

Revista do

ADVOGADO

Ano XXIV Outubro de 2004 nº 79



Direito Eleitoral


AASP
Associação dos Advogados
de São Paulo



A democracia, entendida como regime político baseado nos princípios da soberania popular e da distribuição eqüitativa do poder, tem no voto o modo de expressão da vontade, ou seja, o voto representa, em última análise, a materialização da própria democracia.

Sucede que a implementação do voto popular e, portanto, da própria democracia, não é tarefa tão singela quanto a definição acima oferecida. Ao contrário, séculos se passaram e muitas batalhas foram travadas para que os regimes democráticos pudessem ser implantados.

No Brasil – todos sabemos – mesmo após a adoção do regime republicano, muitos obstáculos foram impostos, e felizmente vencidos, para que a plena democracia pudesse enfim prevalecer. Mesmo assim, não podemos olvidar que algumas questões ainda hão de ser enfrentadas para que a política brasileira alcance perfil mais moderno e eficiente. O “voto distrital”, a “fidelidade partidária”, a “proporcionalidade federativa dos votos” são temas que precisam ainda ser objeto de amplo debate em processo de reforma política para inserir a Nação no contexto do novo milênio. Mudar esse quadro deve ser preocupação permanente e coletiva.

Conforme se verifica, questões diversas conferem ao Direito Eleitoral importância ímpar, a ponto do legislador ter dedicado à Justiça Eleitoral uma específica seção no Capítulo III da Constituição Federal, que trata do Poder Judiciário.

Matéria complexa e carente de uma consolidação legislativa, a Justiça Eleitoral é regida por diversos diplomas legais que impõem aos profissionais que nela militam, bem como aos postulantes a vagas eletivas, dificuldades inimagináveis.

E objetivando contribuir para a solução dessas questões e auxiliar no aperfeiçoamento do quadro é que a Associação dos Advogados de São Paulo



reuniu grandes especialistas em Direito Eleitoral e obteve deles inestimável colaboração.

Os artigos apresentados nesta Revista do Advogado, caracterizados pela atualidade dos temas, pelo conteúdo prático das matérias e pela excelência dos textos, muito contribuirão, sem dúvida nenhuma, para o desenvolvimento e aprimoramento do Direito Eleitoral do Brasil de maneira a consolidar a democracia no País.

Aos colaboradores desta edição da Revista do Advogado seguem os agradecimentos da AASP e os cumprimentos pelos excelentes trabalhos.

Paulo Leme Ferrari



AASP

Associação dos Advogados de São Paulo

Diretoria

Presidente

José Roberto Pinheiro Franco

Vice-Presidente

José Diogo Bastos Neto

1º Secretário

Antonio Ruiz Filho

2º Secretário

Marcio Kayatt

1º Tesoureiro

Sérgio Pinheiro Marçal

2º Tesoureiro

Fábio Ferreira de Oliveira

Diretor do Departamento Cultural

Clovis de Gouvêa Franco

Assessor da Diretoria

Renato Torres de Carvalho Neto

Revista do Advogado

Conselho Editorial: Afranio Affonso Ferreira Neto, Aloísio Lacerda Medeiros, Antonio Ruiz Filho, Ari Possidonio Beltran, Arystóbulo de Oliveira Freitas, Carlos Carmelo Balaró, Clovis de Gouvêa Franco, Eliana Alonso Moysés, Fábio Ferreira de Oliveira, Flávia Rahal, Flávio Luiz Yarshell, José de Oliveira Costa, José Diogo Bastos Neto, José Roberto Pinheiro Franco, Lionel Zaclis, Marcio Kayatt, Mário de Barros Duarte Garcia, Mário Müller Romiti, Renato Torres de Carvalho Neto, Sérgio Pinheiro Marçal e Tais Borja Gasparian

Diretor Responsável: José Diogo Bastos Neto

Jornalista Responsável: Reinaldo Antonio De Maria (MTb 14.641)

Coordenação Geral: Ana Luiza Távora Campi Barranco Dias

Capa: Dora Levy

Revisão: Ana Paula Elias da Silva, Ariane Corrêa Alves, Clarissa Veronica Mastro e Giseli Aparecida Gobbo - AASP

Editoração Eletrônica: Eder Leal Novaes - AASP

Administração e Redação:

Rua Álvares Penteado, nº 151 - Centro
CEP 01012-001 - Fone: (+11) 3291-9200
São Paulo - SP
www.aasp.org.br

Impressão: Rettec, Artes Gráficas

Tiragem: 85.000 exemplares

A **Revista do Advogado** é uma publicação da Associação dos Advogados de São Paulo, registrada no 6º Ofício de Registro de Títulos e Documentos de São Paulo, sob nº 997, de 25/3/1980

© Copyright 2004 - AASP

A **Revista do Advogado** não se responsabiliza pelos conceitos emitidos em artigos assinados. A reprodução, no todo ou em parte, de suas matérias só é permitida desde que citada a fonte.

- Solicita-se permuta.
- Pidesse canje.
- On demande l'échange.
- We ask for exchange.
- Si richiede lo scambio.

Toda correspondência dirigida à **Revista do Advogado** deve ser enviada à:
Rua Álvares Penteado, nº 151 - Centro - São Paulo - SP - CEP 01012-001.
www.aasp.org.br

ISSN-0101-7497

Revista do Advogado

Publicação da Associação dos Advogados de São Paulo

Ano XXIV - Nº 79 - Outubro de 2004

Sumário

Sistemas eleitorais e regime de governo presidencial Alexandre de Moraes	7
Medidas processuais no Direito Eleitoral Alice Kanaan	21
Propaganda eleitoral Alvaro Lazzarini Cecília Romano	32
Notas sobre o interrogatório no processo crime eleitoral e a cláusula constitucional do direito ao silêncio Antônio Carlos Mathias Coltro	42
Condições de elegibilidade e inelegibilidade Arnaldo Malheiros	51
Abuso e reflexos eleitorais Carlos Eduardo Cauduro Padin	56
A Justiça e a questão eleitoral Eduardo Augusto Muiyler Antunes	60
Apontamentos sobre algumas casualidades dos recursos em matéria eleitoral Eduardo D. Bottallo	64
Ministério Público Eleitoral Fátima Aparecida de Souza Borghi	69
Vestibular para candidatos Fernando Neves da Silva	81
O direito de resposta na legislação eleitoral Leandro de Oliveira Stoco	84
Democracia, segurança jurídica e os modismos. Cotas para vereadores Monica Herman Caggiano	92
A inelegibilidade dos dirigentes de empresas de crédito, financiamento ou seguro, objeto de processo de liquidação (LC nº 64/90, art. 1º, inc. I, letra i) Pedro Henrique Távora Niess	94
As restrições eleitorais à propaganda política e às emissoras de rádio e televisão Ricardo Penteado	102
Justiça Eleitoral: rapidez e eficiência Roberto Rosas	110
Breves anotações sobre partidos políticos Tito Costa	115

Sistemas eleitorais e regime de governo presidencial

Alexandre de Moraes

Doutor e livre-docente em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo;
professor associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo;
professor titular da Universidade Presbiteriana Mackenzie; Secretário da Justiça
e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo (desde janeiro de 2002)

Sumário

1. Introdução;
2. Sistema eleitoral majoritário;
3. Sistema eleitoral proporcional;
4. Sistemas eleitorais e regimes de governo;
5. Eleição do Presidente da República;
6. Eleições e Presidentes da República brasileira;
7. Conclusão.

1. Introdução

O estudo dos sistemas eleitorais e sua influência sobre a representação política e sobre a estrutura e o funcionamento dos diversos e complexos sistemas políticos é inerente ao próprio estudo da Democracia, pois como salientou Montesquieu, “disciplinar como, por quem, sobre o que serão dados os sufrágios, nele, é tão importante quanto saber, numa Monarquia, qual é o Monarca, e de qual maneira deve governar”,¹ afinal, como afirmou Madison, “a definição do direito de sufrágio é muito justamente considerada um artigo fundamental do governo republicano” (*The Federalist papers*, nº LII).

Essa análise apresenta, em relação ao presidencialismo, diferenças estruturais importantes em face das condições políticas e históricas de seu desenvolvimento, impedindo do ponto de vista metodológico um estudo comparativo e sistemático, em face da necessidade de análise empírica,² pois a participação do cidadão nos negócios políticos do Estado é consagrada por vários e diversos procedimentos,³ sendo possível ao processo eleitoral inúmeras variações de grande significado político.⁴

Essa afirmação é corroborada por Maurice Duverger, ao ensinar que “na realidade, a adoção

de um ou de outro sistema eleitoral se faz por considerações políticas”,⁵ pois as instituições políticas moldam e são moldadas nos países democráticos por seu sistema eleitoral e seus partidos.⁶

Essa questão foi analisada por Robert Dahl, que concluiu no mesmo sentido, afirmando que “ainda que a rigor o sistema eleitoral não precise estar

1. Montesquieu, *O espírito das leis*, tradução de Pedro Vieira Mota, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994, p. 84.

2. Dieter Nohlen, *Sistemas electorales del mundo*, tradução de Ramon García Cotarelo, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 17; Montserrat Baras Juan Botella, *El sistema electoral*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 17 e ss.; Augusto Hernandez Becerra, *Derecho electoral: la eleccion popular de alcaldes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1988, pp. 63-71; Santiago Sanchez Gonzalez, Pilar Mellado Prado, *Sistemas politicos actuales*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1995, pp. 55-89; Jorge Miranda, *Estudos de direito eleitoral*, Lisboa, Lex, 1995, pp. 15-61; Silvio Gambino (coord.), *Forme di governo e sistemi elettorali*, Padova, Cedam, 1995, pp. 365 e ss.; Manuel Ramirez, *La participacion politica*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 66-78; Giovanni Sartori, *Elementos de teoria política*, Madrid, Alianza Editorial, 1999, p. 279; J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 1998, p. 294.

3. José de Alfredo Oliveira Baracho, *Teoria geral da cidadania*, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 3.

4. Donald L. Robison, *To the best of my ability: the presidency the constitution*, New York, W. W. Norton & Company, 1987, p. 76 e ss.; Maurizio Cotta, *Dicionário de política*, v. 2, 5ª ed., Brasília, UnB, 2000, p. 880.

5. Maurice Duverger, *Instituciones politicas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1962, p. 102.

6. Robert A. Dahl, *Sobre a democracia*, Brasília, UnB, 2001, p. 147; Giovanni Sartori, *Elementos de teoria política*, Madrid, Alianza Editorial, 1999, p. 283; José Alfredo de Oliveira Baracho, “Sistema eleitoral e partidário”, in *Estudos eleitorais*, v. 1, nº 3, set./dez. 1997, p. 77.

especificado na ‘constituição’, é bom considerá-lo parte do sistema constitucional, devido à maneira como os sistemas eleitorais integram com outras partes da Constituição”.⁷

Dessa forma, a adoção de determinado sistema eleitoral representa a idéia política da maneira de

escolher o Chefe do Poder Executivo, os representantes do povo que preencherão as cadeiras parlamentares ou os delegados partidários que escolherão, indiretamente, o Presidente da República, devendo suas regras básicas, portanto, constar da própria Constituição.

Na hipótese de formação do Colégio Eleitoral para eleição de Presidente, essa escolha, e consequente delimitação do colégio de representantes, faz parte do necessário processo eleitoral destinado a impedir a improbidade, a fraude e a corrupção,⁸ pois como salientado por Madison, “a atividade da corrupção, quando precisa envolver número tão considerável de homens, requer não só tempo como recursos” (*The Federalist papers*, nº LXVIII).

A escolha do sistema eleitoral não está vinculada, obrigatoriamente, à forma de Estado ou de regime de governo, porém, exerce forte influência sobre as mesmas, como salientam Maurice Hauriou,⁹ Dieter Nohlen,¹⁰ Robert Dahl,¹¹ Silvio Gambino,¹² Luca Mezzetti,¹³ Tania Groppi,¹⁴ Raul Machado Horta¹⁵ e José Alfredo de Oliveira Baracho.¹⁶

A adoção do sistema eleitoral deve levar em conta, além dos fatores históricos e políticos de cada país, o sistema de partidos.¹⁷

A evolução histórica e política das diversas sociedades democráticas apontou duas formas básicas de escolha dos representantes em uma Democracia representativa: *sistema majoritário* e *sistema proporcional*.¹⁸

O primeiro – *sistema majoritário* – encontra-se mais ligado à concepção de democracia representativa (modelo de Westminster ou inglês), enquanto o *sistema proporcional* relaciona-se com a idéia de democracia participativa (modelo consensual).¹⁹

Como salienta Sartori, “nos sistemas majoritários, o candidato vitorioso é o único a ganhar a eleição; nos sistemas proporcionais, a vitória eleitoral é partilhada e exige-se apenas uma quota suficiente, um número mínimo de votos (geralmente o quociente eleitoral). Nos sistemas majoritários, a escolha do candidato é canalizada e, por fim, condensada em uma alternativa; nos sistemas proporcionais, os eleitores não são obrigados a concentrar seus votos; sua gama de opção pode ser ampla. De outro lado, os sistemas majoritários propõem candidatos individuais – pessoas; os sistemas proporcionais

7. Robert A. Dahl, *Sobre a democracia*, Brasília, UnB, 2001, p. 140.

8. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional*, 27ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001, p. 101.

9. Como salientado por Maurice Hauriou, “certamente, o regime representativo oferece vantagens sobre a pura democracia direta, sobretudo nas grandes populações, porém isto não é razão para que não se corrija com uma dose de sufrágio direto. A soberania dos Parlamentos não é um dogma” (Maurice Hauriou, *Derecho público y constitucional*, 2ª ed., Madri, Instituto editorial Réus, 1927, p. 503).

10. Dieter Nohlen, *Sistemas electorales del mundo*, tradução de Ramon García Cotarelo, Madri, Centro de estudios constitucionales, 1981, p. 82.

11. Como salienta Robert Dahl, “o fato de um país ser federal ou unitário não tem nada a ver em especial com sua escolha entre os sistemas presidencialista ou parlamentarista. Dos sistemas federais entre as democracias mais antigas, quatro são parlamentaristas (Alemanha, Austrália, Áustria e Canadá), enquanto apenas os Estados Unidos é presidencialista e a Suíça um híbrido singular. Assim, podemos desmentar o federalismo como fator determinante na escolha entre presidencialismo e parlamentarismo” (Robert Dahl, *Sobre a democracia*, Brasília, UnB, 2001, p. 154 - nota de rodapé 2).

12. Silvio Gambino (coord.), *Forme di governo e sistemi elettorali*, Padova, Cedam, 1995, p. 27 e ss.

13. Luca Mezzetti, “La forma di governo tedesca”, in Silvio Gambino (coord.), *Forme di governo e sistemi elettorali*, Padova, Cedam, 1995, p. 131.

14. Tania Groppi, “Sistemi elettorali e forma di governo: il caso spagnolo”, in Silvio Gambino (coord.), *Forme di governo e sistemi elettorali*, Padova, Cedam, 1995, p. 109.

15. O autor salienta que “o funcionamento do regime de governo é fortemente influenciado pela atuação dos partidos políticos e muitas vezes essa influência altera as regras jurídicas que estruturam o regime nas normas constitucionais” (Raul Machado Horta, *Direito constitucional*, 2ª ed., Belo Horizonte, 1999, p. 687).

16. Salienta o autor que “o federalismo convive melhor com os sistemas democráticos, pelo que é incompatível com as formas autocráticas” (José de Oliveira Baracho, *Teoria geral do federalismo*, Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 66).

17. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *A democracia...*, Op. cit., p. 183; J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, Op. cit., p. 295.

18. Conferir, nesse sentido: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso...*, op. cit., p. 101; Dieter Nohlen, *Sistemas electorales del mundo*, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 78.

19. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, Op. cit., p. 294.

geralmente oferecem listas organizadas pelos partidos. Mas há grande variedade nesses sistemas”.²⁰

2. Sistema eleitoral majoritário

Sistema eleitoral majoritário é aquele em que será considerado vencedor o candidato que obtiver maior número de votos.

Historicamente, o princípio majoritário firmou-se como o método de escolha dos representantes, tanto na Grécia quanto na República Romana, por constituir à época reflexo da igualdade democrática,²¹ somente passando a sofrer comparações com o sistema proporcional a partir do final do século XIX.²² Trata-se, pois, do sistema eleitoral mais antigo e utilizado historicamente.²³

O sistema majoritário está ligado ao sistema presidencialista, pois é o método que busca “um vencedor” e, conseqüentemente, a formação de um governo centrado na figura do Presidente da República.

Como proclamado por José Alfredo de Oliveira Baracho, “dois mecanismos são considerados essenciais ao presidencialismo: eletividade do Presidente da República e a teoria da separação de poderes”.²⁴

Paulo Bonavides acrescenta que “o Presidente, de ordinário, consoante já assinalamos, recebe da Nação soberana os seus poderes, quase sempre por sufrágio universal direto, o que de uma parte aumenta-lhe o prestígio da investidura pela origem imediatamente democrática do poder público que desfruta e doutra parte lhe afiança posição de inteira independência política perante a esfera do poder legislativo”.²⁵

O sistema majoritário apresenta importantes características, tais como a formação de governos funcionais (em face da obtenção da maioria), a alternância do poder (pois facilita a existência de um sistema bipartidário) e o fortalecimento do partido de oposição. Todavia, seu grande inconveniente é não espelhar fiel e proporcionalmente a vontade popular, em detrimento das minorias, que, não raro, acabam sub-representadas nos órgãos políticos, além de personificar as eleições, em detrimento das propostas partidárias.²⁶

Essa importante constatação foi analisada por Maurice Duverger, ao expor, em relação às eleições parlamentares, que “a característica comum dos sistemas majoritários é que não asseguram mais que

uma representação indireta e aproximada das minorias. O candidato que encabeçar a lista é eleito; os que seguem são derrotados. Assim, os votos dos eleitores que tenham sido derrotados não têm nenhuma representação no Parlamento. Sem embargo, como o partido majoritário em conjunto do país é minoritário em certas circunscrições, os partidos minoritários no âmbito nacional têm, sem embargo, deputados no Parlamento, mas não existe uma proporção rigorosa entre a repartição de sufrágios entre os partidos e a representação das cadeiras parlamentares”.²⁷

Essa advertência é feita por Giovanni Sartori, ao ensinar que “os sistemas majoritários não têm por objetivo um parlamento que reflita a distribuição dos votos; buscam, sim, um vencedor. Sua intenção é não só eleger um parlamento, mas ao mesmo tempo eleger (pelo menos de forma implícita) um governo”.²⁸

O sistema majoritário personaliza o candidato vencedor e não o seu partido ou a ideologia defendida por ambos, o que, não raramente, acaba por enfraquecer a democracia representativa de partidos.²⁹

20. Giovanni Sartori, *Op. cit.*, p. 15.

21. Dieter Nohlen, *Sistemas electorales del mundo*, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 82.

22. Maurice Duverger, *Institutiones...*, *Op. cit.*, p. 103.

23. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *A democracia no limiar do século XXI*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 167.

24. José Alfredo de Oliveira Baracho, “Organização do poder. A institucionalização do Estado”, *Revista de Informação Legislativa*, ano 23, nº 90, abr./jun. 1986, Brasília, Senado Federal, p. 28.

25. Paulo Bonavides, *Ciência política*, 10ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 297.

26. Cf.: Giovanni Sartori, *Engenharia constitucional - como mudam as constituições*, Brasília, UnB, 1996, p. 15.

27. Maurice Duverger, *Institutiones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1962, p. 103. No mesmo sentido: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Op. cit.*, p. 171.

28. Giovanni Sartori, *Op. cit.*, Brasília, UnB, 1996, p. 17. Conferir, ainda: José Alfredo de Oliveira Baracho, “Sistema eleitoral e partidário”, *Estudos eleitorais*, v. 1, nº 1, jan./abr. 1997, p. 83.

29. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Op. cit.*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 171.

O sistema majoritário, em regra, divide-se em duas espécies básicas: sistema majoritário puro ou simples e sistema majoritário de dois turnos.³⁰

Pelo primeiro – *sistema majoritário puro ou simples* – será considerado eleito o candidato que obtiver o maior número de votos. Por exemplo, a Constituição brasileira de 1988 prevê esse sistema para a eleição de Senadores da República (CF, art. 46) e de prefeitos em Municípios com menos de 200 mil eleitores (CF, art. 29, II).

Diferentemente, pelo *sistema majoritário de dois turnos* será considerado eleito o candidato que obtiver a maioria absoluta dos votos válidos.³¹

Caso não obtenha na primeira votação, deverá ser realizada novo escrutínio. Esse método é adotado no Brasil para as eleições de Presidente da República, Governadores dos Estados e Distrito Federal e Prefeitos de Municípios com mais de 200 mil eleitores (CF, art. 77).

O sistema majoritário de dois turnos denomina-se, na França, *escrutínio de ballottage*; onde a maioria

absoluta é exigida para a eleição, ou seja, a maioria dos votos em candidatos,³² pois como salienta Giovanni Sartori, “quanto aos sistemas de dois turnos é evidente que, se só dois candidatos são admitidos no segundo turno, um deles será vencedor com maioria absoluta”.³³

O *sistema majoritário* apresenta importante variação quando utilizado em distritos, para eleições legislativas, denominada *First-past-the-post*, pela qual em cada distrito somente será proclamado vencedor o candidato com maior número de votos. Como adverte Robert Dahl, “na variante deste sistema utilizada na Inglaterra e nos Estados Unidos, é escolhido um só candidato de cada distrito; vence o candidato que tiver o maior número de votos. Devido à analogia com corridas de cavalo, é chamado de sistema *first-past-the-post* – ou *FPTP*”.³⁴

Essa variação pode agravar a deturpação de representatividade das minorias, em face da possibilidade de arbitrariedade na divisão de distritos eleitorais, que pode acabar acarretando desproporcionalidade entre o número de eleitores necessários para a eleição de cada representante, pois o sistema do *FPTP* acaba permitindo que vários distritos acabem sem representação de uma minoria significativa.³⁵

Como ressalta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “realmente, pode ocorrer que, somados os votos de todas as circunscrições, um partido tenha tido a maioria, mas tenha elegido menos deputados que outro, ou outros. Basta para isso que tenha perdido em muitos distritos por poucos votos, ganhando noutros por maioria pronunciada. Isso já ocorreu várias vezes na história britânica”.³⁶

O *sistema majoritário* permite ainda a variação da denominada *votação alternativa*, pela qual se estabelece verdadeiro sistema de eleição *preferencial* em distritos com um só representante, em que os eleitores devem apontar todos os candidatos na ordem de sua preferência, sendo que os candidatos com a menor votação em primeiras preferências serão eliminados e suas indicações serão redistribuídas entre os demais, até o aparecimento do vencedor com maioria absoluta.³⁷

3. Sistema eleitoral proporcional

Sistema proporcional consiste no procedimento eleitoral que visa assegurar no Parlamento ou no Congresso representação proporcional ao número

30. Santiago Sanchez Gonzalez, Pilar Mellado Prado, *Sistemas políticos actuales*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1995, p. 106; Augusto Hernandez Becerra, *Derecho electoral: la eleccion popular de alcaldes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1988, p. 65; Jorge Miranda, *Estudos de direito eleitoral*, Lisboa, Lex, 1995, p. 21.

