculiaridades que cercam as razões enunciadas pelo art. 15 da Constituição, a premissa, inafastável da democracia hodierna, da universalidade do sufrágio. Este representa a medida, melhor dizendo, o toque de proporcionalidade, imprescindível para conter as ações estatais destinadas a cercear a capacidade eleitoral do cidadão, que não poderão fundar-se em motivação desnecessária e injustificável, ficando salvaguardada a plenitude da vontade daqueles em influenciar na obtenção, pelos seus pares, da titularidade do exercício do poder político.

REFERÊNCIAS

CÂMARA, Adauto da. *História de Nísia Floresta*. 2. ed. Natal, RN: Departamento Estadual de Imprensa, 1997. 162 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. 1214 p.

COLE, Charles D. O devido processo legal na cultura jurídica dos Estados Unidos: passado, presente e futuro. *Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil*, São Paulo, v. 16, n. 56, p. 33-43, ago./set. 1997.

CORRÊA, Oscar Dias. Nacionalidade e direitos políticos. In: CRETELLA JÚNIOR, José et al. (Coord.). *A Constituição Brasileira de 1988*: interpretações. Rio de Janeiro: Forense Universitária: Fundação Dom Cabral: Academia Internacional de Direito e Economia, 1988. p. 48-61.

CUOCOLO, Fausto. *Principi di diritto costituzionale*. Milão: Giuffrè Ed., 1996. 802 p.

D'ATENA, Antonio. Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali. In: MIRANDA, Jorge. *Perspectivas constitucionais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. p. 437-456.

FAYT, Carlos S. *Derecho político*. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1988. 393 p.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*: estudos sobre o culto, o direito as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975. 312p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Representatividade e democracia. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 41-62.

MIRANDA, Jorge. *Constituições de diversos países*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1979. V. 1 e 2.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1996. p. 516.

SGI

Secretaria de Gestão da Informaç

Esta obra foi composta na fonte Frutiger LT Std,
corpo 11, entrelinhas de 14,5 pontos, em papel AP 75 g/m² (miolo)
e papel AP 180 g/m² (capa).

Impressa em julho de 2010