31. Conferir, nesse sentido: Giovanni Sartori, *Engenharia constitucional - como mudam as constituições*, Brasília, UnB, 1996, p. 17; Giovanni Sartori, *Elementos de teoria política*, Madrid, Alianza Editorial, 1999, p. 303. Como recorda, ainda, Maurice Duverger, “historicamente, a exigência de uma maioria absoluta no primeiro turno parece proceder ao direito eclesiástico. Assim eram contados os votos no Concílio de Letrán. Tal procedimento se empregava na Cúria (Senado municipal) e nas cidades romanas do Império” (*Op. cit.*, p. 104). Nesse mesmo sentido, conferir: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *A democracia no limiar do século XXI*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 167.

32. Maurice Duverger, *Instituciones politicas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1962, p. 103.

33. Giovanni Sartori, *Engenharia constitucional - como mudam as constituições*, Brasília, UnB, 1996, p. 18. Conferir, no mesmo sentido: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *A democracia no limiar do século XXI*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 173.

34. Robert A. Dahl, *Sobre a democracia*, Brasília, UnB, 2001, p. 148.

35. Conferir nesse sentido: Robert A. Dahl, *Democracia*, Brasília, UnB, 2001, p. 158.

36. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *A democracia no limiar do século XXI*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 172.

37. Giovanni Sartori, *Engenharia constitucional: como mudam as constituições*, Brasília, UnB, 1996, p. 18.

de votos obtido por cada uma das legendas políticas, pois nas palavras de Mirabeau, o parlamento deveria ser um mapa reduzido do povo.³⁸

A finalidade básica do *sistema de representação proporcional*, portanto, é garantir a representação das minorias nas diversas circunscrições eleitorais, segundo o número de votos recebidos, ou seja, pretende-se reproduzir na divisão do número de cadeiras do Parlamento, de maneira mais próxima e fiel possível da realidade, as diversas facções políticas.

Segundo Duverger,³⁹ Sartori,⁴⁰ Canotilho⁴¹ e Ramirez⁴² esse seria o melhor sistema eleitoral para a democracia, pois tende a aproximar mais o eleitor dos eleitos, garantindo maior igualdade entre a maioria e a minoria na participação política.

Apesar disso, não é o sistema utilizado pelos países com maior tradição democrática, pois sua criação é mais recente, passando a ser utilizado a partir do início do século XX.⁴³

A idéia básica do *sistema proporcional*, portanto, como salienta Robert Dahl, consiste em ter sido “deliberadamente criado para produzir uma correspondência bastante aproximada entre a proporção total de votos lançados para um partido nas eleições e a proporção de assentos que o partido obtém na legislatura. Por exemplo, um partido com 53% dos votos ganhará 53% dos assentos. Esse tipo de arranjo, em geral, é conhecido como sistema de representação proporcional ou RP”.⁴⁴

Para que isso ocorra, o *sistema de representação proporcional* adota o *escrutínio de lista* ou *voto de legenda*, que é o único, como aponta Maurice Duverger, que permite atribuir cargos proporcionalmente tanto à maioria quanto à minoria.⁴⁵ O *escrutínio de lista* apresenta diversas variações (lista fechada, aberta, bloqueada, não bloqueada).⁴⁶

O *sistema de representação proporcional* apresenta duas questões essenciais para a definição do resultado das eleições: o *número de candidatos eleitos por cada legenda* e a *questão das sobras*.

Em relação ao número de candidatos eleitos, os diversos sistemas eleitorais adotam basicamente três métodos: *quociente eleitoral*, *número uniforme* e *quociente nacional*.

O *método do quociente eleitoral* consiste na divisão do total de votos válidos dados em candidatos pelo número de cargos em disputa. Essa observação é importante, pois como ressalta Maurice

Duverger, não se pode confundir “os votos dados com os números de eleitores, pois não são todos os eleitores que votam, pois há abstenções, e alguns votam em branco ou nulo, os quais não devem ser considerados como votos dados”.⁴⁷

O resultado dessa operação aritmética denomina-se *quociente eleitoral*.

A partir disso, divide-se o total de votos obtidos por cada uma das legendas pelo quociente, chegando-se, conseqüentemente, ao número de cadeiras obtidas por cada legenda.

Pelo *método do número uniforme*, diferentemente, a legislação eleitoral fixa o número de votos necessários para a obtenção de uma cadeira no Parlamento. Quantas vezes esse número de votos previamente fixado – *denominado número uniforme* – estiver contido no total de votos de cada legenda, tantas cadeiras a legenda terá obtido.

Diferentemente do *quociente eleitoral*, no presente método não há prévia fixação do número de deputados por circunscrição.

Por fim, o método do *quociente nacional* assemelha-se ao do *quociente eleitoral*, porém sem prévia fixação do número de deputados por circunscrição.

38. Dieter Nohlen, *Sistemas electorales del mundo*, Madri, Centro de estudios constitucionales, 1981, p. 90; Manuel Ramirez, *La participacion politica*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 66 e ss.

39. Maurice Duverger, *Instituciones politicas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1962, p. 102.

40. Giovanni Sartori, *Engenharia constitucional - como mudam as constituições*, Brasília, UnB, 1996, p. 86.

41. J. J. Gomes Canotilho, *Op. cit.*, p. 295.

42. Manuel Ramirez, *La participacion politica*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 51.

43. Como lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “é criação relativamente recente, pois somente neste século ganhou aceitação, embora desde a Convenção, em 1793, haja sido defendido” (*Op. cit.*, p. 102). Conferir, no mesmo sentido: Maurice Duverger, *Op. cit.*, p. 103.

44. Robert A. Dahl, *Sobre a democracia*, Brasília, UnB, 2001, p. 148.

45. Maurice Duverger, *Instituciones politicas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1962, p. 106. Conferir ainda: José Alfredo de Oliveira Baracho, “Sistema eleitoral e partidário”, *Estudos eleitorais*, v. 1, nº 1, jan./abr. 1997, p. 83.

46. Dieter Nohlen, *Sistemas electorales del mundo*, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 114 e ss.

47. Maurice Duverger, *Instituciones politicas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1962, p. 106.

Dessa forma, a operação aritmética para obtenção do *quociente* resulta da divisão dos votos válidos dados em todos os candidatos do país pelo total de deputados a serem eleitos.

O *sistema proporcional* apresenta um problema extremamente complexo referente às *sobras eleitorais*, pois é impossível que em uma eleição não seja fracionado o número resultante da divisão dos votos recebidos por cada legenda pelo coeficiente eleitoral.⁴⁸

Assim, a segunda grande regra a ser definida no *sistema de representação proporcional* diz respeito aos *restos ou sobras eleitorais*, pois qualquer que seja o sistema eleitoral há sobras. Para solucionar esse problema existem diversos métodos, que não serão objeto do presente estudo; os mais utilizados são: *critério da melhor média*, *critério dos restos maiores* e *critério Hondt*.⁴⁹

4. Sistemas eleitorais e regimes de governo

O estudo dos sistemas eleitorais em face dos regimes de governo leva-nos à possibilidade da adoção de cinco combinações, que envolvem escolhas legislativas e executivas: *governo parlamentar com eleições de representação proporcional*, *governo*

parlamentar com eleições FPTP, *governo presidencialista com eleições FPTP*, *governo presidencialista com eleições proporcionais* e *opções mistas*.⁵⁰

Para o presente estudo, são importantes duas combinações referentes ao presidencialismo, seja com eleições *FPTP*, seja com eleições proporcionais.

A *opção do governo presidencialista com eleições em FPTP* é adotada pelos Estados Unidos e por algumas poucas democracias mais modernas.

Na América Latina, incluído o Brasil, a grande opção vencedora é a combinação entre *governo presidencialista* e *representação proporcional*.

Por fim, outras democracias, que levam em conta critérios políticos, sociais, históricos e culturais, adotaram uma das opções anteriores com diversas alterações, visando, como lembra Robert Dahl, “minimizar as consequências indesejáveis e aproveitar suas vantagens”. Esta última hipótese foi adotada, por exemplo, pela França, Alemanha e Suíça.

A adoção de determinada espécie de sistema eleitoral acarretaria, segundo Duverger, três importantes regras: *o sistema majoritário em um único turno tende ao bipartidarismo*; *o sistema majoritário em dois turnos tende ao estabelecimento de um sistema múltiplo de partidos relativamente estáveis* e *o sistema de representação proporcional tende ao multipartidarismo estável*.⁵¹

Essas regras sofreram fortes críticas de Giovanni Sartori, que afirmou não ter “sido difícil desmentir as fórmulas de Duverger e suas demonstrações”,⁵² porém, como ressaltado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, as regras de Duverger não são “verdadeiras leis científicas, porque casos há que as contradizem e desmentem. Deve-se reconhecer, porém, que *grosso modo*, elas indicam o que se passa na maioria das vezes”.⁵³

5. Eleição do Presidente da República

No sistema presidencialista, dois são os métodos básicos de eleição do Presidente da República: a eleição direta pelo povo (*sistema majoritário*) e a eleição indireta, também conhecida por eleição de dois graus (*que pode adotar para a escolha dos delegados tanto o sistema majoritário quanto o sistema proporcional*).⁵⁴ Uma terceira hipótese – eleição

48. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso...*, *Op. cit.*, p. 102.

49. Maurice Duverger, *Op. cit.*, p. 108 e ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Op. cit.*, p. 296. Dieter Nohlen aponta diversos outros critérios, tais como método Hagenbach-Bischoff, método de Hare, método *imperiali*, método St. Lagüe, entre outros (Dieter Nohlen, *Op. cit.*, p. 128 e ss.).

50. A classificação encontra-se em: Robert A. Dahl, *Sobre a democracia*, Brasília, UnB, 2001, p. 154 e ss.

51. Maurice Duverger, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1962, p. 250.

52. Giovanni Sartori, *Engenharia constitucional - como mudam as constituições*, Brasília, UnB, 1996, p. 41.

53. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *A democracia no limiar do século XXI*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 185. Conferir, ainda, nesse sentido: José Alfredo de Oliveira Baracho, “Sistema eleitoral e partidário”, *Estudos eleitorais*, v. 1, nº 1, jan./abr. 1997, p. 77.

54. Como salientaram Edward Corwin e Louis Koenig, “a seleção do Presidente é um processo complexo baseado em partidos federados e estruturas governamentais” (Edward S. Corwin e Louis W. Koenig, *The Presidency today*, New York, New York University Press, 1956, p. 3). Conferir ainda a esse respeito: Eugene V. Rostow, “President, primer-minister or constitutional monarch”, *The American Journal of International Law*, Washington, ano 4, v. 83, out. 1989, p. 742.

do Presidente pelo Congresso – somente é adotada nos regimes parlamentaristas.⁵⁵

Hamilton colocou-se contra a possibilidade de eleição do Presidente pelo Congresso, observando que “outro desiderato, não menos importante, era que o chefe do executivo só dependesse, para sua permanência no cargo, do próprio povo. Do contrário, ele poderia ser tentado a sacrificar seu dever à complacência por aqueles cujos favores fossem necessários ao prolongamento de seu mandato oficial. Essa garantia também foi assegurada quando se manteve sua reeleição na dependência de um corpo especial de representantes, comissionado pela sociedade para o único propósito de fazer essa importante escolha” (*The Federalist papers*, Nº LXVIII).

A tradição republicana brasileira iniciou-se adotando eleição direta pelo sistema majoritário para o cargo de Presidente da República, prevendo o artigo 47 da Constituição de 1891 o sufrágio direto e a necessidade de maioria absoluta de votos.

Não foi, porém, essa escolha feita consensualmente ou sem debates apaixonados. O projeto de comissão do governo provisório estabeleceu inicialmente o método de *eleição indireta* para escolha de Presidente e Vice-Presidente da República.

Por esse método, a escolha seria pelo povo, por eleição indireta, formando, nos Estados, circunscrições eleitorais, tendo cada um dos Estados-membros um número de delegados igual ao décuplo de sua representação no Congresso Nacional.

Essa idéia inicial foi, posteriormente, alterada por uma Comissão Especial composta por 21 congressistas, que manteve a eleição indireta, porém entendeu que cada um dos Estados-membros deveria ter direito a somente um voto, sendo esse voto o da maioria de seus eleitores qualificados para as eleições de deputados ao Congresso Nacional.

Após intensos debates no Congresso Nacional, foi apresentada emenda pelo deputado Muniz Freire, que serviu de base – feitas algumas alterações – para a adoção do texto final da Constituição de 1891, consagrando eleições diretas para o cargo de Presidente da República, em sessão de 3 de janeiro de 1891, e por uma pequena vantagem (88 votos a favor e 83 votos contra).⁵⁶

Nesse sentido, posicionou-se Annibal Freire, ao comentar a primeira Constituição Republicana, afirmando que “inquestionavelmente o suffragio directo é o que melhor corresponde à natureza do systema

político vigente. Não é possível que, sendo os poderes perfeitamente iguaes, não dimanem da mesma origem. O systema constitucional estabeleceu os tres poderes como órgãos necessários da vida do Estado e os instituiu como expoentes da soberania nacional. Seria falsear a essencia do regimen prescrever de modo diverso a organização do Poder Executivo”.⁵⁷

Contrário a esse posicionamento, Assis-Brasil, igualmente comentando a citada Constituição Republicana, salientou que “a designação dos representantes requer apenas um elemento – homogeneidade política, ou, antes, partidária, entre os elegendos e os eleitores. Deve, por isso mesmo, ser exclusivamente entregue ao povo, e só há de ser legítima quando no conjunto refletir a imagem perfeita da opinião popular. A escolha do chefe do estado é, pelo contrário, mais um ato de administração que de soberania. É uma operação que demanda trabalho prévio de ponderação e raciocínio, inconciliáveis com a imaleabilidade do sufrágio popular. A opinião manifesta-se intransigentemente, e assim convém que seja; mas aos atos de governo deve presidir o mais pronunciado espírito de tolerância. E eleger presidente não é constituir representante, é fazer o primeiro dos funcionários públicos”.⁵⁸

Nosso primeiro Presidente da República, Marechal Manuel Deodoro da Fonseca, porém, após ter assumido provisoriamente em 15 de novembro de 1889, foi *eleito indiretamente* pelo Congresso Nacional para mandato de 25 de fevereiro de 1891 a 23 de novembro de 1891, tendo obtido 153 votos,

55. Annibal Freire da Fonseca, *Poder Executivo na República*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1916, p. 63. Conferir nesse sentido, Assis-Brasil, ao apontar que “nas repúblicas modernas, nas repúblicas democráticas, três são os modos usados para tal escolha, e parece que nenhum outro substancialmente diverso desses três poderia ser tolerado pela índole das instituições: os presidentes das repúblicas existentes são eleitos pela legislatura, ou por eleitores de segundo grau, ou pelo povo diretamente. A nossa constituição deu preferência a este último processo (o autor refere-se ao art. 47 da Constituição Republicana de 1891 – ‘O Presidente e o Vice-Presidente da República serão eleitos por sufrágio direto e maioria absoluta de votos’)” (J. F. Assis-Brasil, *Do governo presidencial na república brasileira*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Calvino Editor, 1934, p. 191).

56. Annibal Freire da Fonseca, *Op. cit.*, pp. 52-56.

57. Annibal Freire da Fonseca, *Op. cit.*, p. 55.

58. J. F. Assis-Brasil, *Op. cit.*, p. 32.

contra 97 de Prudente de Moraes e 2 de Joaquim Saldanha Marinho.

O artigo 47 da Constituição Republicana de 1891 somente foi cumprido para a eleição do 3º Presidente brasileiro, Prudente de Moraes, que foi eleito diretamente.

Duas outras constituições brasileiras previram eleições indiretas para Presidente da República, a de 1937 (“art. 82 – O Colégio Eleitoral do Presidente compõe-se: (a) de eleitores designados pelas Câma-

ras Municipais, elegendo cada Estado um número de eleitores proporcional à sua população, não podendo, entretanto, o máximo desse número exceder de vinte e cinco; (b) de cinquenta eleitores, designados pelo Conselho da Economia Nacional, dentre empregadores e empregados em número igual; (c) de vinte e cinco eleitores, designados pela Câmara dos Deputados e vinte e cinco designados pelo Conselho Federal, dentre cidadãos de notória reputação.”) e a de 1967 (“art. 76, § 1º – O colégio eleitoral será composto dos membros do Congresso Nacional e de delegados indicados pelas Assembléias Legislativas”).

Os defensores das eleições indiretas para a Presidência da República, portanto, criticam o método de escolha direta, pois no sistema presidencialista, não sendo o Chefe do Poder Executivo dependente do Poder Legislativo, seja para sua escolha, seja para sua continuidade no exercício do mandato, possibilita-se que pessoas sem a necessária experiência política ou mesmo sem apoio parlamentar alcancem a mais alta magistratura da nação.⁵⁹ Esse fato não passou despercebido de Bryce, que ao analisar a República norte-americana, chamava a atenção para o seguinte ponto: *porque os grandes homens não são escolhidos presidentes*.⁶⁰

No sistema de eleição indireta, realizam-se dois pleitos. No primeiro, há a escolha dos delegados ou representantes⁶¹ que irão, em um segundo pleito, escolher o Presidente da República, cujos candidatos, atualmente nos Estados Unidos da América, são previamente escolhidos pelas convenções partidárias.⁶²

Os constituintes norte-americanos que elaboraram a Constituição de 1787, para diminuir a influência popular na escolha do Chefe da Nação – pois a idéia de eleição popular direta era tida como radical em 1787⁶³ – foram beneficiados pelo sistema que inventaram para selecionar o Presidente da República, pois vários deles foram sucessivamente eleitos para o cargo,⁶⁴ como verificamos na análise dos primeiros sete presidentes americanos: George Washington (1789-1797); John Adams (1797-1801); Thomas Jefferson (1801-1809); James Madison (1809-1817); James Monroe (1817-1825); John Quincy Adams (1825-1829) e Andrew Jackson (1829-1837).⁶⁵

O Presidente deveria ser escolhido por delegados, que seriam eleitos na forma como as legislaturas estaduais previssem. Inicialmente, os delegados em geral eram escolhidos pela própria legislatura estatal.⁶⁶

59. Conferir, a esse respeito, a séria análise crítica sobre os métodos eleitorais utilizados na América Latina, em especial a mídia e as pesquisas eleitorais: Silvio Waisbord, “*Prácticas y precios del proselitismo presidencial: apunte sobre medios y campañas electorales en América Latina y Estados Unidos*”, *Contribuciones Buenos Aires*, ano 2, v. 14, abr./jun. 1997, p. 159 e ss.

60. James Bryce, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, 2ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, p. 159.

61. Conforme prevê o artigo II, Seção 1, item 2, com a redação dada pela Emenda XII, cada Estado nomeará, de acordo com as regras estabelecidas por sua Legislatura, um número de eleitores igual ao número total de Senadores e Deputados a que tem direito no Congresso; todavia, nenhum Senador, Deputado ou pessoa que ocupe um cargo público federal remunerado ou honorífico poderá ser nomeado eleitor.

62. Thomas McIntyre Cooley, *The general principles of constitutional law in the United States of America*, 3ª ed., Boston, Little, Brown and Company, 1898, p. 52; Donald L. Robison, *To the best of my ability: the presidency the constitution*, New York, W. W. Norton & Company, 1987, p. 76 e ss.; Eugene V. Rostow, “*President, primer minister or constitutional monarch*”, *The American Journal of International Law*, Washington, ano 4, v. 83, out. 1989, p. 743. Como ressaltado por Edward Corwin e Louis Koenig, “os instrumentos mais visíveis de escolha são as convenções nacionais, cujos tumultos delas decorrentes são atualmente televisionados, o voto popular, os eleitores anônimos, e a contagem oficial anticlimática dos votos eleitorais, ordinariamente pelo Presidente do Senado, que, por muito tempo depois todo mundo conhece, anuncia quem será o novo Presidente” (Edward S. Corwin e Louis W. Koenig, *The Presidency today*, New York, New York University Press, 1956, p. 100).

63. Como lembra Donald Robison, “até Thomas Jefferson tinha suas dúvidas. Em 1776, opondo eleições diretas dos senadores na Constituição de Virgínia, ele escreveu: Eu tenho sempre observado que a escolha pelo próprio povo geralmente não é caracterizada pela sabedoria” (Donald L. Robison, *To the best of my ability: the presidency the constitution*, New York, W. W. Norton & Company, 1987, p. 80).

64. Edward S. Corwin e Louis W. Koenig, *The Presidency today*, New York, New York University Press, 1956, p. 103.

65. James Morgan, *Our presidents*, New York, Macmillan, 1945, v. 1, pp. 1-70.

66. Thomas McIntyre Cooley, *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American union*, 6ª ed., Boston, Little, Brown and Company, 1890, pp. 776-777.

Os *pais fundadores* esperavam, dessa forma, reunir um grupo de homens preparados e interessados em relações governamentais e conhecidos em seus respectivos Estados, para evitar, como relembra Donald Robison, que uma pessoa que atingisse fama em um grande Estado, onde as linhas de comércio e de comunicação fossem cruzadas, vencesse uma eleição nacional, sem apresentar o menor talento político ou administrativo.⁶⁷

Esses homens, posteriormente, escolheriam as pessoas mais qualificadas para ser Presidente e Vice-Presidente. Os votos de cada Estado, então, seriam transferidos à capital nacional para contagem pelo Presidente do Senado Federal, que proclamaria o resultado.⁶⁸

No desenvolvimento da eleição indireta, grande característica do presidencialismo norte-americano, a faculdade de determinar a maneira de escolha dos componentes do Colégio Eleitoral foi delegada ao próprio legislativo estadual; surgindo vários e diversos métodos utilizados à época.⁶⁹

No célebre caso *McPherson v. Blacker* (146 U. S. 1892), a Corte Suprema Americana enumerou a questão, apontando que os eleitores (delegados) haviam sido escolhidos “pela legislatura sobre lista conjunta; pela legislatura, mediante uma votação concorrente das câmaras; por votação do povo por lista geral de candidatos; por votação do povo dividido em distritos; por eleição, em parte pelo povo que votou em distritos e em parte pela legislatura; por eleição pela legislatura entre candidatos votados pelo povo nos distritos; e de outras formas, como excepcionalmente, na Carolina do Norte e Tennessee em 1796 e 1800”.

Os defensores do sistema de eleição indireta ou de dois graus afirmam que esse método também representa a expressão da vontade do eleitorado, porém com a grande vantagem de não expor a escolha do mais alto mandatário da República às surpresas e paixões momentâneas de uma eleição direta.

Madison defendeu esse posicionamento, afirmando que “o Poder Executivo derivará de uma fonte múltipla. A eleição imediata do presidente deverá ser feita pelos Estados como corpos políticos. Os votos concedidos a cada um integram uma razão composta que os considera em parte como sociedades distintas e iguais, em parte como membros desiguais da mesma sociedade. A próxima eleição, mais uma vez, deve ser feita pela casa do

legislador que se compõe dos representantes nacionais; mas nesse ato particular eles deverão assumir a forma de delegações individuais de tantos corpos políticos distintos e iguais. Sob este aspecto, o governo parece ter um caráter misto, apresentando igualmente características federais e nacionais” (*The Federalist papers*, nº XXXIX).

Esse método eleitoral também foi defendido por Hamilton, que salientou que “a escolha de várias pessoas para compor um corpo intermediário de eleitores tenderá muito menos a convulsionar a comunidade com quaisquer movimentos extraordinários ou violentos que a escolha de uma pessoa que fosse ela própria o objeto das aspirações públicas. E como os eleitores escolhidos em cada Estado deverão se reunir e votar no Estado em que foram escolhidos, essa situação isolada e dividida os exporá muito menos a paixões e fermentações que poderiam ser comunicadas a eles pelo povo que se devessem reunir-se todos ao mesmo tempo, num único lugar” (*The Federalist papers*, nº LXVIII).

Igualmente, afirmou Alexis de Tocqueville: “não criarei dificuldade para confessar: vejo no duplo grau eleitoral o único meio de colocar o uso da liberdade política ao alcance de todas as classes do povo”.⁷⁰

Ressalte-se que não houve mudança no sistema inicial para determinar o número de eleitores que um Estado teria no colégio eleitoral. Cada Estado tem o número de eleitores correspondente à soma-tória do número de cadeiras no Senado Federal e na Câmara dos Representantes. Por exemplo, Illinois tem vinte e sete porque tem dois Senadores e vinte e cinco Deputados.

Muito mais importante do que a distribuição de delegados entre os Estados, porém, é o método de

67. Donald L. Robison, *To the best of my ability: the presidency the constitution*, New York, W. W. Norton & Company, 1987, p. 80.

68. Ernest Barksdale Fincher, *The president of the United States*, New York, Abelard-Schuman, 1955, p. 45 e ss.; Edward S. Corwin e Louis W. Koenig, *The Presidency today*, New York, New York University Press, 1956, p. 101.

69. Santiago Sanchez Gonzalez e Pilar Mellado Prado, *Sistemas politicos actuales*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1995, p. 55; Edward S. Corwin, *El poder ejecutivo*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1959, p.112.

70. Alexis de Tocqueville, *A democracia na América: leis e costumes*, São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 236.

correspondência entre os votos populares dados a determinado partido e o número de delegados correspondentes. A regra geral é que o ganhador leva tudo. Em outras palavras, um candidato que tem mais votos obtém a eleição de todos os seus delegados do Estado.⁷¹

Trata-se, portanto, da aplicação do anteriormente analisado critério majoritário, em detrimento do proporcional, pois o candidato que receber mais votos que qualquer de seus adversários obtém todos os votos do colégio eleitoral daquele determinado Estado.

O sistema majoritário de distribuição dos votos eleitorais pode acabar gerando resultados não correspondentes à vontade popular, pois ao número maior de delegados obtidos pode não corresponder a maioria dos votos populares.⁷²

Na história norte-americana, quatro presidentes eleitos indiretamente não obtiveram maioria dos votos populares.

Assim, John Quincy Adams, Rutherford B. Hayes, Benjamin Harrison, e mais recentemente, George W. Bush receberam menos votos populares do que seus adversários, mas conseguiram eleger maior número de delegados no Colégio Eleitoral.⁷³

O candidato presidencial, para obter sua eleição, precisa conseguir maioria dos membros do Colégio Eleitoral, independentemente da correspondente maioria dos votos populares, nacionalmente considerados.

Para atingir esse objetivo, as campanhas presidenciais norte-americanas concentram suas atenções nos Estados que têm grande número de delegados,

pois, por exemplo, Nova York tem quarenta e cinco votos eleitorais, enquanto Nevada somente três. De nada adiantaria ter todos os votos populares em Nevada e, conseqüentemente, conseguir seus três delegados, mas perder a eleição popular para escolha de delegados em Nova York por apenas um voto, pois o adversário obterá todos os quarenta e cinco delegados.

Esse método mantém a importância exagerada dos grandes Estados da Federação na escolha do Presidente da República.

Apesar disso, inúmeras dificuldades são encontradas para alteração desse tradicional método norte-americano por emenda constitucional, pois os vários Estados – grandes ou pequenos – temem perder força política na escolha presidencial.

A última tentativa de mudança ocorreu em 1950; pretendeu-se alterar o sistema majoritário de escolha dos delegados nos Estados para sistema proporcional.

Assim, por exemplo, em um Estado com 20 delegados e um colégio eleitoral de 1.000.000 de votos, se o candidato A obtivesse 500.000 votos, o candidato B conseguisse 400.000 e, finalmente, ao candidato C restassem os 100.000 votos remanescentes, ao invés de o candidato A eleger todos os 20 delegados do Estado – como hoje ocorre –, conseguiria eleger 10 delegados, enquanto o candidato B elegeria 8 e o candidato C teria eleito 2. Essa alteração pretendia espelhar mais fielmente a vontade popular na formação do Colégio Eleitoral e, conseqüentemente, na escolha do Presidente da República.

Essa emenda constitucional foi aprovada pelo Senado Federal, porém rejeitada na Câmara dos Representantes, tanto pelos Democratas quanto pelos Republicanos, que temiam o enfraquecimento de seus partidos.

Como salientado por James Bryce, que apontou dificuldade de alteração do sistema eleitoral previsto para a escolha do Presidente norte-americano, “ninguém tem uma visão clara do que deveria ser substituído e nenhum dos dois partidos acredita que terá mais que o outro, tomando a seu cargo o problema”.⁷⁴

O sistema indireto, como idealizado por seus fundadores, cumpriu sua finalidade inicial apenas por um curto período, em virtude do desenvolvimento dos partidos políticos.

Eleitores, em vez de serem imparciais, cidadãos politizados, tornaram-se membros leais dos partidos que votavam de acordo com determinada crença

71. Ernest Fincher nos dá o exemplo da eleição de 1884, quando Cleveland derrotou Blaine por apenas 1.149 votos no Estado de New York. Cleveland recebeu todos os trinta e seis votos eleitorais daquele Estado (Ernest Barksdale Fincher, *The president of the United States*, New York, Abelard-Schuman, 1955, p. 45).

72. Sobre a maneira de exercitar o voto, conferir comentários do final do século XIX de: Thomas McIntyre Cooley, *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American union*, 6ª ed., Boston, Little, Brown and Company, 1890, p. 760.

73. Ernest Barksdale Fincher, *The president of the United States*, New York, Abelard-Schuman, 1955, p. 46.

74. James Bryce, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, 2ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, p. 140. Conferir, ainda: Ernest Barksdale Fincher, *The president of the United States*, New York, Abelard-Schuman, 1955, pp. 47-48.

política. Embora os eleitores agora sejam escolhidos diretamente pelo povo, em vez de sê-lo por convenções de legislaturas estaduais, eles votam para Presidente de acordo com linhas partidárias.

Esse filtro relativo às paixões populares, representado pela possibilidade de eleitores de 2º grau analisarem o melhor candidato a Presidente da República, não se mostrou atuante na prática, em face do compromisso de eleger determinado candidato que os candidatos a eleitores de 2º grau fazem durante suas campanhas.

Sempre é importante lembrarmos a advertência de Story, para quem, sob todas as relações, as idéias largas e liberais dos autores da constituição americana e as esperanças do público foram de todo frustradas na prática do sistema, no que concerne à independência do eleitorado do segundo grau, concluindo ser “notório que os eleitores são agora escolhidos para eleger determinados candidatos e com o compromisso de só neles votarem”.⁷⁵

Como lembrado por Assis-Brasil, “a experiência dos Estados Unidos, onde se pretende que esta eleição seja indireta, mostra bem que, na prática, tal qualidade se elimina por completo, tornando-se os eleitores secundários uma perfeita superfluidade. As candidaturas presidenciais são levantadas antes das dos eleitores, e estas já são votadas, mediante o compromisso de sufragar aquelas. Apenas são conhecidos os eleitores secundários, muito antes de ser por eles escolhido o presidente, já se sabe qual será o nome vitorioso no final da luta. O mandato dos eleitores é, de fato, imperativo. A eleição é, de fato, direta. Deve encerrar, além dos defeitos próprios desse método, ainda os da maior complicação e extensão da crise eleitoral, acrescidos da possibilidade de grosseira mistificação da vontade real da nação, como adiante direi”.⁷⁶

6. Eleições e Presidentes da República brasileira

O primeiro Presidente da República – Marechal Manuel Deodoro da Fonseca – assumiu o Governo Provisório de 15 de novembro de 1889 a 24 de fevereiro de 1891, passando ao Governo Constitucional de 25 de fevereiro de 1891 a 23 de novembro de 1891, após eleições indiretas pelo Congresso Nacional, onde foi eleito com 153 votos contra 97 de Prudente de Moraes e 2 de Joaquim Saldanha Marinho.⁷⁷

Após a renúncia do Marechal Deodoro, assumiu o Vice-Presidente Manuel Floriano Peixoto (*Marechal de Ferro*), que deixou de convocar novas eleições, governando de 23 de novembro de 1891 a 15 de novembro de 1894, quando então se retirou em virtude de doença.

Somente o 3º Presidente brasileiro foi civil e eleito diretamente pelo sistema majoritário, tendo governado de 15 de novembro de 1894 a 15 de novembro de 1898. Prudente de Moraes venceu com 290.883 votos, junto com o Vice-Presidente Manuel Vitorino Pereira, que obteve 226.000 votos.

O 4º Presidente da República brasileira, Manuel Ferraz de Campos Salles, foi eleito com 420.286 votos e governou de 15 de novembro de 1898 a 15 de novembro de 1902.

Francisco de Paula Rodrigues Alves foi eleito o 5º Presidente brasileiro com 592.039 votos, tendo governado no período compreendido entre 15 de novembro de 1902 e 15 de novembro de 1906. Posteriormente, foi eleito novamente em 1918, não tomando posse, porém, em virtude de doença.

Afonso Augusto Moreira Pena (Afonso Pena) foi candidato único e elegeu-se com 288.285 votos, exercendo seu mandato de 15 de novembro de 1906 a 14 de junho de 1909, quando faleceu de pneumonia, sendo sucedido por Nilo Procópio Peçanha, que terminou o mandato em 15 de novembro de 1910.

Em 15 de novembro de 1910, assume a Presidência da República o Marechal Hermes Rodrigues da Fonseca, ex-Ministro da Guerra de Afonso Pena e eleito com 403.867 votos; governou de 15 de novembro de 1910 a 15 de novembro de 1914.

Após o governo do Marechal Hermes da Fonseca, retornou ao cenário nacional a política café-com-leite, sendo eleito Presidente da República o mineiro Wenceslau Braz Pereira Gomes, com 532.017 votos e governado de 15 de novembro de 1914 a 15 de novembro de 1918.

Com a eleição e o falecimento de Rodrigues Alves em 1918, assume a Presidência da República

75. *Apud* Annibal Freire da Fonseca, *Poder Executivo na república*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1916, p. 61.

76. J. F. Assis-Brasil, *Op. cit.*, p. 193.

77. Conferir excelente estudo realizado pela Universidade Estácio de Sá: Fábio Koifman (org.), *Presidentes do Brasil (de Deodoro a FHC)*, Rio de Janeiro, Editora Rio, 2002.

seu Vice-Presidente, eleito com 382.491 votos, Del-fim Moreira da Costa Ribeiro, que governou de 15 de novembro de 1918 a 20 de julho de 1919, até que fosse eleito com 286.373 votos – e derrotando Rui Barbosa – Eptácio Lindolfo da Silva Pessoa, que completou o mandato inicial até 15 de novembro de 1922.

Dando continuidade à política café-com-leite, foi eleito Arthur da Silva Bernardes, com 466.877 votos, contra Nilo Peçanha, que tentou retornar à Presidência da República, mas obteve somente 317.714 votos. Arthur Bernardes governou de 15 de novembro de 1922 a 15 de novembro de 1926.

Washington Luís Pereira de Souza foi o último Presidente da República Velha e da política café-com-leite. Eleito com 688.528 votos, governou de 15 de novembro de 1926 a 24 de outubro de 1930, tendo sido deposto 21 dias antes do término de seu mandato, em virtude da Revolução de 1930.

Com a Revolução de 1930, assumiu o Governo a Junta Provisória composta pelo General maranhense Augusto Tasso Fragoso, que a chefiava, pelo General gaúcho João de Deus Menna Barreto e pelo Almirante carioca José Isaías de Noronha. A Junta Provisória governou por uma semana até a assunção de Getúlio Vargas.

Getúlio Dornelles Vargas, após exercer os cargos de Promotor Público em Porto Alegre, deputado estadual no Rio Grande do Sul, deputado federal, Ministro da Fazenda e Presidente do Rio Grande do Sul, perdeu as eleições de 1930 para Júlio Prestes, chegando ao poder em virtude da Revolução de 1930.

O Presidente Getúlio Vargas governou provisoriamente de 3 de novembro de 1930 a 20 de julho de 1934; e, constitucionalmente (eleições indiretas pelo Congresso Nacional), de 20 de julho de 1934 a 10 de novembro de 1937, quando então, por meio de golpe militar, fechou o Congresso e instituiu o Estado Novo, governando até 29 de outubro de 1945.

Com a queda de Vargas, a inexistência do cargo de Vice-Presidente e o fechamento do Congresso Nacional, assumiu a Presidência da República o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro José Linhares, que governou de 30 de outubro de 1945 a 31 de janeiro de 1946, quando então assumiu a Presidência o General Eurico Gaspar Dutra, eleito com 3.251.507 votos contra 2.039.342 votos do Brigadeiro Eduardo Gomes; exerceu o governo no período compreendido entre 31 de janeiro de 1946 e 31 de janeiro de 1951.

Nas eleições de 1951, Getúlio Vargas retorna à Presidência da República eleito pelo povo (3.849.040 votos), exercendo seu mandato de 1º de fevereiro de 1951 até seu suicídio.

Com a morte de Vargas, assumiu seu Vice, João Fernandes Campos Café Filho, que governou de 24 de agosto de 1954 até 9 de novembro de 1955, quando abandonou o cargo por motivos de saúde.

Esse abandono acarretou a assunção ao cargo de Presidente da República, do Presidente da Câmara Carlos Coimbra da Luz, por 2 dias somente, em face da possibilidade de golpe político. Prontamente, foi substituído pelo Vice-Presidente do Senado Federal Nereu Ramos, que governou de 11 de novembro de 1955 a 31 de janeiro de 1956, passando o cargo ao Presidente Juscelino Kubitschek, eleito democraticamente.

Juscelino Kubitschek foi eleito com 3.077.411 votos contra 2.610.462 de Juarez Távora e 2.222.725 de Adhemar de Barros e governou de 31 de janeiro de 1956 a 31 de janeiro de 1961. Seu Vice-Presidente eleito foi João Goulart.

Na sucessão de Juscelino, Jânio da Silva Quadros obteve sucesso sendo eleito Presidente da República com 5.636.623 votos contra 3.846.825 votos do Marechal Lott. Porém, não conseguiu eleger seu Vice-Presidente Milton Campos, que perdeu a eleição para João Goulart, reeleito para o cargo.

O Presidente Jânio Quadros governou o país de 31 de janeiro de 1961 a 25 de agosto de 1961, quando renunciou ao mandato, sendo substituído interinamente pelo Presidente da Câmara, deputado Paschoal Ranieri Mazzilli, até 7 de setembro de 1961, data do retorno ao país do Vice-Presidente João Goulart. Ranieri Mazzilli voltou a ocupar a Presidência da República por 13 dias após o Golpe de 1964 que derrubou o Presidente João Goulart.

João Goulart, assumindo a Presidência da República com a renúncia de Jânio Quadros, governou o país no período compreendido entre 7 de setembro de 1961 e 2 de abril de 1964, com breve período parlamentar no Brasil, até sua derrubada pelos militares.

Em 15 de abril de 1964, começa no Brasil a era dos Presidentes militares eleitos indiretamente.

O Presidente Humberto de Alencar Castello Branco governou o país de 15 de abril de 1964 a 15 de março de 1967, após eleições indiretas – nas quais teve 361 votos contra 3 de Juarez Távora e 2 do

General Dutra –, realizadas por um Congresso Nacional desfigurado pelo Golpe Militar.

Castello Branco foi sucedido pelo Presidente Arthur da Costa e Silva, candidato governamental e único, eleito com 295 dos 472 votos, em virtude do abandono da sessão pelos parlamentares do MDB. Em virtude de motivos de saúde, governou de 15 de março de 1967 a 31 de agosto de 1969, quando foi substituído por uma Junta Militar composta pelo Almirante Augusto Hamann Rademaker Grunewald, que a chefiava, pelo General Aurélio de Lira Tavares e pelo Marechal do ar Márcio de Souza e Mello, que impediram a sucessão do Vice-Presidente Pedro Aleixo.

Após aproximadamente dois meses, foi eleito o Presidente Emílio Garrastazu Médici, general e chefe do Serviço Nacional de Informação (SNI) do Governo Costa e Silva, que se apresentou como candidato único às eleições indiretas e obteve a unanimidade dos votos do partido governista (Arena). O partido da oposição (MDB) absteve-se.

Médici governou no período de 30 de outubro de 1969 a 15 de março de 1974, e foi sucedido pelo General Ernesto Geisel, que foi eleito por 400 votos contra 76 dados a Ulisses Guimarães, por um Colégio Eleitoral criado pela Emenda Constitucional nº 01/69 e composto por membros do Congresso Nacional e representantes das Assembléias Legislativas, de maneira proporcional às representações dos Estados no Senado e na Câmara.

O Presidente Geisel governou de 15 de março de 1974 a 15 de março de 1979, sendo sucedido pelo último dos presidentes militares, General João Baptista de Oliveira Figueiredo, que governou até 15 de março de 1985.

Após os Presidentes militares, foi eleito indiretamente Tancredo de Almeida Neves, em virtude da não aprovação de eleições diretas (emenda Dante de Oliveira), que não chegou a assumir em virtude de seu falecimento.

Com a morte de Tancredo Neves, assumiu a Presidência da República o Senador José de Ribamar Sarney, eleito Vice-Presidente, que governou de 15 de março de 1985 a 15 de março de 1990 e foi o último Presidente da República eleito indiretamente no Brasil.

Com a reabertura democrática e a promulgação da Constituição do Brasil de 1988, foram realizadas eleições diretas para Presidente, tendo sido eleito,

no 2º turno, Fernando Affonso Collor de Mello, com 35.089.998 votos contra 31.076.364 votos de Luiz Inácio Lula da Silva.

Fernando Collor de Mello governou de 15 de março de 1990 a 2 de outubro de 1992, quando foi afastado do exercício das funções presidenciais em virtude do início de processo por crime de responsabilidade no Senado Federal.

Finalmente, renunciou a seu mandato em 29 de dezembro de 1992, tendo assumido definitivamente seu Vice-Presidente Itamar Augusto Cautiero Franco, que se encontrava na interinidade desde 2 de outubro de 1992 e encerrou o período do mandato em 31 de dezembro de 1994.

Com a eleição do Presidente Fernando Henrique Cardoso, em 1994, e posterior aprovação da Emenda Constitucional nº 16, em 7 de junho de 1997, iniciou-se uma nova etapa na vida republicana brasileira, que passou a permitir a reeleição, ocorrida em 1998.

Fernando Henrique Cardoso governou o país, em seu primeiro mandato, de 1º de janeiro de 1995 a 31 de dezembro de 1998, e iniciou seu segundo mandato em 1º de janeiro de 1999. Em ambas as eleições, venceu no 1º turno. Na primeira eleição, com 54% dos votos válidos contra 27% do segundo candidato Luiz Inácio Lula da Silva; e na segunda com 53,06% dos votos válidos contra 31,71% do segundo colocado Luiz Inácio Lula da Silva e 10,97% do terceiro colocado Ciro Gomes.

7. Conclusão

O desenvolvimento e fortalecimento do presidencialismo no Brasil garantem ao Presidente na República poderes imperiais,⁷⁸ superiores aos antigos detentores do poder régio da monarquia constitucional inglesa, pois no rol de suas atribuições existem pode-

78. Como salientado por Franco Montoro, ao analisar a tendência centralizadora da América Latina e a necessidade de diminuição dos poderes imperiais do Presidente da República, "entre as perspectivas de mudança que se apresentam destacam-se: a) a substituição dos atuais regimes de poder unipessoal do Presidente, por fórmulas de poder colegiado características do sistema parlamentar; b) o processo de crescente integração da América Latina; c) a exigência de ética na vida pública, com a consequente tendência participativa, social e pluralista nas novas democracias" (André Franco Montoro, "Transição política na América Latina: de regimes autoritários a democracias ainda não consolidadas", *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 31, nº 121, jan./mar. 1994). No mesmo sentido, conferir: Nelson Saldanha, "Presidencialismo, parlamentarismo e alternativas", *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, vol. 42, p. 4.

res e recursos que o transformam no *chefe da nação e condutor da vida pública nacional*, pois nomeia ministros, magistrados, diplomatas e altos funcionários dos bancos públicos, é chefe das Forças Armadas e tem grande ingerência no processo legislativo.

O estudo sobre a estruturação do presidencialismo, especialmente em relação aos poderes e responsabilidades do Presidente da República, acarreta fundamental impacto na consolidação democrática, pois a relação entre estruturas constitucionais definidoras de regimes de governo e democracia é extremamente estreita, pois com uma única exceção democrática (Suíça), cada democracia existente na atualidade é parlamentarista (como a maioria dos países europeus), presidencialista (como os Estados Unidos, o Brasil e os países latino-americanos), ou ainda, semi-presidencialista (como Portugal, França e Finlândia).

Hoje, fitando com seriedade e compromisso histórico os governos presidenciais realizados desde George Washington, não há dúvida sobre a personificação da condução dos negócios políticos do Estado na figura dos diversos governantes, como fator de esperança popular.

Porém, essa constatação histórica de centralização de poder e alternância de períodos democráticos e ditatoriais (nos presidencialismos latino-americanos), longe de ser a concretização de um regime democrático, configura um importante marco sobre o qual se deve continuar a construir um modelo de Governo Presidencialista, controlado racional e razoavelmente pelos Poderes Legislativo e Judiciário,

mantendo-se a eficiência na gestão da coisa pública, mas acrescentando novas idéias e gerando maiores mecanismos de controle fundados no lastro do respeito do jogo democrático e na gestão honesta e eficiente dos negócios políticos do Estado.

Com o agigantamento do Estado e sua atuação em todas as áreas – da econômica às áreas sociais –, a *Instituição Presidência da República* passou a ser personificada pelo seu exercente, o *Presidente da República*, que assumiu o papel de grande gestor dos negócios políticos do país, tanto em relação à dimensão do funcionamento eficaz da Administração Pública, quanto no tocante à retidão na utilização dos recursos financeiros públicos.

Dessa forma, todos os poderes presidenciais foram histórica, jurídica e politicamente fortificados, tendo obtido novas dimensões de autoridade, pois o Presidente da República passou a simbolizar a própria soberania, continuidade e grandeza do país,⁷⁹ com a necessidade de uma melhor adaptação dos sistemas eleitorais e representativos, que garantam um melhor mecanismo de controle.

Como salientado por Clinton Rossiter, “os fundadores da Constituição deram um passo muito importante quando eles fundiram a dignidade de um rei e o poder de um primeiro ministro em um oficial elegível”, concluindo que “o Chefe do Executivo reina, mas ele também manda; ele simboliza o povo, mas ele também administra o seu governo”.⁸⁰

O maior dos desafios que se coloca ao presidencialismo permanece sendo alcançar um ponto de equilíbrio entre o efetivo alargamento e centralização de poder na figura do Presidente da República, eleito pelo povo, direta ou indiretamente, e detentor das esperanças da maioria dos cidadãos; e a necessidade de maiores mecanismos de controle e participação na condução dos negócios políticos do Estado por parte dos demais poderes, em especial do Poder Legislativo,⁸¹ pois em virtude da magnitude das funções presidenciais, o Presidente ocupa um cargo que não pode ser prontamente assimilado por aqueles de outros ramos.⁸²

Nesse sentido, importantíssimo fazermos constantes reflexões sobre as estruturas de nosso sistema eleitoral e sua influência sobre a representação política e sobre a estrutura e o funcionamento dos diversos e complexos sistemas de controles políticos, inerentes à manutenção do Estado Democrático de Direito.

79. Thomas McIntyre Cooley, *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American union*, 6ª ed., Boston, Little, Brown and Company, 1890, p. 747.

80. Clinton Rossiter, *American presidency*, New York, New American Libr, 1940, p. 12.

81. Como salienta Donald Robison, “os Estados Unidos, entretanto, têm teimosamente mantido a mesma estrutura institucional e têm conservado um incrível degrau, pelo menos de aparência formal, da distribuição de funções original e do padrão de interação entre as partes da estrutura” (Donald L. Robison, *To the best of my ability: the presidency the constitution*, New York, W. W. Norton & Company, 1987, p. 3).

82. Laurence H. Tribe, *American constitutional law*, 3ª ed., New York, New York Foundation Press, 2000, v. 1, p. 632; Sílvio Waisbord, “*Prácticas y precios del proselitismo presidencial: apunte sobre medios y campañas electorales en América Latina y Estados Unidos*”, *Contribuciones Buenos Aires*, ano 2, v. 14, abr./jun. 1997, pp. 169-170.

Medidas processuais no Direito Eleitoral

Alice Kanaan

Procuradora Regional da República – PRR – 3ª Região;
ex-Procuradora Regional Eleitoral

Sumário

1. Introdução: Direito Eleitoral e processo eleitoral;
2. Instrumentos processuais eleitorais;
 - 2.1. Representações e reclamações (art. 96 da Lei nº 9.504/97);
 - 2.2. O direito de resposta;
 - 2.3. Ação de impugnação de pedido de registro de candidatura;
 - 2.4. Investigação judicial eleitoral, com fulcro no artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90;
 - 2.5. Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, ação constitucional prevista no artigo 14, § 10, da Constituição Federal;
 - 2.6. Representação por corrupção eleitoral, por compra de votos, com fulcro no artigo 41-A da Lei nº 9.504/97;
 - 2.7. Recurso contra a diplomação;
 - 2.8. Mandado de segurança;
 - 2.9. Medidas cautelares;
 - 2.10. Ação rescisória;
- Bibliografia.

1. Introdução: Direito Eleitoral e processo eleitoral

O Direito Eleitoral, ramo do Direito Público, autônomo e independente, constitui-se de princípios e regras destinados a disciplinar os direitos políticos e o sufrágio popular para a escolha livre e consciente dos representantes para os cargos eletivos, em todas as suas fases.

Com autonomia científica e didática, o Direito Eleitoral encontra na Constituição Federal a sua principal fonte, tanto de ordem material como de ordem processual, uma vez que todas as Constitui-

ções brasileiras dispuseram a respeito de matéria eleitoral, sendo que a Constituição Federal de 1946 dispôs sobre a organização da Justiça Eleitoral.

Dentro dessa noção, o jurista Fávila Ribeiro conceitua o Direito Eleitoral como sendo aquele que “precisamente, dedica-se ao estudo das normas e procedimentos que organizam e disciplinam o funcionamento do poder de sufrágio popular, de modo a que se estabeleça a precisa adequação entre a vontade do povo e a atividade governamental”.¹

O exercício da democracia pressupõe essa *precisa adequação entre a vontade do povo e a atividade governamental*, porque a democracia é a participação crescente e efetiva do povo no processo do poder, sendo que o Estado Democrático se realiza através do Estado de Justiça, cujo instrumento da democracia plena é a Justiça Eleitoral.

Portanto, o processo eleitoral brasileiro pressupõe o exercício da democracia, cuja forma de estado é a federal, e a forma de governo a República, sendo os seguintes os princípios fundamentais constitucionais embaixadores do estado democrático: a *soberania*, a *cidadania*, o *pluralismo político*, os *valores sociais do trabalho e da iniciativa* e a *dignidade da pessoa humana*,² que, em síntese, implica dizer que o processo eleitoral busca conferir ao Estado Democrático, que se exerce por meio de

1. Fávila Ribeiro, in *Direito eleitoral*, Forense.

2. Constituição Federal, artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união estável indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

representação direta, poder político supremo e independente, que tutele os direitos políticos e a vontade popular, com estrita observância de princípios democráticos e fundamentos da ordem econômica, e que respeite a vontade do povo dentro da igualdade e da liberdade de voto.

Daí afirmar que o processo eleitoral e a democracia guardam verdadeira implicação, porque não há processo democrático sem processo eleitoral, cujo instrumento da democracia representativa plena é a Justiça Eleitoral.

A Constituição quer um Estado Democrático de Direito que garanta o exercício da cidadania, através de um sistema eleitoral que realize a escolha popular dos seus representantes.

Para isso, a Justiça Eleitoral interpreta e executa as leis no sentido de realizar esse processo democrático, com a função de coibir os abusos e garantir que o processo eleitoral se realize através do voto livre e consciente, que exterioriza a verdade eleitoral nas urnas.

Cabe à Justiça Eleitoral coibir qualquer tipo de fraude eleitoral, desde a preparação da consciência do povo até o da escolha do representante no dia das eleições, escolha essa que não se pode formar com a utilização de métodos abusivos, como a do abuso do poder econômico, de autoridade, dos meios de comunicação e da compra de voto, porque a meta do processo eleitoral é a verdade eleitoral, que consiste na vontade consciente do eleitor de eleger, sem mácula, o seu representante.

2. Instrumentos processuais eleitorais

Há vários meios processuais no Direito Eleitoral através dos quais são resguardados o direito de ação, de petição, o livre acesso à Justiça, bem como assegurados os princípios constitucionais de ampla defesa, contraditório, igualdade entre as partes, tais como: a) as representações e reclamações acobertadas pelo artigo 96 da Lei nº 9.504/97, procedimento adotado para propaganda em geral, propaganda escrita, propaganda de rádio e televisão, propaganda em *outdoors*; b) o direito de resposta acobertado pelo artigo 58 da Lei nº 9.504/97 por ofensa à honra do candidato, partido ou coligação, direta ou indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação

social; c) a ação de impugnação de pedido de registro de candidatura, cujo procedimento vem previsto na Lei Complementar nº 64/90 (art. 3º); d) a investigação judicial, com fulcro no artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90; e) a representação por corrupção eleitoral, prevista no artigo 41-A da Lei nº 9.504/97 (acrescentando pela Lei nº 9.840/99) por compra de voto; f) a ação de impugnação de mandato eletivo, prevista no artigo 14, § 10, da Constituição Federal; g) o recurso contra a diplomação, fundado no inciso IV do artigo 262 do Código Eleitoral; h) o mandado de segurança na forma da Lei nº 1.533/51 e Código Eleitoral (art. 22, I, “e”, e art. 29, I, “e”); i) as medidas cautelares, com o rito do artigo 798 do CPC; j) a ação rescisória com fulcro no artigo 22, I, “j”, do Código Eleitoral.

As ações acima especificadas, por versarem sobre matéria de inelegibilidade, cassação do registro da candidatura, cassação do diploma e imposição de multa pecuniária, guardam um procedimento extremamente célere, como veremos.

2.1. Representações e reclamações (art. 96 da Lei nº 9.504/97)

A Lei nº 9.504/97, quanto à propaganda eleitoral, estabelece as seguintes normas para as eleições: o artigo 36 proíbe a propaganda eleitoral irregular antecipada; o artigo 37, § 1º, estabelece que “nos bens cujo uso dependa de cessão ou permissão do Poder Público, ou que a ele pertençam, e nos de uso comum, é vedada a pichação, inscrição a tinta e a veiculação de propaganda, ressalvada a fixação de placas, standartes, faixas e assemelhados nos postes de iluminação pública, viadutos, passarelas e pontes, desde que não lhes cause dano, dificulte ou impeça o seu uso e o bom andamento do tráfego”; artigo 42 e parágrafos regulam a propaganda por meio de *outdoors* (engenhos publicitários explorados comercialmente), permitindo-a, após a realização de sorteio pela Justiça Eleitoral; artigo 43 e parágrafos regulam a propaganda na imprensa escrita, paga, no espaço máximo de 1/8 de página de jornal padrão e 1/4 de página de revista ou tablóide; o artigo 44 regula a propaganda eleitoral no rádio e na televisão, vedando a propaganda paga; o artigo 45, incisos I a VI, regula a programação normal e o noticiário no rádio e na televisão, a partir de 1º de julho, estabelecendo as vedações; e, por fim, o

artigo 73 estabelece normas sobre condutas vedadas aos agentes públicos em campanha eleitoral.

O procedimento adotado, diante da violação de qualquer das hipóteses acima apontadas, é o da *Representação ou Reclamação*, previsto no artigo 96 da Lei nº 9.504/97, relativo ao descumprimento das normas atinentes à propaganda eleitoral como previsto nos referidos dispositivos, com a exceção do direito de resposta que tem procedimento próprio.

Tal procedimento é sumário, bastante célere, sendo que, recebida a reclamação ou representação, a Justiça Eleitoral notificará, imediatamente, o reclamado ou representado para defesa, no prazo de 48 horas, vista ao Ministério Público Eleitoral, para manifestação no prazo de 24 horas, e a sentença a ser proferida pelo Juiz Eleitoral e a sua respectiva publicação, em cartório ou sessão, também no prazo de 24 horas, admitindo a interposição de recurso em 24 horas, apresentação de contra-razões em 24 horas, sendo que o recurso deverá ser julgado pelo Tribunal em 48 horas, observando-se que, se não julgado em 48 horas, o pedido pode ser dirigido ao Tribunal Superior, que deverá julgá-lo no mesmo prazo.

Como se verifica dos dispositivos acima transcritos, o procedimento das representações, com base no artigo 96 da Lei nº 9.504/97, é sumário, em face da exiguidade dos prazos que põe vigilantes as partes, nas Zonas Eleitorais ou nos Tribunais, na época do pleito, tendo em vista que o prazo para a interposição de recursos tem início a partir da publicação em cartório ou sessão.

Em contrapartida, não obstante a exiguidade dos prazos, a sua não observância pelos juízes e promotores implica na imposição de sanções de ordem administrativa e penal, conforme se verifica do artigo 94, §2º, da referida Lei, constituindo crime de responsabilidade e anotação funcional em prontuário para efeito de promoção na carreira.

Contudo, se o juiz não proferir e publicar a decisão no prazo de 24 horas em cartório ou sessão, a intimação passa a ser feita pessoalmente.

Note-se que esta é uma ação que traz consequências graves, pois, através de um procedimento célere, resulta na aplicação de sanções administrativas severas, tais como: a imposição de multas elevadas, de cassação do registro, de suspensão de programação de rádio e televisão.

Também o artigo 35, inciso V, do Código Eleitoral, a respeito da competência dos juízes, assim dispõe:

“Art. 35. Compete aos Juízes: (...) V – tomar conhecimento das reclamações que lhe forem feitas verbalmente ou por escrito, reduzindo-as a termo, e determinando as providências que cada caso exigir”.

Com efeito, em se tratando de eleições municipais para os cargos de Prefeito e Vice-Prefeito e Vereadores, as reclamações e representações serão processadas e julgadas perante as Zonas Eleitorais respectivas, e, em se tratando de eleições gerais para os cargos de Governador e Vice-Governador, Senador, Deputados Federais e Estaduais, perante os Juízes Auxiliares do Tribunal Regional Eleitoral respectivo, e para o cargo de Presidente e Vice-Presidente, perante o Tribunal Superior Eleitoral. A competência dos Juízes Auxiliares, designados pelos Tribunais Regionais para apreciar e julgar as representações de que trata o artigo 96 da Lei nº 9.504/97, bem como os pedidos de resposta, vêm previstos no § 2º da Resolução nº 20.988, do Tribunal Superior Eleitoral.

A reclamação ou representação deve estar instruída com prova de autoria da propaganda eleitoral, bem como do prévio conhecimento do (a) beneficiário (a), caso este (a) não seja por ela responsável, para a imposição de penalidade pecuniária (art. 64).

O prévio conhecimento do (a) candidato (a) estará demonstrado se este (a), intimado (a) da existência da propaganda irregular, não providenciar, no prazo de vinte e quatro horas, sua retirada ou regularização (art. 65).

São partes legitimadas para ajuizar as representações os partidos políticos, coligações, candidatos e o Ministério Público, salvo, em casos expressos e específicos em lei (art. 96, *caput*, da Lei nº 9.504/97). Destarte, o legislador não incluiu como parte legítima o eleitor. Quanto ao Ministério Público, para representar em matéria de propaganda eleitoral, cabe observar que, embora não prevista expressamente no artigo 96 da Lei nº 9.504/97, a legitimação do Ministério Público³ decorre das atribuições que lhe são conferidas pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Complementar nº 75/93), e disposição expressa do artigo 24, inciso VI, do Código Eleitoral.

3. Joel José Cândido, in *Direito eleitoral brasileiro*, 6ª ed., Revista dos Tribunais, p. 153.

Válido destacar que a intervenção do Ministério Público é obrigatória, sob pena de nulidade do procedimento em face da amplitude das regras estabelecidas para o processo eleitoral. Nesse sentido, o legislador infraconstitucional, assimilando corretamente o primado constitucional atribuído ao Ministério Público, muito bem refletiu a necessidade da efetiva participação do *Parquet*, como forma garantidora da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais, em todos os processos, quer de natureza administrativa ou contenciosa, em todas as suas fases e instâncias, sempre em benefício do direito e dos interesses impessoais da justiça.

Em se tratando de coligação, divide-se a doutrina e a jurisprudência quanto à legitimação exclusiva⁴ ou concorrente⁵ da coligação para o ajuizamento das reclamações ou representações de que trata o artigo 96 da Lei nº 9.504/97, em matéria de fiscalização da propaganda eleitoral. O Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo firmou entendimento no sentido de que, na hipótese do artigo 96 da Lei Eleitoral, a legitimação da coligação é concorrente, ou seja, qualquer uma das pessoas enumeradas no referido artigo pode individualmente reclamar ou representar em matéria de propaganda eleitoral, ao fundamento de que *“ainda que a Coligação mereça ser tratada como um partido único, isso não*

impede e nem exclui a possibilidade de os partidos que a integram formularem representação acerca do descumprimento das regras atinentes à propaganda eleitoral”. Contudo, o Superior Tribunal Eleitoral, ao contrário, dispôs que, formada a coligação, a legitimação passa a ser exclusiva da coligação, como partido único, e somente ela pode reclamar ou representar em matéria de propaganda eleitoral, ao fundamento de que *“o partido político coligado possui legitimidade para agir isoladamente somente na hipótese de dissidência interna, ou quando questionada a validade da própria coligação”*.

Cabe destacar, ainda, que o recurso deve ser conhecido se interposto fora do prazo de 24 horas. E para a interposição do recurso especial o prazo será de três dias (art. 276, § 1º, do Código Eleitoral).

2.2. O direito de resposta

O direito de resposta consubstancia-se no direito subjetivo – daquele que teve sua honra atingida direta ou indiretamente através de palavras ou imagens caluniosas, difamatórias ou injuriosas, ou afirmação inverídica – de responder no mesmo local e horário e tamanho as ofensas que lhe foram dirigidas.

O direito de resposta tem procedimento próprio e sumaríssimo, e encontra-se regulamentado no artigo 58 da Lei nº 9.504/97. O pedido deve ser formulado: em 24 horas, quando se tratar de horário gratuito; em 48 horas, quando se tratar de programação normal das emissoras de rádio e televisão; em 72 horas, quando se tratar de órgão da imprensa escrita. Recebido o pedido, determinará o juiz a notificação imediata do ofensor para oferecer defesa em 24 horas. O Ministério Público deve oferecer manifestação imediata, e a decisão ser prolatada no prazo máximo de 72 horas da data da formulação do pedido (rito com prazo total de 96 horas, ou seja, aproximadamente 4 dias).

São legitimados para ajuizar o direito de resposta o candidato e os partidos políticos. Também confere-se legitimidade ativa à coligação quando seus candidatos às eleições majoritária e proporcional são atingidos em sua honra e imagem, porque, como atributos da personalidade da pessoa, quando negativamente apresentados, repercutem de forma direta na própria reunião das agremiações partidárias (Lei das Eleições, art. 58, *caput* e § 1º).⁶

4. TSE, Acórdão nº 18.421, de 21/6/2001 e Resolução TSE nº 20.993 (art. 5º, parágrafo único).

5. TRE/SP, Acórdão nº 133.972.

6. Nesse sentido, a jurisprudência do TSE, Acórdão nº 12.303, Ementa: “Direito de resposta. Legitimidade. A legitimidade é concorrente, a alcançar não só o candidato ofendido como também o partido ou a coligação que o indicou a registro. É que, uma vez assacadas ofensas ao candidato, denegrindo a imagem pessoal e a respectiva dignidade, dá-se a irradiação a ponto de prejudicar o partido ou a coligação que respalda a candidatura (...); Acórdão nº 15.376, Ementa: “1. Direito de resposta. 2. Trecho de ‘a pedido’ imputando ao partido adversário buscar ‘no nazismo o que a política tem de pior: a mentira como argumento, o ódio como método’. 3. Direito de resposta, com base no artigo 58 da Lei nº 9.504/97. 4. Conhecimento do recurso e provimento parcial, devendo o partido recorrente apresentar ao TRE novo texto, a ser publicado, como resposta, limitado, porém, à parte que se reconheceu como ofensa”; Acórdão nº 15.602, Ementa: “Direito de resposta. A afirmação sabidamente inverídica, desde que prejudicial a um candidato, pode ensejar o direito de resposta. Não se faz mister que tenha conteúdo calunioso, difamatório ou injurioso. A sentença há de ser certa. Inviável deixar-se à emissora estabelecer qual o tempo a ser utilizado na resposta”.

2.3. Ação de impugnação de pedido de registro de candidatura

A ação de impugnação de pedido de registro de candidatura, em suporte na Lei Complementar nº 64/90, tem por finalidade impugnar candidatos que não preencham os requisitos formais e materiais, como alistamento eleitoral e condições de elegibilidade, como também impugnar os inelegíveis, os inalistáveis ou analfabetos, ou aqueles que não se desincompatibilizaram de seus cargos (CF, arts. 14 e 15, Lei nº 9.504/97 e LC nº 64/90).

São legitimados para interpor a ação de impugnação de registro os candidatos, os partidos políticos ou coligações e o Ministério Público. A impugnação deve ser ajuizada em petição fundamentada, no prazo de cinco dias, a partir da publicação do pedido de registro de candidato (LC nº 64/90, art. 3º). O prazo é comum a todas as pessoas legitimadas, correndo, portanto, em Cartório.

Os candidatos, partidos políticos e coligações devem apresentar a impugnação através de advogado devidamente habilitado. Nesse sentido, saliente Joel José Cândido que: “É indispensável seja a ação ajuizada através de advogado habilitado, exigindo, aqui, fiel cumprimento ao disposto no artigo 36 do Código de Processo Civil e ao artigo 1º, I, 1ª parte, da Lei nº 8.906, de 4/7/1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB). Trata-se de processo de jurisdição contenciosa, onde se opera a coisa julgada, razão de ser da exigência de advogado habilitado representando os partidos ou candidatos”.⁷

O impugnado tem o prazo de sete dias para oferecer contestação. O Partido ou a Coligação pode contestar no mesmo prazo. Em seguida, o juiz ou julga antecipadamente a lide, ou então pode sanear o processo. Neste último caso, apreciará a prova requerida pelas partes e marcará os quatro dias seguintes para a instrução. As diligências e a produção de outras provas se produzirão em cinco dias. As partes têm prazo comum de cinco dias para oferecer as alegações finais. O cartório tem o prazo de um dia para levar os autos à conclusão do juiz. Este tem o prazo de três dias para a prolação da sentença. A parte vencida tem o prazo de três dias para recorrer da sentença, com contra-razões no prazo de três dias. Ato contínuo, os autos subirão imediatamente ao Tribunal, cabendo a este o juízo de admissibilidade.

2.4. Investigação judicial eleitoral, com fulcro no artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90

A investigação judicial eleitoral vem prevista no artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90, tendo por objeto a apuração, em sede administrativa, da ocorrência de uso indevido, desvio ou abuso de poder econômico, político ou de autoridade e a utilização indevida de veículos ou de meios de comunicação em benefício de uma candidatura.

As condutas investigadas não precisam ser crimes eleitorais. O que importa é que as condutas abusivas possam ameaçar a igualdade entre os candidatos comprometendo a própria eleição. Referido artigo 22 tem por objetividade jurídica resguardar, desse modo, a legitimidade do pleito e, neste ponto, se difere da objetividade jurídica do crime eleitoral previsto no artigo 299 do Código Eleitoral, já que este tutela a liberdade de voto, ainda que seja de um eleitor.

O juízo de probabilidade é feito considerando-se o abuso cometido e a extensão do dano e o comprometimento da igualdade entre os candidatos. Desse modo, não é qualquer abuso que enseja a procedência da investigação judicial eleitoral.

Julgada procedente a investigação, o magistrado deve cominar ao candidato a sanção de inelegibilidade, por 3 anos, a contar da data da eleição em que foram perpetrados os abusos apontados. Além dessa sanção, dependendo do momento em que foi prolatada a decisão, pode o juiz aplicar sanções: se a investigação for julgada procedente antes da eleição (art. 22, XIV), o juiz deve desconstituir o registro de candidato do político beneficiado; ou, se o julgamento favorável à investigação for posterior à eleição (art. 22, XV), cópias do processo devem ser encaminhadas ao Ministério Público Eleitoral, visando à propositura de Ação de Impugnação de Mandato Eletivo ou de interposição do Recurso contra a Diplomação (CF, art. 14, § 10, e Código Eleitoral, art. 262, inc. IV).

Observa-se que, dentre as sanções do artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90, não está prevista a cassação do diploma do político condenado. Com efeito, tanto na doutrina quanto na jurisprudência é assente o entendimento de que a Ação de Investigação

7. In *Direito eleitoral brasileiro*, 7ª ed., Edipro, p. 136.

Judicial Eleitoral apenas pode ser ofertada até a diplomação dos candidatos eleitos, de vez que, a partir deste momento, a legislação eleitoral prescreve ações próprias para o cancelamento do mandato do candidato eleito como explicitado.⁸ Desse modo, a ação de investigação judicial deve ser ajuizada até a data da diplomação, sob pena de operar-se a decadência do direito.⁹

2.5. Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, ação constitucional prevista no artigo 14, § 10, da Constituição Federal

A Ação de Impugnação de Mandato Eletivo é uma ação constitucional, que se processa em segredo de justiça perante a Justiça Eleitoral, na conformidade

8. Cf. Pedro Henrique Távora Niess, in *Direitos políticos*, 1ª ed., Bauru, Edipro, 2000, pp. 227/228: “Os eleitos só podem ser plena e produtivamente representados até antes de receberem os diplomas, porque a diplomação lhes assegura ataque mediante a ação contemplada no artigo 14, §§ 10 e 11, da Constituição Federal, ou o recurso estipulado no artigo 262, inciso IV, do Código Eleitoral, que não prejudicam o exercício do mandato. A representação, por si, pode levar à inelegibilidade para as disputas realizáveis nos três anos seguintes, mesmo que julgada após a diplomação, sem que tenha sido utilizado o recurso contra a diplomação ou ação de impugnação de mandato, mas não se justifica seja apresentada no lugar daquelas medidas, que também produzem esse efeito e têm como marco inicial a diplomação. Portanto, em suma, a representação é cabível até a data da diplomação”.

9. Jurisprudência do TSE, RE nº 15.263, DJ 11/6/1999, ementa: “Ação de investigação judicial. Prazo para propositura. Falta de promoção da citação do vice-prefeito. Litisconsorte necessário. Decadência consumada. Extinção do processo. I - A ação de investigação judicial do artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90 pode ser ajuizada até a data da diplomação. II - A norma do artigo 263 do CPC pressupõe o atendimento das exigências legais, inclusive as relativas ao litisconsórcio. III - Não promovida, pelo autor, a citação de litisconsorte necessário até esta data, o processo deve ser extinto em face da decadência. Recurso provido”.

10. Humberto Teodoro Junior, citando José Antonio Fichtner, in *Ação de impugnação de mandato eletivo*: “(...) Por outro lado, de quem quer que seja o *onus probandi*, a prova, para ser eficaz, há de apresentar-se como completa e convincente a respeito do fato de que deriva o direito discutido no processo.” (1ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 89).

11. Fávila Ribeiro. *Abuso de poder no direito eleitoral*, São Paulo, Forense, 1998: “O processo (...), seja ele qual for, objetiva a colheita da verdade, fornecendo elementos de convencimento sobre a inculpação de alguém sobre ato ilícito determinado, não podendo ficar vagueando no terreno movediço das suposições ou suspeitas, mas em provas que nele se devem ter produzido, contando com a atuante participação dos protagonistas e somente assim haverá feição contraditória”.

do artigo 14, § 10, da Constituição Federal. O prazo para o ajuizamento dessa ação é de quinze dias, contados da diplomação, com provas da corrupção, abuso do poder econômico ou fraude que demonstrem o comprometimento da normalidade do pleito ou da influência sobre o eleitorado, que devem ser produzidas inicialmente ou durante a instrução processual.¹⁰

Além disso, cumpre destacar que, se a ação visa impugnar um mandato eletivo, ou seja, cassar uma manifestação de vontade do eleitor, a prova da corrupção, do abuso do poder econômico ou fraude deve ser suficientemente convincente, cabal e de idoneidade inegável, haja vista a gravidade do fato e das conseqüências dele advindas, não se podendo aceitar provas presumidas ou por presunção ou testemunhais de credibilidade contestável.¹¹

Nesse sentido a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, que exige o nexo de causalidade entre o fato alegado e a falta de lisura do pleito, que deve ser comprovado nos autos por provas idôneas e convincentes.^{12/13}

O prazo para proposição da ação de impugnação

12. Eis o teor do Acórdão nº 11.658, Rec. nº 11.658, Classe 4ª, Ministro Relator Jesus Costa Lima, in *JTSE* v. 7, nº 4, out./dez. de 1996: “Inexistência de nexo de causalidade entre os fatos apurados e o comprometimento da lisura e normalidade do pleito (...) Recurso desprovido (...) A caracterização do abuso de poder econômico é questão extremamente delicada, a exigir cautela e prudência do Magistrado, no sentido de perquirir acerca de sua ocorrência, com suporte em **provas robustas e incontrovertidas**, até mesmo para que o instrumento legal não se preste a servir de apoio a adversários políticos, em suas ferrenhas disputas, em detrimento da lisura do pleito, da normalidade das eleições e do cotidiano municipal. (...) Assim, depreendo da matéria posta a julgamento que o povo é o primeiro detentor do poder do Estado e que cabe a ele escolher os seus governantes, outorgando-lhes o poder que detém, não cabendo ao Poder Judiciário, que é um poder constituído, frustrar a livre manifestação e a vontade popular expressa originariamente nas urnas, sem provas concretas de que esta manifestação de vontade foi inequivocamente fraudada ou conseguida de forma enganosa ao próprio povo”. Neste mesmo acórdão foi feita referência ao eminente Ministro Oscar Dias Correa, do TSE, a respeito do V. Acórdão nº 8.283, Recurso nº 6.350/CE (BE 426, pp. 6/8), onde manifestou: “Por isso, o que a uns parece abuso, visto dos autos, com as provas que apresentam, pode ser insuficiente quando se põe em risco e em cheque a fruição de direitos políticos fundamentais”.

13. TSE, Acórdão nº 11.725, Rec. nº 11.725, Classe 4ª, Ministro Relator Fláquer Scartezini (in *JTSE* v. 7, nº 2, abr./jun. de 1996): “Eleições municipais de 1992. Ação de impugnação de mandato. Prefeito e vice-prefeito. Abuso de poder econômico. Inocorrência. Inexistência de nexo de causalidade entre os fatos apurados e o comprometimento da lisura e normalidade do pleito. (...) Recurso não conhecido”.

de mandato eletivo é decadencial e o seu ajuizamento extemporâneo acarreta na perda do direito de impugnar o mandato almejado.¹⁴

No tocante ao rito da ação de impugnação de mandato eletivo, a Constituição Federal bem como o Código Eleitoral mantiveram-se silentes. Diante das inúmeras discussões que se travaram nos Tribunais Eleitorais, sempre nos perfilhamos ao entendimento de que o procedimento comum ordinário constante do Código de Processo Civil seria o adotado para a ação de impugnação. No entanto, a recente Resolução nº 21.634 – Instrução nº 81 – Classe 12ª - Distrito Federal – Brasília, do Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, normatizada neste ano de 2004, em questão de ordem envolvendo o procedimento a ser adotado para os casos em que se deva provocar a ação de impugnação de mandato eletivo, decidiu que o rito a ser observado na tramitação de referida ação até a sentença é o do artigo 3º e seguintes da Lei Complementar nº 64/90, e não o do Código de Processo Civil, cujas disposições são aplicáveis apenas subsidiariamente, adotando como razão de julgamento a celeridade inerente aos procedimentos que envolvem a matéria eleitoral.¹⁵

Note-se que não é necessária a citação do partido político pelo qual o candidato disputou as eleições. Neste sentido, destaca o jurista Pedro Henrique

Távora Niess:¹⁶ “No pólo passivo da relação processual estará, exclusivamente, o candidato que, favorecido com o abuso de poder econômico, corrupção ou fraude, tenha logrado diplomar-se, estando apto ao exercício do mandato, não sendo o caso de figurar como litisconsorte necessário agremiação política que lhe apoiou a candidatura”.

Todavia, no pólo passivo, torna-se obrigatória a formação de litisconsórcio passivo necessário, entre o candidato favorecido e seu vice ou suplentes na chapa, porque eleitos com os mesmos votos, à vista da indivisibilidade da chapa que formaram, a fraude, a corrupção ou o abuso do poder econômico terão maculado a eleição comum, sendo todos igualmente afetados pela decisão judicial,^{17/18} e, portanto, beneficiados pela prática de tal ilícito eleitoral. Com efeito, havendo a falta de citação do litisconsórcio necessário, impõe-se a extinção do feito sem julgamento do mérito, decaindo-se também no direito por configuração da decadência.

16. Pedro Henrique Távora Niess, em sua obra, *Ação de impugnação de mandato eletivo*, 1ª ed., São Paulo, Edipro, 1996, p. 59.

17. Pedro Henrique Távora Niess, *op. cit.*, p. 59: “Sem dúvida, eleitos os candidatos a titular e a vice ou a suplentes, com os mesmos votos, à vista da indivisibilidade da chapa que formaram, a fraude, a corrupção ou o abuso de poder econômico terão maculado a eleição comum, sendo todos igualmente afetados pela decisão judicial. Tem o vice (como os suplentes de senador), pois, o direito de ser convocado para defender-se amplamente das acusações constantes da inicial e que põem em risco o seu mandato, na mesma medida em que é atacado o mandato do seu companheiro de chapa, sendo indiferente a sua participação nos fatos repudiados, como visto. Sendo os vices e suplentes aludidos litisconsortes passivos necessários não há como se entender possa a ação ser considerada corretamente ajuizada apenas contra o titular. Neste caso, a propositura da ação de impugnação de mandato eletivo se daria incompletamente, tanto que o Código de Processo Civil, no preceito citado (art. 50), ordena a extinção do processo sem julgamento do mérito, quando os litisconsortes imprescindíveis não forem chamados a integrar a demanda”.

18. Nesse sentido, a decisão do E. TSE, Acórdão proferido em Agravo Regimental de nº 14.979, Classe 10ª, Relator o Ministro Marco Aurélio: “Ação de Impugnação a mandato - Litisconsórcio - Natureza - Prazo de decadência. Nas eleições em geral, o voto atribuído ao candidato beneficia, automaticamente, o vice que com ele compõe a chapa. Evocado na ação de impugnação de mandato eletivo - §10, artigo 14 da CF - vício capaz de contaminar os votos atribuídos à chapa, impõe-se a observância do litisconsórcio necessário unitário, devendo a ação, dirigida contra ambos os mandatos, estar ajuizada no prazo decadencial de 15 dias. (...) Deixando o autor para ajuizar a ação no último dia do prazo fixado, o fazendo de modo incompleto, descabe a providência, no que jungida a utilidade. O preceito não tem o condão de ressuscitar prazo decadencial já consumado”.

14. Moacyr Amaral Santos, in *Primeiras linhas de direito processual civil*, Saraiva, 1º vol.: “Decadência é a extinção do direito, diretamente, e com ele a ação que o protege (Câmara Leal). O direito se extinguiu em razão do tempo. Configura-se como uma exceção do direito material, que, devendo ser provada, cumpre, em primeiro lugar, ser alegada pelo interessado, podendo, entretanto, ser conhecida de ofício, se dos autos houver elementos probatórios para declará-la. Corresponde sempre à negação do direito alegado pelo autor: o direito alegado não mais existe”.

15. “Questão de Ordem. Ação de impugnação de mandato eletivo. Artigo 14, § 10, da Constituição Federal. Procedimento. Rito ordinário. Código de Processo Civil. Não-observância. Processo eleitoral. Celeridade. Rito ordinário da Lei Complementar nº 64/90. Registro de candidato. Adoção. Eleições 2004.

1. O rito ordinário que deve ser observado na tramitação da ação de impugnação de mandato eletivo, até a sentença, é o da Lei Complementar nº 64/90, não o do Código de Processo Civil, cujas disposições são aplicáveis apenas subsidiariamente.

2. As peculiaridades do processo eleitoral - em especial o prazo certo do mandato - exigem a adoção dos procedimentos céleres próprios do Direito Eleitoral, respeitadas, sempre, as garantias do contraditório e da ampla defesa.” (Resolução nº 21.634, Instrução nº 81 - Classe 12ª - Distrito Federal - Brasília - Relator: Ministro Fernando das Neves)

A decisão que declara a inelegibilidade do candidato beneficiado pela corrupção, abuso ou fraude, cancelando o mandato, só produzirá os seus efeitos após o trânsito em julgado da decisão.

2.6. Representação por corrupção eleitoral, por compra de votos, com fulcro no artigo 41-A da Lei nº 9.504/97

O artigo 41-A da Lei Eleitoral foi introduzido pela Lei nº 9.840/99, que prevê a Representação pela captação do sufrágio, cujo processamento da conduta ilícita deve ser feito seguindo o rito da investigação judicial eleitoral, e, portanto, os procedimentos do artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90, frisando-se que, deste, aplicam-se apenas as disposições processuais, que são descritas até o inciso XIII, inclusive.

É uma ação de natureza administrativa, que traz consequências apenas à candidatura do político. Não há sanção penal prevista nessa norma. O artigo 41-A pune com multa de mil a cinquenta mil Ufir e cassação do registro ou do diploma, ao candidato que doar, oferecer, prometer ou entregar ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública.

19. Ementa: “Medida cautelar em que se pleiteia efeito suspensivo a recurso especial contra decisão de Tribunal Regional que nega liminar para suspender eficácia de decisão que julga procedente ação de impugnação de mandato eletivo pela prática da conduta descrita no artigo 41-A da Lei nº 9.504, de 1997.

1. São imediatos os efeitos da sentença que julga procedente ação de impugnação de mandato eletivo pela prática da conduta descrita no artigo 41-A da Lei nº 9.504, de 1997. Pertinência da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral relativa às representações. Situação em que não se aplica o artigo 216 do Código Eleitoral.

2. Embora seja admitida a concessão de efeito suspensivo a recurso manifestado contra tal decisão, o acórdão recorrido, examinando as circunstâncias do caso concreto, não entendeu presentes os pressupostos necessários ao deferimento de tal medida cautelar. Inviabilidade de, em novo juízo cautelar, modificar essa decisão e suspender os efeitos da sentença.

3. Conveniência de evitar-se sucessivas alterações no comando da administração municipal.

Cautelar indeferida”.

MC - Medida Cautelar - Tipo do Documento - Nº Decisão Município - UF Origem - Data 1 - Acórdão 1049 Sousa - PB 21/5/2002 Relator(a) Sálvio de Figueiredo Teixeira - Relator(a) designado(a) Fernando Neves da Silva - Publicação DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 6/9/2002, Página 206 (grifos nossos).

Tanto o artigo 41-A da Lei das Eleições quanto o artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90 guardam semelhanças. A investigação judicial visa resguardar a legitimidade do pleito, e seu provimento depende de um juízo de probabilidade que indique que a conduta abusiva ameaça a igualdade entre os candidatos. A representação prevista pelo artigo 41-A tem a mesma objetividade jurídica do artigo 299 do Código Eleitoral: visa proteger a liberdade de voto de um eleitor que seja, que está ameaçada pela intervenção abusiva do poder político ou econômico.

Têm legitimidade para ajuizar a representação pela captação do voto o candidato, o partido político, a coligação e o Ministério Público. A grande inovação que se infere deste dispositivo é que uma vez provada a corrupção eleitoral o candidato terá cassado o seu registro de candidatura ou o seu diploma, ainda que a diplomação já tenha sido efetivada. Em outras palavras, deve o juiz sentenciante cassar o registro do candidato, mesmo depois da realização da votação, e, caso já tenha havido a diplomação, esta poderá ser cassada.

O ajuizamento da ação de impugnação de mandato eletivo ou a interposição do recurso contra a diplomação são desnecessários, considerando que a cassação da diplomação pode ser decretada nos autos da representação instaurada com fulcro no artigo 41-A, a produzir seus efeitos já no momento da prolação da sentença, ou seja, de imediato,¹⁹ independentemente do trânsito em julgado desta, retroagindo para alcançar o registro ou o diploma, ainda que o candidato eleito já esteja exercendo o mandato eletivo.

O procedimento do artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90 deve ser observado somente com relação aos incisos I a XIII, porque, como foi dito acima, as sanções de cassação do registro ou do diploma já vêm disciplinadas no próprio artigo 41-A.

A diferença entre a Investigação Judicial e a representação com base no artigo 41-A está em que, na Investigação Judicial a sanção prevista é a inelegibilidade nos três anos seguintes à eleição em que se verificou com a cassação do registro. É exigido que a conduta abusiva seja capaz de exercer influência sobre a vontade popular; faz-se o juízo de probabilidade sobre a influência causada pela conduta em questão no resultado do pleito. Se a conduta

caracterizar fraude, corrupção ou abuso de poder econômico, mas for inábil para prejudicar a legitimidade do resultado do pleito, não se aplicará a sanção.

Na Representação criada pela Lei nº 9.840/99 as sanções previstas são, além da cassação do registro, o estabelecimento de multa que varia de 1.000 a 50.000 Ufir e cassação do diploma. Não se exige que a conduta ilícita prejudique ou possa prejudicar o resultado do pleito. Em sede de representação, se restar provada uma única conduta vedada, as penas previstas pelo artigo 41-A serão aplicadas. A objetividade jurídica da representação também é de resguardar a lisura do pleito, contudo, pode atingir o registro da candidatura sem aferir a probabilidade sobre a influência daquele ato no resultado do pleito.

2.7. Recurso contra a diplomação

O recurso contra a expedição de diploma deve ser interposto com elementos probatórios suficientes e cabais que demonstrem a existência do fato que justifique e fundamente a cassação ou a expedição de diploma. Tal via processual não é adequada para a investigação da prática do delito, mas objetiva a cassação ou concessão do diploma, quando cabalmente comprovada e configurada qualquer uma das hipóteses do artigo 262 do Código Eleitoral.

O recurso contra a diplomação exige a prova pré-constituída, tendo por objeto a investigação judicial, com trânsito em julgado, com declaração de reconhecimento da prática do referido ilícito eleitoral ou comprovação cabal da sua materialidade e autoria.²⁰ O Recurso contra a expedição de diploma, para a configuração da prova pré-constituída, exige a existência de investigação judicial julgada procedente e com trânsito em julgado, ou seja, não se pode considerar como prova pré-constituída a decisão em investigação judicial não transitada em julgado no momento do ajuizamento do recurso contra a expedição do diploma.

Contudo, entendimento diverso deve ser estabelecido para o Recurso Contra a Diplomação, fundado no inciso IV do artigo 262 do Código Eleitoral, modificado pela Lei nº 9.840, que o prevê para a *concessão ou denegação do diploma em manifesta contradição com a prova dos autos, nas hipóteses do artigo 222 desta Lei, e do artigo 41-A da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.*

Com efeito, o artigo 222 do Código Eleitoral dispõe que: “É também anulável a votação, quando viada de falsidade, fraude, coação, uso de meios de que trata o artigo 237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei”.

E o artigo 41-A da Lei nº 9.504/97 prevê que: “Ressalvado o disposto no artigo 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no artigo 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990”.

Deste modo, observa-se que através de uma simples análise da norma disposta neste artigo 262 citado, impôs o legislador que a cassação do diploma deve se dar quando o caso concreto contiver provas inequívocas da ocorrência de fatos previstos no artigo 222 do Código Eleitoral ou no artigo 41-A da Lei nº 9.504/97.

Assim, em tais hipóteses, há de prevalecer o entendimento de que a prova pré-constituída deva ser sim produzida através de uma Investigação Judicial Eleitoral ou Representação Eleitoral, de modo que, quando interposto o Recurso Contra a Diplomação, este já possa ser instruído com as provas obtidas através daquelas ações, mas não de que aquelas devam transitar em julgado, uma vez que a própria exigência da presença desta prova pré-constituída é apenas reflexo da impossibilidade de se produzir qualquer prova no âmbito do Recurso Contra a Diplomação.

Portanto, para a cassação do diploma há de existir apenas a prova da captação de sufrágios vedada pela lei. Assim, nos termos do que dispõem as normas ora comentadas, instruindo-se os autos de recurso contra a diplomação com a sentença que

20. TSE, Acórdão nº 1280C, de 5/10/1999. Relator: Ministro Eduardo Alckmin: “Recurso contra a expedição de diploma contra prefeito e vice-prefeito - Existência de investigação judicial julgada procedente por abuso de poder político - Inexistência de trânsito em julgado - Não configuração de prova pré-constituída. Não se pode considerar como prova pré-constituída a decisão em investigação judicial não transitada em julgado no momento do ajuizamento do recurso contra a expedição do diploma. Precedente do TSE”.

reconhece caracterizada a infração ao artigo 41-A, constitui esta a prova pré-constituída, o que torna o recurso contra a diplomação admissível em juízo. Em outras palavras, se as provas ali colhidas são suficientes a indicar, de maneira cabal, a prática de captação de sufrágio, ou seja, uma vez que a captação de sufrágio está devidamente comprovada nestes autos, conseqüentemente, em atenção ao artigo 262, inciso IV, do Código Eleitoral, o diploma deve ser cassado, já que expedido de forma contrária à prova dos autos, não necessitando, a hipótese tratada, do trânsito em julgado da Investigação Judicial Eleitoral ou Representação Eleitoral.

2.8. Mandado de segurança

O mandado de segurança é muito utilizado na Justiça Eleitoral. Deve ser impetrado para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas-data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Em linhas gerais, seguem-se as normas estabelecidas na Lei nº 1.533/51, no tocante ao processamento e julgamento do mandado de segurança. No âmbito da Justiça Eleitoral, o Código Eleitoral atribui competência para processar e julgar o mandado de segurança, estabelecendo, no artigo 22, inciso I, letra “e”, a competência do Tribunal Superior Eleitoral, no artigo 29, inciso I, letra “e”, a competência dos Tribunais Regionais Eleitorais, e no artigo 35, inciso III, a competência dos Juízes Eleitorais.

2.9. Medidas cautelares

A medida cautelar segue o rito do artigo 798 do Código de Processo Civil, e deve ser ajuizada sempre que “*houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação*”. Na Justiça Eleitoral tem sido freqüentemente utilizada com

o fim de obter efeito suspensivo ao recurso, isto porque os recursos no Direito Eleitoral, em regra, não têm efeito suspensivo.

O processo cautelar não tem um fim em si mesmo, será sempre instrumental, de natureza acautelatória. Exige-se, desse modo, para o provimento jurisdicional que será dado em resposta ao pedido imediato formulado pelo requerente, além das condições genéricas de qualquer ação, dois requisitos específicos: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O requisito do *fumus boni iuris*, isto é, da fumaça do bom direito, relaciona-se com a probabilidade da existência do direito afirmado pelo requerente da medida cautelar, e o segundo requisito, do *periculum in mora*, isto é, perigo na demora, define-se como o fundado receio de que o direito afirmado pelo requerente sofra um dano irreparável ou de difícil reparação.

2.10. Ação rescisória

A ação rescisória, no âmbito eleitoral, tem a sua admissibilidade restrita quanto à matéria e órgão processante, e vem disciplinada no artigo 22, inciso I, letra “j”, do Código Eleitoral, que dispõe que “*competete ao Tribunal Superior Eleitoral, processar e julgar originariamente, a ação rescisória, nos casos de inelegibilidade, desde que intentada dentro do prazo de 120 (cento e vinte) dias de decisão irrecorrível, possibilitando-se o exercício do mandato eletivo até o seu trânsito em julgado*”.

Infere-se do dispositivo legal supracitado que a ação rescisória, no processo eleitoral, somente é admitida perante o Tribunal Superior Eleitoral contra decisões de sua própria lavra, em sede originária ou recursal, quando decorra do *decisum* a declaração de inelegibilidade do autor da rescisória, observado o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias do seu trânsito em julgado, e com fundamento em uma das hipóteses previstas no artigo 485 do Código de Processo Civil.

Nota-se que, inadmissível a ação rescisória que vise rescindir julgado interposto junto ao Tribunal Regional Eleitoral. Neste caso, deve ser extinta, sem o julgamento do mérito, em razão da ausência dos pressupostos de admissibilidade, porque não cabe ação rescisória perante os Tribunais Regionais Eleitorais, de vez que o artigo 29, inciso I, do Código Eleitoral, não traz essa previsão no rol de sua competência originária.²¹

21. Nesse sentido, TRE/SP: “Direito processual civil. Ação Rescisória. Seu descabimento no Tribunal Regional Eleitoral. 1 - O artigo 29, I, do Código Eleitoral, não prevê a ação rescisória no rol da competência originária dos tribunais regionais eleitorais, sendo certo, ainda, que a ação dessa natureza é cabível no Colendo Tribunal Superior Eleitoral, mas apenas nos casos de inelegibilidade (art. 22, j, do diploma legal citado). 2 - Processo extinto, sem exame do mérito” (acórdão TRE/SP nº 138.790, Ação Rescisória nº 354 - Classe 11ª, Relator Juiz Souza Pires, julgamento em 23/11/2000).

Nessa linha de entendimento, consigna o jurista Joel José Cândido que: “Não há dúvida de que ao TSE, e somente a ele, compete processar e julgar a Ação Rescisória Eleitoral, mesmo porque foi o artigo 22, I, do Código Eleitoral, o escolhido pelo legislador para sofrer acréscimo legislativo decorrente da alínea *j*, retromencionado. Dúvida poderá surgir – e há – é sobre qual a decisão que poderá sofrer a rescisória. Temos que a Corte Superior Eleitoral só poderá rescindir as decisões por ela proferidas, a qualquer título (a título originário ou recursal), ficando insuscetível o aforamento de rescisória contra *res judicata* proveniente das instâncias inferiores da Justiça Eleitoral”.²²

Em suma, a Lei Complementar nº 86/96, ao introduzir a ação rescisória no âmbito da Justiça Eleitoral, atribuiu competência somente ao Tribunal Superior Eleitoral para o seu processamento e julgamento, e somente nos casos de inelegibilidade (art. 22, inciso I, alínea “j”, do Código Eleitoral).

A ação rescisória, por ser incompatível com a celeridade do julgamento e estabilidade de suas decisões, não é cabível na Justiça Eleitoral em situações outras que não aquela expressamente ressal-

vada no artigo 22, I, “j”, do Código Eleitoral, versando sobre inelegibilidade.

Bibliografia

CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*, 7ª ed., Edipro, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto (*apud* José Antonio Fichtner), *Impugnação de mandato eletivo*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

NISS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos*, 2ª ed., Bauru, Edipro, 2000.

RIBEIRO, Fávila. *Abuso de poder no direito eleitoral*, São Paulo, Forense, 1998.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, Saraiva.

JARDIM TORQUATO. *Direito eleitoral positivo*, 2ª ed., Brasília Jurídica.

22. Joel José Cândido, in *Direito eleitoral brasileiro*, 8ª ed., Edipro, 2000, p. 256.

Propaganda eleitoral

Alvaro Lazzarini

Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo; professor aposentado de Direito Administrativo da Academia de Polícia Militar do Barro Branco; sócio colaborador do Instituto dos Advogados de São Paulo; membro do Conselho Deliberativo do Instituto “Pimenta Bueno” – Associação Brasileira dos Constitucionalistas; membro associado da IACP – *International Association of Chiefs of Police (USA)*

Cecília Romano

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; pós-graduada em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura; analista judiciário junto ao gabinete da presidência do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo

Sumário

1. Poder de Polícia Eleitoral;
2. Conceito de propaganda e princípios aplicáveis;
3. Espécies de propaganda;
 - 3.1. Propaganda eleitoral;
 - 3.2. Propaganda partidária;
 - 3.3. Propaganda intrapartidária;
 - 3.4. Propaganda institucional;
 - 3.5. Propaganda permitida;
 - 3.6. Propaganda irregular e criminosa;
 - 3.7. Propaganda antecipada;
4. Tópicos particulares;
 - 4.1. Aliciamento de eleitores (ou “boca-de-urna”);
 - 4.2. Direito de resposta;
 - 4.3. Propaganda via internet;
 - 4.4. Pintura de muros;
 - 4.5. Adesivos;
 - 4.6. Inauguração de obra pública no período de campanha;
 - 4.7. Brindes;
 - 4.8. Carreata.

1. Poder de Polícia Eleitoral

Poder de Polícia é um conjunto de atribuições da Administração Pública, como poder público, indelegáveis aos entes particulares, embora possam estar ligados àquela, tendentes ao controle dos di-

reitos e liberdades das pessoas, naturais ou jurídicas, a ser inspirado nos ideais do bem comum, e incidentes não só sobre elas, as pessoas, como também em seus bens e atividades.

A teoria geral do Poder de Polícia apresenta este poder administrativo como dotado de três atributos, ou seja: **a)** o *discricionarismo do ato de polícia*; **b)** a *auto-executoriedade do ato de polícia*; e **c)** a *coercibilidade do ato de polícia*. *Discricionarismo* é a porção de liberdade outorgada pela lei ao administrador público para que este, mediante critérios de oportunidade e conveniência, possa escolher a alternativa mais adequada à solução do caso concreto. *Auto-executoriedade* é a possibilidade que tem a Administração Pública de, pelos próprios meios, fazer cumprir as suas decisões sem a necessidade de recorrer previamente ao Poder Judiciário. Por fim, *coercibilidade* é a imposição coativa de medidas pela Administração Pública diante da resistência do particular em obedecê-la, sendo cabível, até mesmo, o emprego de força física. Consiste num desdobramento e corolário da auto-executoriedade.

Os modos de atuação da polícia administrativa eleitoral se revelam em quatro fases, no dizer de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*Curso de direito administrativo*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Fo-



rense, 2001, p. 388): a *ordem de polícia*, o *consentimento de polícia*, a *fiscalização de polícia*, e a *sanção de polícia*, nesta incluído o *constrangimento de polícia*.

Segundo o mesmo autor, e em continuação ao seu ensino, “a *ordem de polícia*, que inicia o *ciclo de atuação de polícia* e o valida, é o *preceito legal*, a satisfação da reserva constitucional (art. 5º, II) para que *se não faça* aquilo que pode prejudicar o interesse geral ou para que *se não deixe de fazer* alguma coisa que poderá evitar ulterior prejuízo público, portanto, se apresentando sob duas modalidades”, sendo que “a *limitação* é o instrumento básico da atuação administrativa do poder de polícia”.

O *consentimento de polícia*, em decorrência, é o ato administrativo de *anuência*, que possibilita a utilização da propriedade particular ou o exercício da atividade privada, nas hipóteses em que o legislador tenha exigido *controle prévio*, por parte da Administração, da *compatibilização do uso do bem ou de exercício da atividade com o interesse público*”.

Quanto à *fiscalização de polícia* – continua Diogo de Figueiredo Moreira Neto – “ela se fará tanto para a verificação do cumprimento das *ordens de polícia*, não apenas quanto àquelas que não admitem exceções, como para observar se não estão ocorrendo abusos nas utilizações de bens e nas atividades privadas que foram consentidas pela Administração, pela outorga de licença ou autorizações. A utilidade da fiscalização é dupla: primeiramente, realiza a *prevenção* das infrações pela observação do cumprimento, pelos administrados, das ordens e dos consentimentos de polícia; em segundo lugar, prepara a *repressão* das infrações pela constatação formal dos atos infringentes. A fiscalização pode ser deflagrada *ex-officio* ou provocada por quem quer que tenha interesse no cumprimento da ordem ou em manter, prorrogar ou remover certo consentimento de polícia”.

Finalmente, no que se refere à *sanção de polícia*, observa o citado administrativista, “falhando a fiscalização preventiva, e verificada a ocorrência de infração às *ordens de polícia*, desdobra-se a fase final do *ciclo aplicativo*, com a *sanção de polícia*, que vem a ser a *submissão coercitiva do infrator a medidas inibidoras (compulsivas) ou dissuasoras (suasivas) impostas pela Administração*”.

Distingue-se, nesta fase, com Otto Mayer, a *pena de polícia*, que é sanção coercitiva que se aplica uma

vez consumada a infração, do *constrangimento de polícia*, que é sanção aplicada contemporaneamente à infração ou na iminência de ser consumada, certo que “a *sanção de polícia*, em suma, é ato unilateral, extroverso e interventivo, que visa a assegurar, por sua aplicação, a *repressão da infração* e a restabelecer o atendimento do interesse público, compelindo o infrator à prática de ato corretivo, ou dissuadindo-o de iniciar ou de continuar a cometer uma transgressão administrativa”.

Mas, quando se afirma que à Justiça Eleitoral, também, se cometeu Poder de Polícia Eleitoral, a assertiva causa espanto aos não ligados ao tema do Poder de Polícia, que é um dos mais importantes poderes instrumentais da Administração Pública.

Afinal, órgão do Poder Judiciário exercendo atividade de polícia que, por excelência, é atividade tipicamente administrativa, na sua dúplice classificação de polícia administrativa e de polícia judiciária, motiva este espanto, em especial em setores de veículos de comunicação social, encarregados de bem informar, que não conseguem entender como um juiz possa ser transformado em polícia eleitoral.

O espanto não tem razão de ser, porque o Código Eleitoral, Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, dedica o Capítulo II, do Título IV, da sua Parte Quarta, à “Polícia dos Trabalhos Eleitorais” (“*Da Polícia dos Trabalhos Eleitorais*”), dispondo no seu artigo 139 que “ao Presidente da Mesa Receptora e ao Juiz Eleitoral cabe a *polícia dos trabalhos eleitorais*”.

À Justiça Eleitoral, de outra parte, cabe empenhar todos os esforços a fim de coibir a propaganda eleitoral irregular, bem como o abuso do poder político, econômico e dos veículos e meios de comunicação social, visando a igualdade entre os candidatos e assim o equilíbrio do pleito.

Bem por isso, com uma Justiça Eleitoral atuante, tal poderá ser, pelo menos, minimizado, dando-se cumprimento ao *Poder de Polícia Eleitoral* de que ela está legitimamente investida, com todos os seus atributos da *discrecionabilidade do ato de polícia eleitoral*, que não deve ser confundido com arbítrio, pois deverá conformar-se com o *princípio da legalidade*, como também com os *princípios jurídicos da realidade e da razoabilidade*, e, ainda, com os atributos da *auto-executoriedade do ato de polícia eleitoral*, dentro do devido processo legal, e o *da coercibilidade do ato de polícia eleitoral*, no qual

será observado o *princípio da proporcionalidade* em relação à eventual resistência oposta ao ato de polícia eleitoral.

Lembremos que a Justiça Eleitoral atua, ecleticamente, no campo do Poder de Polícia porque uma das atribuições dessa Justiça Especializada é a de coibir práticas nocivas à igualdade entre os candidatos, tais como a realização de propaganda eleitoral irregular e o abuso do poder político, econômico ou de autoridade, e o uso indevido dos meios de comunicação social, atividades de efeitos maléficos quase irreversíveis, garantindo, assim, o equilíbrio da disputa eleitoral.

Neste seu atuar no campo do Poder de Polícia Eleitoral, a Justiça Eleitoral será *auxiliada* pelos órgãos das polícias judiciárias, os da Receita federal, estadual e municipal, os Tribunais e órgãos de contas, todos sempre a atendendo com prioridade sobre suas próprias atribuições, tudo por força do artigo 94, § 3º, da Lei das Eleições, Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.

Note-se que estes outros órgãos, estranhos que são à Justiça Eleitoral, só exercem atividade auxiliar de polícia e, mesmo assim, no limite de suas competências institucionais.

O Poder de Polícia Eleitoral, do qual só está legitimamente investida a Justiça Eleitoral, mostra-se mais evidente na fiscalização da propaganda eleitoral, ao prevenir e reprimir sua manifestação irregular e ilegal, quer na esfera administrativa propriamente dita, quer na área criminal, haja vista que se trata de uma forma extremamente eficiente de captação de votos.

Bem assim é que se comete à Justiça Eleitoral, como Justiça – Administração Pública, poderes de regular, controlar e conter os excessos no exercício da propaganda, em nome do interesse público, restando garantido o efetivo cumprimento de suas determinações pela cominação de sanções administrativas e penais.

No que se refere, especificamente, à Polícia Eleitoral, devemos ter presente que a Resolução nº 21.610, no artigo 69, normatiza as regras do poder de polícia para as eleições municipais.

Para que, assim, possa fazer prevalecer a *verdade eleitoral*, a Justiça Eleitoral deve ser considerada como *guardiã do processo eleitoral*, cabendo-lhe coibir abusos eleitorais em geral, inclusive os ligados a propaganda eleitoral.

À Justiça Eleitoral, bem por isso, embora órgão do Poder Judiciário Federal e que tem o típico monopólio da jurisdição eleitoral, compete, atipicamente, vasta competência administrativa, em especial a relacionada ao regular exercício do Poder de Polícia, ou seja, da atividade policial eleitoral, nos campos da denominada polícia *administrativa*, como também no da polícia *judiciária*, no que conta com o auxílio não só dos órgãos policiais que exercem atividades de polícia judiciária comum, como também de outros órgãos administrativos, como são os da Receita, federal, estadual e municipal, e dos Tribunais e órgãos de contas, na apuração dos delitos eleitorais, que deverão dar prioridade sobre suas atribuições regulares.

De qualquer modo os atos de polícia eleitoral são atos administrativos, que não se confundem com atos jurisdicionais, mesmo que praticados por autoridade judiciária competente.

Enfim, nos termos da legislação eleitoral de regência, a atividade policiada pela Justiça Eleitoral é eleitoral e, assim, devemos qualificar o Poder de Polícia como eleitoral, ou seja, há mesmo um Poder de Polícia Eleitoral, sendo que os atos dele decorrentes são atos de polícia eleitoral.

2. Conceito de propaganda e princípios aplicáveis

O artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal, dispõe que são fundamentos da República Federativa do Brasil:

- “I – soberania;
- II – cidadania;
- III – dignidade da pessoa humana;
- IV – valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V – pluralismo político.”

O parágrafo único do mesmo dispositivo prevê que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

A Constituição assegura, também, a liberdade de pensamento como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Para que se possa, então, viabilizar o pluralismo político, faz-se necessária a existência de partidos políticos, que devem observar os preceitos do artigo 17 da Lei Maior, e da propaganda, que é o instrumento eficaz para que a sociedade conheça as

propostas dos partidos e os candidatos, e possa, assim, eleger seus representantes.

Adentrando no tema, propaganda é, no dizer de Fávila Ribeiro (*Direito eleitoral*, 4ª ed., revista e ampliada, Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 379), “um conjunto de técnicas empregadas para sugerir pessoas na tomada de decisão”, tendo como finalidade a provocação de comportamentos, de aprovação ou rejeição, em terceiros. Diz-se, então, que propaganda é o ato ou efeito de difundir e divulgar princípios, idéias, pensamentos, teorias, procurando desencadear estados psicológicos que possam exercer influência sobre as pessoas. Assim, propaganda eleitoral é toda ação que visa o convencimento do eleitor para obtenção de votos, mas que não deverá empregar “meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais”, conforme disposto no artigo 242 do Código Eleitoral e artigo 7º da Resolução TSE nº 21.610, de 5 de fevereiro de 2004.

A propaganda tem como fundamento constitucional a liberdade de expressão, nos termos do artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal (“É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.”), propiciando confronto de idéias, debates, informação dos eleitores, entre outras vantagens. Demais disso, a propaganda, em quaisquer de suas modalidades, trará, obrigatoriamente, a legenda partidária (mas não existe sanção para o descumprimento), e o nome do candidato a prefeito e seu vice, de modo claro e legível, conforme determina o artigo 6º, *caput* e § 2º, da Resolução TSE nº 21.610. Não é permitida a propaganda apócrifa (art. 38 da Lei nº 9.504/97).

Destaque-se, também, que, se de um lado vivemos período de liberdade de expressão, de outro temos a veiculação das opiniões dos poucos grupos de comunicação, atingindo grande parte da população, o que configura um risco à própria liberdade de pensamento dos cidadãos. Daí dizer-se que a Justiça Eleitoral deve proteger não só a liberdade de expressão da propaganda, mas também a liberdade individual do eleitor, exercendo, para tanto, seu poder de polícia.

Segundo o mestre Joel José Cândido (*Direito eleitoral brasileiro*, 3ª ed. revista e atualizada, Bauru, Edipro, 1992, p. 133), a propaganda eleitoral rege-se pelos seguintes princípios:

1) legalidade: lei (em sentido amplo) deve regulamentar a propaganda;

2) liberdade: todos têm direito de fazer propaganda, conforme disposição legal;

3) responsabilidade: os partidos políticos, coligações, candidatos, adeptos e órgãos de imprensa devem ser responsabilizados pelos excessos que cometerem quando da divulgação de propaganda;

4) igualdade: há igualdade de oportunidades para todos;

5) disponibilidade: possibilidade de disposição da propaganda lícita. A lei eleitoral prevê a punição, com sanções penais, da propaganda criminosa e pune a propaganda irregular com sanções administrativo-eleitorais;

6) controle judicial da propaganda: a Justiça Eleitoral tem competência exclusiva para aplicar as normas sobre propaganda, exercendo, também, o poder de polícia na fiscalização.

3. Espécies de propaganda

A propaganda política é gênero, do qual são espécies propaganda eleitoral, propaganda partidária, propaganda intrapartidária e propaganda institucional. Observe-se, contudo, que, freqüentemente, o próprio Código Eleitoral confunde tais conceitos.

A Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, Lei dos Partidos Políticos, nos artigos 45 e seguintes, disciplina a propaganda partidária gratuita, enquanto a Lei nº 9.504, de 30 de novembro de 1997, Lei das Eleições, nos artigos 36 e seguintes, disciplina a propaganda eleitoral em geral.

As normas de propaganda eleitoral, presentes na Lei nº 9.504/97, disciplinam um momento do processo eleitoral, sendo produzidas especificamente para candidatos a cargo eletivo.

Enquanto a propaganda política abrange todo o processo eleitoral, a propaganda eleitoral e a partidária têm momentos próprios de veiculação.

Para as eleições municipais deste ano, foi editada a Resolução TSE nº 21.610, de 5 de fevereiro de 2004, que regulamenta a propaganda eleitoral e as condutas vedadas aos agentes públicos em campanha eleitoral.

3.1. Propaganda eleitoral

Ainda citando Joel José Cândido (*Direito eleitoral brasileiro*, 3ª ed. revista e atualizada, Bauru, Edipro, 1992, p. 130), propaganda eleitoral é forma

de obtenção de votos, utilizada pelos candidatos, partidos políticos ou coligações e veiculada em período próprio, sendo realizada em anos pares. Deve ser utilizada para divulgação das propostas e tendo em vista os cargos eletivos. Apresenta dois aspectos a serem observados: **a)** apelo ao voto (positivo ou negativo) e **b)** potencialidade de quebrar o princípio igualitário do pleito.

A propaganda eleitoral deste ano será permitida a partir do dia 6 de julho. A violação das regras temporais sujeita o infrator à multa.

É vedada a veiculação de propaganda **paga** no rádio e na televisão. Os horários gratuitos são garantidos aos partidos e coligações com candidato e representação na Câmara dos Deputados. Um terço do tempo será dividido igualmente; os outros dois terços serão divididos proporcionalmente ao número de representantes do partido ou coligação na Câmara dos Deputados na data do início da legislatura em curso.

Na hipótese de segundo turno, as emissoras de rádio e televisão reservarão dois períodos diários de vinte minutos para cada edição. O tempo de cada período será igualmente dividido entre os candidatos (art. 32 da Resolução TSE nº 21.610).

É facultada a transmissão por emissora de rádio ou televisão, independentemente da propaganda eleitoral gratuita, de debates sobre as eleições, majoritárias ou proporcionais. Naquelas, o debate só poderá ocorrer com a participação de todos os candidatos ou com grupos de pelo menos três deles. Admite-se a realização de debates sem a presença de um ou mais candidatos, desde que a emissora comprove o convite com antecedência mínima de 72 horas. Para as eleições de 2004, o Tribunal Superior Eleitoral regulamentou a realização de debates, especificando as regras nos artigos 25 e 26 da Resolução TSE nº 21.610. O artigo 27 da mesma Resolução, de outro lado, permite a participação em entrevistas, debates e encontros de pré-candidatos **antes** do dia 6 de julho, desde que mantido princípio da igualdade entre eles.

Não se admitirá censura prévia à propaganda ou qualquer forma de manifestação do pensamento (art. 220, § 2º, da CF e art. 53 da Lei nº 9.504/97: “Não serão admitidos cortes instantâneos ou qualquer tipo de censura prévia nos programas eleitorais gratuitos.”). Contudo, se houver abuso, os dirigentes partidários e seus representantes suportarão, solidaria-

mente, as sanções civis e penais, nos termos do artigo 242 do Código Eleitoral. Importa salientar que a Justiça Eleitoral, no exercício do seu poder de polícia, não tem a pretensão de impedir ou dificultar o direito de informação, mas sim salvaguardar os princípios constitucionais e os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

As emissoras de rádio e televisão não poderão dispensar tratamento privilegiado ou discriminatório a qualquer candidato, partido ou coligação, bem como divulgar nome de programa que se refira a candidato escolhido em convenção. A partir de 1º de agosto do ano da eleição, é vedado às emissoras veicular programa de candidato escolhido em convenção.

É vedada a participação de qualquer pessoa mediante remuneração. Entretanto, cidadão não filiado a outro partido político pode participar da propaganda eleitoral em apoio a candidatos de qualquer partido.

Em caso de descumprimento das normas, a emissora infratora estará sujeita a sanções, requeridas a pedido de partido, coligação ou candidato, e que podem levar à suspensão da programação por 24 horas, com duplicação da pena em caso de reincidência.

Está vedada, também, a censura prévia ou cortes instantâneos nos programas eleitorais gratuitos; o infrator, porém, ficará sujeito à perda do dobro do tempo usado na prática do ilícito, duplicada a pena na reincidência, além de eventual enquadramento no delito de divulgação de fatos inverídicos, calúnia, injúria ou difamação, conforme artigos 323 a 326 do Código Eleitoral, e artigo 38 da Resolução TSE nº 21.610.

A propaganda eleitoral na imprensa escrita é paga e permitida até o dia das eleições, nos limites de 1/8 de página de jornal ou 1/4 de página de revista ou tablóide. A propaganda realizada por meio de *outdoors* só é permitida após sorteio dos espaços pela Justiça Eleitoral, neste ano, realizado pelos juízos eleitorais dos respectivos municípios (arts. 22 e 2º da Resolução TSE nº 21.610).

Destaque-se que as emissoras de rádio e televisão têm direito à compensação fiscal pela cedência do horário gratuito para propaganda eleitoral, nos termos do artigo 99 da Lei nº 9.504/97 e artigo 76 da Resolução TSE nº 21.610. Importante ressaltar também que as instruções contidas nesta Resolução aplicam-se às emissoras de rádio e televisão comunitárias, às emissoras de televisão que operam em

VHF e UHF e aos canais de televisão por assinatura sob a responsabilidade do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, das assembleias legislativas e da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou das câmaras municipais (Lei nº 9.504/97, art. 57). Para os demais canais de assinatura, aplicam-se os artigos 23 e 24 da Resolução, vedada a veiculação de qualquer propaganda eleitoral, salvo a retransmissão integral do horário eleitoral gratuito e a realização de debates, aplicando-se, no entanto, as regras da Resolução (art. 75, *caput* e parágrafo único, da Resolução TSE nº 21.610).

Nos bens particulares, independe da concessão de licença ou autorização a veiculação de propaganda através de faixas, cartazes, inscrições, placas ou pinturas, bem como a distribuição de folhetos, volantes ou impressos, desde que identificado o partido, coligação ou candidato. Nos termos do § 2º do artigo 15 da Resolução TSE nº 21.610, “Compete à Justiça Comum processar e julgar as demandas que versem sobre pedido de indenização pela veiculação de propaganda eleitoral em bem particular, sem autorização do proprietário”.

É crime o uso de símbolos, frases ou imagens associadas ou semelhantes àsquelas utilizadas pela Administração Pública, direta ou indireta.

Não se admite, igualmente, a realização de propaganda eleitoral em língua estrangeira, conforme disposto no artigo 335 do Código Eleitoral e artigo 7º da Resolução TSE nº 21.610.

A realização de qualquer ato de propaganda eleitoral ou partidária (ex.: comícios) independe de licença da autoridade policial. Deve haver apenas comunicação, com pelo menos 24 horas de antecedência, para que seja garantido o direito de uso do local (art. 39, § 1º, da Lei nº 9.504/97, e art. 12 da Resolução TSE nº 21.610).

Em síntese, a veiculação de propaganda eleitoral é direito legalmente assegurado aos partidos políticos e às coligações, não podendo deixar de ser transmitida pelas emissoras de rádio e televisão. Quanto ao candidato cujo registro esteja *sub judice*, o artigo 17 da Resolução TSE nº 21.610 autoriza a prática de todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive a utilização do horário eleitoral gratuito.

3.2. Propaganda partidária

É a propaganda do partido político, tendo como finalidade a veiculação do programa e dos estatutos

do partido para captar filiados, seguidores e militantes. Ocorre em todos os semestres. O descumprimento na sua veiculação é punido com a cassação da exibição nos semestres seguintes ao da eleição.

O tempo de propaganda variará conforme o número de votos obtidos e o número de parlamentares que o partido eleger.

Para elaborar a propaganda, o partido pode utilizar recursos do fundo partidário, que é constituído pelas multas eleitorais, dotações orçamentárias da União, doações e outros recursos que lhe forem destinados por lei, de acordo com o disposto nos artigos 38 e 41, inciso II, da Lei nº 9.096/95, Lei dos Partidos Políticos.

O artigo 17, § 3º, da Constituição Federal, garante aos partidos políticos acesso gratuito ao rádio e à televisão. As emissoras de rádio e televisão, de outro lado, têm direito à compensação fiscal pela cedência do horário gratuito para propaganda partidária, conforme disposto no artigo 52, parágrafo único, da Lei nº 9.096/95, Lei dos Partidos Políticos.

3.3. Propaganda intrapartidária

Hipótese prevista no artigo 36, § 1º, da Lei nº 9.504, de 1997, Lei das Eleições, é a realizada no âmbito do partido político, na quinzena anterior à convenção de escolha dos candidatos, sendo a única espécie de propaganda permitida antes do dia 6 de julho, vedado, apenas, o uso de *outdoor*, rádio e televisão. Tem por objetivo a escolha, em convenção, dos candidatos aos cargos eletivos.

A escolha dos candidatos é feita pelos partidos, dentre os filiados há pelo menos 1 (um) ano antes do pleito (já que cada estatuto pode prever prazo maior), e deve ocorrer entre os dias 10 e 30 de junho do ano das eleições.

3.4. Propaganda institucional

É a utilizada para divulgação dos atos do Governo, isto é, seus programas, obras, serviços e campanhas e pagas pelos cofres públicos.

Assim, entende-se que a propaganda institucional tem a finalidade de informar a coletividade sobre as atividades da Administração, tendo em vista, sempre, caráter educativo e de orientação social.

Demais disso, salvo quando autorizada pela Justiça Eleitoral, é vedada a realização de publicidade

institucional nos três meses que antecedem as eleições (art. 73, VI, “b”, da Lei nº 9.504/97). Permite-se, no entanto, a publicidade referente às obras públicas em construção, no período de vedação da propaganda institucional, desde que não haja identificação do administrador que seja candidato a cargo eletivo.

Por fim, para que se admita a apuração, pela Justiça Eleitoral, por meio de investigação judicial, da propaganda eleitoral em desacordo com o artigo 37, § 1º, da Constituição Federal, é preciso comprovar a existência de indícios ou circunstâncias capazes de influir no resultado das eleições e que visem favorecer determinado partido político ou candidato, nos termos do artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90.

3.5. Propaganda permitida

Toda propaganda, realizada por qualquer meio e que não seja proibida por lei, é lícita, autorizada. Essa permissão visa proporcionar igualdade de oportunidades entre os concorrentes, evitando o abuso do poder econômico.

A propaganda eleitoral somente é permitida após a escolha do candidato pelo partido ou coligação em convenção. Assim, toda propaganda realizada antes de 6 de julho é irregular, exceto a intrapartidária, na quinzena anterior à das convenções.

3.6. Propaganda irregular e criminosa

A propaganda irregular provoca restrição ao princípio da liberdade. Tanto na irregular quanto na criminosa há previsão de sanções, mas nesta também há incidência de sanções criminais.

São exemplos de propaganda irregular aquela veiculada antes da escolha do candidato pela convenção dos partidos; a realizada a menos de 500 metros dos prédios dos poderes Executivo e Legislativo, dos tribunais judiciais, dos hospitais e casas de saúde, das escolas, bibliotecas públicas, igrejas e teatros quando em funcionamento e dos quartéis e outros estabelecimentos militares, entre outras.

O artigo 9º da Resolução TSE nº 21.610, fundamentado no artigo 243, I a IX, do Código Eleitoral, traz rol de propagandas que não serão toleradas pela Justiça Eleitoral.

Em se tratando de **propaganda irregular**, as **sanções** cabíveis são:

a) cassação do registro do candidato (art. 93, § 2º, da Lei nº 9.096/95);

b) ineficácia contratual de candidatos ou partidos com empresas que possam burlar ou tornar inexecutáveis quaisquer dispositivos do Código Eleitoral ou instruções baixadas pelo Tribunal Superior Eleitoral (art. 251 do Código Eleitoral);

c) responsabilidade civil dos dirigentes de partidos e comitês por quaisquer irregularidades (art. 93, II e § 2º, da Lei nº 9.096/95);

d) anulabilidade da votação (art. 222 do Código Eleitoral);

e) responsabilidade solidária entre partidos e candidatos pelos excessos (arts. 241 e 243, § 1º, do Código Eleitoral);

f) inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 3 (três) anos subseqüentes à eleição em que se verificou o ato, além da cassação do registro do candidato (Lei Complementar nº 64/90, art. 22, XIV).

Quanto a propaganda criminosa, aqui o legislador confundiu os conceitos de propaganda, o que pode fazer as sanções incidirem apenas em período determinado ou em qualquer época do período eleitoral, conforme a espécie. Os artigos 48 a 66 da Resolução TSE nº 21.610 tratam das disposições penais relativas à propaganda.

O procedimento empregado para coibir a propaganda criminosa se inicia com a investigação criminal, que pode ensejar a instauração de ação penal.

Em se tratando de propaganda irregular, a lei não previu procedimento específico, empregando-se, neste caso, o disposto para as reclamações e representações eleitorais.

Destaque-se, também, que é vedada a propaganda em bens cujo uso dependa de cessão ou permissão do Poder Público ou que a ele pertençam, sob qualquer forma, inclusive árvores e jardins localizados em áreas públicas e a propaganda por meio de pichação, inscrição a tinta ou colagem. “Bens de uso comum, para fins eleitorais, são os assim definidos pelo Código Civil e também aqueles a que a população em geral tem acesso, tais como cinemas, clubes, lojas, centros comerciais, igrejas, ginásios, estádios, ainda que de propriedade privada.” (art. 12, § 1º, da Resolução TSE nº 21.610).

É **permitida** a propaganda em viadutos, passarelas, pontes, postes públicos, desde que não sejam suporte de sinais de tráfego e não causem dano, di-

ficul tem ou impeçam o bom andamento do tráfego. Admite-se, inclusive, a colocação de bonecos e cartazes não fixos ao longo das vias públicas. Nestes casos, a preferência é do primeiro ocupante, devendo o juiz eleitoral zelar pela observância do princípio da igualdade.

Eventuais abusos na propaganda poderão caracterizar, também, crime ambiental, nos termos da Lei nº 9.605/98 (em especial os arts. 54, 62, 63 e 65) e de legislação municipal específica.

No âmbito da Polícia Eleitoral, bem por isso, na busca de *prevenir-se eficazmente* a prática de ilícitos eleitorais, como medida igualmente inibidora de conduta vedada em lei, será sempre oportuno e conveniente que, além das providências previstas na legislação eleitoral, sejam tomadas outras que refogem à matéria eleitoral, mas que, também, interessam, agora, à esfera da polícia ambiental, dado ser *infração penal ambiental*, o pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano, como previsto no artigo 65 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as infrações penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, sendo também tal conduta sancionada como *infração administrativa ambiental* prevista no artigo 52 do Decreto Federal nº 3.179, de 1999.

Note-se que os *bens jurídicos tutelados* são diversos a indicar que não haverá *bis in idem* nas sanções que possam ser aplicadas a quem infringir a legislação eleitoral e a ambiental, tudo igualmente, em respeito ao Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, que para todos os efeitos estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental, conforme o seu artigo 1º, parágrafo único.

Podendo, em tese, não ocorrer eventual ilícito eleitoral, mesmo assim a Justiça Eleitoral não deverá privar a Justiça Criminal comum e os órgãos da Administração da cidade de ter conhecimento oficial do ilícito ambiental para os fins devidos, sob pena de *improbidade administrativa* pela omissão, por atentar contra os princípios da administração pública por violar, pelo menos, os *princípios da legalidade e lealdade às instituições*, como previsto

no artigo 11, *caput*, da Lei da Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

Lembre-se, a propósito do *princípio da legalidade*, que o artigo 40 do Código de Processo Penal, em norma de ordem pública, é enfático ao dispor que: “Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia”.

Se tudo isto não bastasse para obrigar a Polícia Eleitoral a, também, como modo de atuação dissuasória, remeter peças à Justiça Criminal comum e à Municipalidade em relação ao ilícito ambiental, criminal e administrativo respectivamente, de lembrar que o artigo 225, *caput* e § 3º, da Constituição da República, contempla norma constitucional impositiva no sentido de que: “Art. 225 – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, sendo que: “§ 3º – As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. “Art. 85 – No prazo de até trinta dias após o pleito, os candidatos, os partidos políticos e as coligações deverão remover a propaganda eleitoral, com a restauração do bem em que fixada, se for o caso.

Parágrafo único. O descumprimento do que determinado no *caput*, sujeitará os responsáveis às consequências previstas na legislação comum aplicável.” (art. 85 da Resolução TSE nº 21.610).

As sanções penais aplicáveis estão disciplinadas nos artigos 323 a 328 do Código Eleitoral.

A atribuição para apurar as infrações eleitorais cabe à Polícia Federal e, em sua falta, à Polícia Civil, concorrentemente. A ação penal é pública, conforme artigo 355 do Código Eleitoral.

3.7. Propaganda antecipada

“A propaganda eleitoral somente será permitida a partir de 6 de julho de 2004” (art. 36, *caput*, da Lei nº 9.504/97 e art. 3º, *caput*, da Resolução TSE nº 21.610). Qualquer propaganda com fim eleitoral, produzida e divulgada antes de 6 de julho, deve



ser considerada propaganda antecipada e, portanto, ilegal.

A propaganda eleitoral, inclusive na internet, também só será permitida a partir de 6 de julho (art. 36, *caput*, da Lei nº 9.504/97).

A Corregedoria Regional Eleitoral do Estado de São Paulo, nas eleições de 2002, apreciou diversas representações referentes à violação dos artigos 36 da Lei nº 9.504/97 e 45 da Lei nº 9.096/95, em virtude da utilização do espaço da propaganda partidária para propaganda pessoal e acusações entre “pré-candidatos”. Demais disso, também foram concedidas liminares para que o representado se abstinhasse de veicular as inserções impugnadas, rotuladas como propaganda eleitoral antecipada.

É preciso destacar, todavia, que há possibilidade de cumulação das sanções previstas nos dois dispositivos supramencionados quando restar caracterizada a ocorrência de propaganda eleitoral antecipada. Isto não significa, porém, que haja para o partido político incidência de duas penalidades ao mesmo fato, o que é legalmente vedado.

Em tese, é cabível a incidência do artigo 36 da Lei nº 9.504/97 ao representado, enquanto pessoa física, pela promoção da propaganda e por ter se beneficiado dela.

Ressalte-se, contudo, que expressões genéricas, com conteúdo vago, podem caracterizar apenas promoção pessoal, mas não propaganda antecipada propriamente dita.

Em síntese, podemos classificar, conforme o momento do processo, as diversas espécies de propaganda eleitoral:

Momento do processo eleitoral	Classificação	Espécie de propaganda
Até a convenção do partido	Pré-candidatos	Propaganda política
15 dias anteriores à convenção partidária	Pré-candidatos	Propaganda partidária
A partir da convenção, com a homologação do nome pelo partido e consequente registro na Justiça Eleitoral	Candidatos	Propaganda eleitoral

Antes desses períodos, propaganda eleitoral não há. Mero ato de promoção pessoal não caracteriza propaganda eleitoral, como bem esclareceu a Ministra Ellen Gracie na ementa da Resolução nº 21.104, de 23/5/2002:

“**Consulta. Diferença entre propaganda eleitoral e promoção pessoal.**

1. A colocação de cartazes em táxis ou ônibus (*busdoors*) divulgando lançamento de livro, programa de rádio ou televisão, apenas com a foto do candidato, sem conotação eleitoral, configura mera promoção pessoal, destacando-se que o excesso pode configurar abuso de poder. A menção ao cargo que ocupa, o qual em nada está relacionado aos produtos objeto da publicidade, configura propaganda eleitoral.

2. Mensagens festivas contendo apenas o nome do candidato, sem conotação eleitoral, não configuram propaganda eleitoral.”

4. Tópicos particulares

4.1. Aliciamento de eleitores (ou “boca-de-urna”)

O aliciamento de eleitores, popularmente conhecido como “boca-de-urna”, é a propaganda realizada no dia das eleições, com distribuição de material, visando ao convencimento dos eleitores e obtenção de votos.

Houve época em que a “boca de urna” era permitida desde que realizada a uma distância de, pelo menos, cem metros das seções. Entretanto, não prevalece mais tal disposição. No dia da eleição, a distribuição de material de propaganda política, inclusive volantes e outros impressos, ou a prática de aliciamento, coação ou manifestação que possa influir na vontade do eleitor, caracteriza crime eleitoral, independentemente da distância em que é feito o aliciamento.

Admite-se, entretanto, a manifestação individual e silenciosa (salvo mesários e escrutinadores) – por exemplo, o uso de camiseta ou flâmula e adesivos.

4.2. Direito de resposta

Após a escolha de candidatos em convenção, torna-se garantido o direito de resposta ao candidato, partido ou coligação ofendidos, ainda que indiretamente, por qualquer imagem, afirmação criminosa (calúnia, injúria ou difamação) ou conhecidamente inverídica. Este direito de resposta está previsto no artigo 58 da Lei nº 9.504, de 1997, e decorre da norma do artigo 5º, V, da Constituição Federal.

Tal direito poderá ser requerido à Justiça Eleitoral em **24 horas** (no caso de horário eleitoral gratuito), **48 horas** (em se tratando de programação

normal de rádio ou televisão) ou **72 horas** (propaganda veiculada na imprensa escrita), contando-se da transmissão da ofensa. Nesta última hipótese (ofensa por meio da imprensa escrita), o requerimento deverá ser instruído com exemplar da publicação e a resposta. O veículo ofensor será, então, notificado para que apresente defesa em 24 horas, sendo que a prolação da decisão ocorrerá em 72 horas.

Julgado procedente o pedido e para garantir defesa proporcional ao agravo, a resposta deverá ser publicada no mesmo local, página, tamanho e caracteres utilizados na ofensa, em 48 horas, ou no dia da semana em que a agressão foi veiculada, ou ainda, na primeira edição em que circular, quando se tratar de órgão de imprensa com veiculação superior a 48 horas. A Justiça Eleitoral, no exercício do poder de polícia e buscando preservar o interesse público, poderá determinar a imediata publicação da resposta.

A resposta deverá ser dada em até 48 horas da decisão, em tempo igual ao da ofensa (mas nunca inferior a 1 minuto), caso a ofensa seja veiculada em programação normal de televisão ou rádio.

Havendo ofensa durante o horário gratuito, a resposta será dada no tempo reservado ao partido ou coligação ofensor, em período igual ao da ofensa, que nunca será inferior a 1 minuto. Pode haver, inclusive, direito de resposta nas 48 horas anteriores à eleição.

Caberá recurso das decisões sobre direito de resposta, em 24 horas, a contar da data da publicação em cartório ou da sessão de julgamento, garantindo-se a interposição de contra-razões no mesmo prazo, devendo a decisão ser proferida nas 24 horas seguintes.

Há entendimento do Tribunal Superior Eleitoral no sentido de que apenas na ofensa relacionada aos aspectos morais do candidato cabe direito de resposta. O mero ataque à forma de administração ou acusações genéricas não dão ensejo ao direito de resposta.

4.3. Propaganda via internet

Antes do início do prazo permitido para propaganda, os candidatos poderão manter páginas na internet, desde que não haja referência ao número pelo qual concorrerá ou o do partido, pedido de votos ou qualquer referência às eleições.

Os candidatos, durante a campanha eleitoral, não

poderão utilizar os provedores de acesso à internet para fazer qualquer tipo de propaganda (art. 8º da Resolução TSE nº 21.610). De acordo com o artigo 78 da citada Resolução, “Os candidatos poderão manter página na ‘internet’ com a terminação **can.br**, como mecanismo de propaganda eleitoral”.

4.4. Pintura de muros

Só é permitida em muros particulares. Caso o muro seja de órgão público, ou de prédio particular de uso comum ou de escolas particulares (ainda que sejam de propriedade de candidatos), não poderá haver propaganda.

4.5. Adesivos

O uso de adesivos em táxis, ônibus e carros públicos é proibido (art. 37 da Lei nº 9.504), permitindo apenas em carros particulares.

4.6. Inauguração de obra pública no período de campanha

Os candidatos a cargo do Poder Executivo, nos 3 (três) meses que antecedem as eleições, não poderão participar de inauguração de obras públicas, sob pena de cassação do registro (art. 77 da Lei nº 9.504/97 e art. 47 da Resolução TSE nº 21.610).

4.7. Brindes

São permitidos, observando-se, contudo, o limite de gastos na campanha para não configurar abuso de poder econômico (art. 1º, I, “d”, da Lei Complementar nº 64/90).

4.8. Carreata

Não é permitida no dia da eleição (art. 39, § 5º, I, da Lei nº 9.504/97). “São permitidos, na véspera do dia da eleição, caminhada, carreata, passeata ou carro de som que transite pela cidade divulgando *jingles* ou mensagens de candidatos, desde que os microfones não sejam usados para transformar o ato em comício (Acórdão nº 3.107, de 25/10/2002).” (art. 73 da Resolução TSE nº 21.610).

Além disso, “É vedada, durante todo o dia da votação e em qualquer local público ou aberto ao público, a aglomeração de pessoas portando os instrumentos de propaganda referidos no *caput*, de modo a caracterizar manifestação coletiva, com ou sem utilização de veículos.” (art. 74, § 1º, da Resolução TSE nº 21.610).

Notas sobre o interrogatório no processo crime eleitoral e a cláusula constitucional do direito ao silêncio

Antônio Carlos Mathias Coltro

Juiz do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo; juiz do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, de 1990 a 1993; professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo; membro da Academia Paulista de Magistrados, da Academia Paulista de Direito e do Conselho Superior do Instituto das Nações Unidas para Defesa dos Direitos Humanos e Prevenção da Delinquência; sócio do IBDFAM-SP e do IASP; mestrando na PUC-SP

Sumário

1. A título introdutório;
2. O depoimento pessoal, na verdade interrogatório, e o direito ao silêncio;
3. Conclusão.

1. A título introdutório

“Esta Constituição é a minha bíblia jurídica; o seu plano de governo, o meu plano de governo; e o seu destino, o meu destino. Prezo cada uma das suas palavras, da primeira à última, e deploro, pessoalmente, o mínimo desvio dos seus menos importantes ditames.” (Hugo Lafayette Black, Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte).

1. Ao contrário do que determina o Código de Processo Penal como regra de ordem geral e no tocante ao interrogatório do acusado, que tem como ato necessário e que integra o devido processo penal, segundo o teor do *caput* de seu artigo 185,¹ não dispunha da mesma forma o Código Eleitoral, no tocante ao processo inerente aos crimes a que se refere.

Assim, e segundo o artigo 359, na redação anterior à da Lei nº 10.732, de 5/9/2003, do código por último citado, em se cuidando de ação penal por delito eleitoral: “Recebida a denúncia e citado o infrator, terá este o prazo de 10 (dez) dias para contestá-la, podendo juntar documentos que ilidam a acusação e arrolar as testemunhas que tiver”, parecendo, ante o teor do dispositivo referido, que inexistia qualquer violação ao princípio do devido processo legal ou da ampla defesa, uma vez que enquanto nos delitos cujo processo segue rito previsto no Código de Processo Penal o acusado é citado para os termos da ação penal e designada, desde logo, a data para o interrogatório, no caso dos crimes eleitorais, o denunciado era instado a defender-se em dez dias, sendo que, tanto em um quanto em outro dos casos (interrogatório ou defesa escrita) poderia ele apresentar os argumentos que tivesse, fossem em prol de sua defesa ou não, conforme seu advogado e o próprio acusado entendessem ser ou não o caso.

O próprio autor deste trabalho, como juiz do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, manifestou entendimento dirigido à desnecessidade do interrogatório, na ação penal por delito eleitoral, ante os termos do artigo 359 do Código Eleitoral, orientação, que, aliás, se afinava com precedentes já manifes-

1. Artigo 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.



tados acerca do tema, além de outros que a eles se seguiram, inclusive do Colendo Tribunal Superior Eleitoral, como se pode verificar na obra *Legislação Eleitoral Interpretada – Doutrina e Jurisprudência*, de Rui Stoco e Leandro de Oliveira Stoco,² alterando, depois, seu pensamento, segundo as razões que em seguida são expostas.

2. Efetivamente e muito embora fosse possível entender-se, a um primeiro contato com o regramento a respeito existente no Código Eleitoral, mais especificamente no referido artigo 359, que a possibilidade de oferecimento de defesa escrita pelo acusado afastasse eventual descumprimento às cláusulas constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, o exame do tema mediante cotejo com o Código de Processo Penal, no que dispõem seus artigos 185 e 395, indica solução outra.

É que consoante emerge do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, aludindo o inciso LIV do mesmo dispositivo, a que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, garantidos em tais disposições, como se percebe e em moldura constitucional, tanto os princípios da ampla defesa, quanto o da necessidade de observância ao processo fixado em lei.

Ante a importância de uma e outra de tais cláusulas, a interpretação de ambas há que ser elaborada segundo limites em que predomine a preocupação com um entendimento mais extensivo que restritivo, do que resulta, como corolário e segundo o que ora se expõe, entendimento no sentido da necessidade tanto da possibilidade de ser oferecida a defesa escrita a que se refere o Código Eleitoral, quanto do interrogatório, no processo por crime eleitoral.

3. Com efeito e se o próprio Código de Processo Penal determina que se proceda ao interrogatório do acusado, sem prejuízo de ensejar-se-lhe, depois, a oportunidade para a defesa prévia, sendo o primeiro ato de excelsa importância, já que e inclusive como colocado por Francisco Campos na Exposição de Motivos do referido Código, possibilita o contato mais próximo do juiz com o acusado, subsidiando-lhe o convencimento que no final chegue acerca do fato a ele imputado e as consequências decorrentes, tanto no que toca à realidade da acusa-

ção, em confronto com os demais elementos de prova que sejam produzidos, como no pertinente ao sancionamento que se imponha ao processado, de igual forma se haverá considerar no tocante ao processo eleitoral, ensejando-se ao acusado não só a oportunidade de ofertar a defesa escrita, como a de ser interrogado.

Note-se que nesse ato poderá o acusado apresentar o que tenha em sua defesa, havendo quem afirme, mesmo, constituir-se o interrogatório em “em única e exclusivamente meio de defesa, nada mais que tal”, como feito por Jorge Alberto Romeiro,³ ainda que advertindo, no início dos comentários feitos a respeito do tema, considerar tal ato “*de iure constituendo*, não mais ser um exclusivo meio de defesa (...), mas também uma preciosa fonte de provas”,⁴ quanto a que não há divergência da parte de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho.⁵

Como escrito por Pontes de Miranda, ainda que nos seus Comentários à Constituição de 1967,⁶ mas perfeitamente aplicáveis à de 1988, “o conceito de defesa não é deixado inteiramente à lei. A lei tem de ser concebida de modo tal que nela se assegure a defesa, a que se refere o princípio. Existe, porém, conceito *a priori* de defesa, pelo qual se tenha de moldar a defesa organizada pelas leis processuais? Tal conceito não existe; mas existe algo de mínimo, aquém do qual não mais existe a defesa. É interessante meditar-se sobre esse ponto que leva os tribunais, na apreciação da constitucionalidade das leis processuais penais, à verificação *in casu*, diante dos textos, da violação, ou não violação, do que se prometeu na Constituição”.

E nela, de forma clara e a não render ensanchas à dúvida, consta expressamente, como antes aludido e no artigo 5º, inciso LV, que, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”,

2. São Paulo, Ed. RT, 2004, pp. 676/679.

3. *Elementos de Direito Penal e Processo Penal*, São Paulo, Saraiva, 1978, p. 99.

4. Ob. cit., p. 75.

5. *As nulidades no processo penal*, São Paulo, Ed. RT, 1994, p. 71, nº 4.

6. São Paulo, 2ª ed. Ed. RT, tomo 5, p. 234.



consagrado, em toda sua plenitude, como se verifica, o postulado da ampla defesa.

Para o exercício dessa mesma defesa, indubitavelmente, há que se ter como de rigor a necessidade de – inclusive por força do artigo 364 do Código Eleitoral, onde se determina que “no processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns que lhes forem conexos, assim como nos recursos e na execução que lhes digam respeito, aplicar-se-á, como lei subsidiária ou supletiva, o CPP” – determinar-se o interrogatório do denunciado, medida que, na esteira de brilhante voto proferido pelo então juiz do Tribunal Regional Eleitoral da 3ª Região, com sede em São Paulo, Manuel Alceu Affonso Ferreira, tem-se como “ato integrante da plenitude de defesa que a Constituição elevou ao plano de garantia impostergável (...)”.⁷

Reconhecendo-se a necessidade de ser o acusado ouvido, sobreveio a Lei nº 10.732, de 5/9/2003, alterando a redação do artigo 359 do Código Eleitoral e determinado que “recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para o depoimento pessoal do acusado”, o que e embora não utilizada a forma correta, que seria a do “interrogatório pessoal do acusado”, permite atingir-se o fim a que ele se destina, resolvida com isto, e de qualquer forma, a dúvida que antes pairava quanto à necessidade ou não ser o acusado pela prática de crime eleitoral interrogado.

2. O depoimento pessoal, na verdade interrogatório, e o direito ao silêncio

“Nenhuma pessoa ... será compelida, em qualquer processo criminal, a ser testemunha contra si mesmo” (Constituição dos EUA).

4. Em nosso sistema constitucional de hoje tanto a privacidade como a intimidade são protegidas no artigo 5º, incisos X e LXIII, da Carta Constitucional, pontuando, a respeito, o Professor José Afonso da Silva: “O direito à intimidade é quase sempre considerado como sinônimo de direito à privacidade. Esta é uma terminologia do direito anglo-americano (*right of privacy*), para designar aquele, mais empregada no direito dos povos latinos. Nos termos da Constituição, contudo, é plausível a distinção que estamos fazendo, já que o inciso X do artigo 5º separa a intimidade de outras manifestações da privacidade: vida privada, honra e imagem das pessoas”⁸

Indubitável, como advertido pela Professora Ada Pellegrini Grinover, conforme, aliás, o já referido por García Medina e embora Musati o considere como antecedente à própria personalidade e à capacidade jurídica⁹ – que o direito à intimidade deva ser tido como integrante dos direitos da personalidade, em múltipla feição –,¹⁰ afirmando-se-o inserido entre *os direitos de primeira geração*, suscetível de oposição ao próprio Estado,¹¹ a quem cabe, de outra parte, garanti-lo, pois, “a Constituição criou uma ordem de valores que encontra seu ponto central na personalidade do homem”, como avisado por Franco Bartolomei, citado pela Professora Maria Garcia.¹²

Por isso e segundo Mathilde Zavala de Gonzales, invocada por Wolgran Junqueira Ferreira, “*el derecho a la intimidad es el derecho personalissimo que protege la reserva espiritual de la vida privada del hombre, asegurando el libre desenvolvimiento de este en lo personal, en sus expresiones y en sus afectos*”.¹³

À conta de sua importância e da oponibilidade ao Estado, os direitos de liberdade ou, como dito, de primeira geração, são incluídos por G. Jellinek como integrando a categoria do *status negativus*, servindo a indicar “na ordem dos valores políticos a nítida separação entre a sociedade e o Estado. Sem o reconhecimento dessa separação, não se pode aquilatar o verdadeiro caráter antiestatal dos direitos da liberdade, conforme tem sido processado com tanto desvelo teórico pelas correntes do pensamento liberal de teor clássico”.¹⁴

Ou, de acordo com Javier García Medina, com referência ao sistema constitucional de Espanha, mas que se pode levar em consideração no tocante

7. Rec. nº. 95.169.

8. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 1990, p. 184.

9. *Apud* Maurício Benevides Filho, *trab. cit.*

10. *Liberdades Públicas e Processo Penal*, 1982, pp. 72 e segs., nº 2.1.1.2.

11. Maurício Benevides Filho, reportando-se a Paulo Bonavides, artigo ref. nº 12.

12. *Loc. cit.*

13. *Direitos e garantias ...*, cit., p. 168.

14. Benevides Filho, *Direito à intimidade e o proceso de investigação...*, cit.



ao nosso, deve-se advertir que a intimidade se caracteriza por ser um direito em que há carga de *negatividade*, já que uma de suas características é justamente a possibilidade “*de exclusión que el individuo tiene para preservar contidos de su vida íntima, dado que pertenecen al ámbito de sus zonas privadas. En consecuencia, la intimidad se construye desde una óptica esencialmente negativa, no confirándose un contenido autónomo. Desde esta perspectiva la intimidad aparece como el limite a otros derechos, el ámbito al que nadie puede acceder sin la voluntad del próprio sujeto. De ahí que la intimidad sea obstáculo a los poderes del Estado, contituyendose em garantía de los derechos fundamentales y en una limitación de aquellos frente a los derechos y libertades individuales*”.¹⁵

E, se “*sólo al ciudadano pertence su vida privada, y sólo cuando a él le interesse podrá hacerse pública, com un derecho de exclusión sobre su conocimiento*”,¹⁶ evidencia-se, pois, o direito ao silêncio, como incluído no direito à intimidade, em uma de suas várias manifestações (direito à imagem, à inviolabilidade do domicílio, sigilo de correspondência etc.) e inerente ao próprio devido processo legal (*due process of law*), e ao princípio da presunção de inocência.¹⁷

Nesta altura surge ao intérprete, a indagação sobre se o *dever moral* de falar a verdade ou o *dever de veracidade* a que aludiu Carnelutti, bem como o próprio *interesse social* não sofrem afronta da norma constitucional possibilitadora do silêncio, que se traduziria, então, em verdadeiro paradoxo.

Se, no âmbito do Direito Civil é possível asseverar que o silêncio seja apto a produzir efeitos jurídicos contrários àquele que o adota,¹⁸ no âmbito do Direito Constitucional Processual Penal diversa conclusão se impõe, arredada consideração ética ou moral segundo o antes referido.

Desde o princípio do *privilege against self-incrimination*, inserido em 1641 no *Estatuto de Carlos I*, passando pelo *Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos* aprovado pela ONU em 16/12/1966, em que afirmado no artigo 14 o direito de o cidadão “não ser constrangido a depor contra si mesmo ou a confessar-se culpado” e até a Convenção Americana sobre Direitos Humanos substanciada no *Pacto de São José da Costa Rica* (art. 8º, inciso II, alínea g), em que reconhecido a

qualquer pessoa o “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”, verifica-se a força da regra do *nemo tenetur se accusare*.

Pareça embora que a verdade se constitua em interesse do acusado, no exercício de sua defesa, caracterizando verdadeiro *ônus*, adverte Ada Pellegrini Grinover que a idéia de levar-se o silêncio como indício de culpa já não tem suporte a mantê-la, observando: “Altavilla, Grassberger, Hellwig e Gorphe demonstram que razões imprevisíveis podem induzir ao silêncio o inocente, sendo freqüente esse procedimento para encobrir outras pessoas. E não há dúvidas de que o juiz não pode fundar seu convencimento em elementos retirados do comportamento processual do réu; daí para o arbítrio o passo é breve”.¹⁹

Ademais, não se pode considerar o silêncio como sinônimo de falta ou ausência de defesa, até porque, “de parte ser um direito da personalidade, da intimidade do réu, o silêncio pode resolver-se simplesmente no direito de construir desde logo um vetor de defesa, sem compromisso com a palavra, ou com a contradição do indiciado-réu, especialmente quando não há, ainda, um esboço de prova”, segundo David Teixeira de Azevedo,²⁰ advertindo para o fato de ser “a esfera da intimidade ...essencial ao sujeito como atributo inderrogável de sua personalidade”, pertencendo “o direito ao silêncio à intimidade, sendo manifestação de um fundamental aspecto das liberdades públicas. É necessário permitir ao homem calar, fechar-se em si mesmo, nos seus pensamentos e reflexões, não se expor, considerar seus juízos, posicionar-se axiológica e livremente

15. *La problemática...*, cit.

16. García Medina, loc. ref.

17. Ada P. Grinover: “...por direito à intimidade, genericamente, entendemos quer o direito ao segredo, quer o direito à reserva e que se trata de direito integrante da categoria dos direitos da personalidade” (*Liberdades Públicas...*, cit., p. 77).

18. Cf., a respeito, *Da Efficacia Jurídica do Silêncio*, Lino Moraes Leme, 1933 e “O silêncio no Direito”, de Baptista de Mello, na *Revista dos Tribunais*, vol. 105, pp. 3 e segs.

19. *Ciência Penal*, 1976, nº 1, pp. 15/31.

20. “O interrogatório do réu e o direito ao silêncio”, *Revista dos Tribunais*, vol. 682, pp. 85 e segs.



perante as coisas, os homens, o universo, dentro de sua *Weltanschauung*".²¹

Cabe, aqui, retornar ao antes referido precedente de nossa Suprema Corte e à admoestação feita por seu eminente relator, no sentido de que o quadro de liberdades públicas enunciado na Carta Fundamental indica direitos "que impõem limites bem definidos ao campo de desenvolvimento da atividade persecutória do Estado. Traduzem, na realidade, círculos de imunidade que conferem tanto ao indiciado quanto ao acusado proteção efetiva contra a ação eventualmente arbitrária do poder e de seus agentes".

Cabe lembrar, em acréscimo, não existir, em nossa Lei Penal, disposição afirmando constituir-se crime o faltar o acusado com a verdade, ainda que na anterior Constituição inexistisse ressalva validando ou possibilitando o silêncio daqueles a quem se imputasse ou se suspeitasse a prática de delito, embora ressalvas existissem, anteriormente, quanto ao dever dos que omitissem-na.

De qualquer forma e sob o prisma do Direito Constitucional Brasileiro, novo rumo passou a dever-se adotar a partir de 1988 implicando, mesmo, nova leitura do assunto, no que toca às conclusões a serem extraídas do desejo de o acusado calar-se.

Antes mesmo da Constituição Federal ora vigente, haver-se-ia que maximizar, de forma coerente, a moldura das liberdades públicas, garantindo ao cidadão o exato cumprimento do devido processo legal e, conforme uma vez mais advertido pela Professora Ada Pellegrini Grinover, se através do interrogatório "o juiz pode tomar conhecimento de

notícias e elementos úteis para a descoberta da verdade; ... não é para esta finalidade que o interrogatório está preordenado. Como aponta Grevi, o interrogatório pode constituir fonte de prova, mas não meio de prova: não está ordenado *ad veritatem quaerendam*".²²

De se acrescentar, ademais, constituir ele *meio de defesa*, já que por seu intermédio poderá o acusado, se quiser ou for de interesse seu, fornecer elementos que se prestem à formação do juízo acerca da autoria do fato que lhe é imputado ou circunstâncias outras a ele referentes.

Se, como visto, criticado já era o sistema dirigido a valorar-se contrariamente ao acusado seu silêncio,²³ tem-se, com a nova Carta Fundamental como inadmissível considerar-se qualquer consequência contrária ao acusado, na formação do convencimento judicial, por conta de sua opção pelo silêncio, atentando Rogério Lauria Tucci, quanto a tal conduta, não poder ela "importar desfavorecimento do imputado, até mesmo porque consistiria inominado absurdo entender-se que o exercício de um direito, expresso na Lei das leis como fundamental do indivíduo, possa acarretar-lhe qualquer desvantagem".²⁴

Nesse rumo, aliás, decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal, em julgamento relatado pelo Ministro Ilmar Galvão, cuja ementa contém assertiva, sem ressalvas, de que "o acusado tem o direito de permanecer em silêncio ao ser interrogado, em virtude do princípio constitucional, *nemo tenetur se detegere* (art. 5º, LXIII), não traduzindo esse privilégio auto-incriminação",²⁵ observando o Professor Celso Bastos, desde logo, que a Constituição Federal de 1988 tornou sem efeito a ressalva do artigo 186 do Código de Processo Penal.

Tem o interrogado direito absoluto, frente ao Estado, de escusar-se a falar, sem qualquer temor de que isto o desfavoreça ou implique qualquer presunção, por mínima que possa ser, em seu prejuízo.

O processo é integrado por princípios de natureza *ética*, cabendo àqueles que o realizam respeitar toda e qualquer cláusula a ele concernente e, quando as mesmas tenham característica constitucional, sua violação enseja afronta à garantia fundamental do *due process of law*, cuja origem é verificada na *Magna Charta Libertatum* de João Sem Terra, onde se afirmou que ninguém poderia perder a vida, propriedade ou liberdade, sem que tal ocorresse *per*

21. *Mmo. Loc.*

22. "O interrogatório do réu e o direito...", cit.

23. Afirmary então, a Professora Ada Pellegrini: "O retorno ao direito ao silêncio, em todo seu vigor, sem atribuir-se-lhe nenhuma consequência desfavorável, é uma exigência não só de justiça, mas sobretudo de liberdade. O único prejuízo que do silêncio pode advir ao réu é o de não utilizar a faculdade de autodefesa que se lhe abre através do interrogatório. Mas quanto ao uso desta faculdade, o único árbitro deve ser sua consciência, cuja liberdade há de ser garantida em um dos momentos mais dramáticos para a vida de um homem e mais delicados para a tutela de sua dignidade." ("O Interrogatório do réu...", cit.).

24. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, 1993, p. 396.

25. *Revista dos Tribunais*, vol. 748, pp.563 e segs.



legem terrae ou conforme a *lei da terra* (*law of land*), passando a regra a abranger, a partir de Eduardo III, determinados direitos, garantias e procedimentos e vindo a ser reforçada, com Carlos I, por meio da *Petition Rights*.

Assim, a expressão *due process of law* acaba por ser adotada, com o mesmo significado de *buy the law of land*, traduzindo-se em postulado que acaba por ser inserido na Constituição Norte-Americana de 1787 e na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Nossa Constituição Federal o contém em seu artigo 5º, inciso LIV, estabelecendo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, enunciando, pois e desde logo, a impossibilidade de processo sem observância das regras a ele próprias, espaço em que se há considerar tanto aquelas de Direito Processual e constantes nos Códigos próprios, como e também aquilo que consistir em princípios aplicáveis ao processo e constantes na Constituição Federal, já que, conforme Roberto Rosas, contém ela disposições processuais ou que garantem o processo, constituindo-se na “matriz da qual surgem princípios e institutos de direito processual chamado Direito Processual Constitucional individual, norma de direito processual que, por seu caráter de fundamentalidade na disciplina do processo, tem encontrado colocação na carta constitucional”.²⁶

Objetiva o princípio impedir qualquer agressão ou restrição ao direito da parte, acobertando-a tanto em sua liberdade pessoal, como no direito de propriedade, aspecto em que assume natureza material, atuando, no âmbito processual, como resguardo aos litigantes ou acusados, de sorte a assegurar-lhes paridade total de condições frente uns aos outros ou perante o Estado persecutor, traduzindo, ainda segundo Roberto Rosas, em “uma garantia político-constitucional do indivíduo. É um meio técnico de que a lei se vale para a condução do processo e garantir os fins da justiça”.²⁷

Descabido se torna, portanto, considerar que a cláusula do *silêncio* possa ser interpretada à luz do princípio do livre convencimento judicial e mesmo como acréscimo às demais provas produzidas em ação penal, pois e como referido não se constitui o interrogatório em meio de prova e “o juiz forma seu livre convencimento única e exclusivamente com base na prova carreada aos autos, obedecendo ao

método probatório”, como lecionado por Ada Pellegrini Grinover,²⁸ lembrando, ainda, ser necessário que esse convencimento seja motivado, não se prestando, assim e como lógico, a conduta do acusado, – ainda que como argumento – a firmar a certeza necessária ao juiz, até porque “o acusado, sujeito da defesa, não tem obrigação nem dever de fornecer elementos de prova. Ainda que se quisesse ver o interrogatório como meio de prova, só o seria em sentido meramente eventual, em face da faculdade de o acusado não responder”.²⁹

Conclusão diversa conduziria a admitir-se – em franca contradição ao direito do acusado e ao preceito constitucional a esse respeito – ser o indivíduo prejudicado pelo exercício de direito a ele conferido, viciado, de maneira clara e portanto, o próprio contraditório e, como consequência, o devido processo legal e a presunção de inocência.

Como, perante princípio tão amplo, guardado pela Lei Fundamental, admitir-se a vigência de restrição processual ao direito de calar, processualmente estabelecida anteriormente e que prestar-se-ia a limitar a utilização daquele outro, que se insere, conforme antes mencionado, no próprio postulado do *due process of law*, que integra a Declaração Universal dos Direitos do Homem, patrimônio não deste ou daquele povo e, sim, da humanidade e que já foi considerado como de árdua definição, por ter-se-a como possível causa de comprometimento à própria elasticidade de seus contornos?

De se referir, neste passo, José Joaquim Gomes Canotilho, para quem, “os direitos fundamentais não sujeitos a normas restritivas não podem converter-se em direitos com mais restrições do que os direitos restringidos directamente pela Constituição ou com a autorização dela”,³⁰ devendo, assim, ser considerados como defesa à própria dignidade do ser humano, sobre o que, inclusive, é oportuna a ressalva de Kant, evocada por Jorge Miranda: “No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade.

26. *Direito Processual Constitucional*, 1997, p. 12.

27. *Op. cit.*, p. 48.

28. “O interrogatório do réu e o direito”, *ob. cit.*

29. Ada P. Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, *As Nulidades no Processo Penal*, 1994, p. 70.

30. *Direito Constitucional*, Coimbra, 1993, p. 646.



Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outro como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”.³¹

Desta forma, mesmo que se considere, sob o aspecto da lógica, como desfavorável ao acusado, ética ou moralmente sua negativa em falar, tal consideração se não presta, sequer a ser levada em conta conjuntamente com as demais provas formadas no processo, para afirmação sobre sua responsabilidade.

Se calou, o fez dentro da reserva que lhe é naturalmente própria e como único senhor da exposição ou não do que lhe é íntimo e disto não se pode extrair ilação ao mesmo prejudicial.

Descabido, ademais, admitir-se, à autoridade que o interrogar, adverti-lo sobre eventual consequência advinda de seu silêncio, caracterizando a prática, no estágio atual de nosso Direito, pressão que se presta a infringir o devido processo legal e o próprio direito de defesa, caracterizando, – se aferido que o fato causou-lhe constrangimento hábil e a prejudicar-lhe a defesa, por conta daquilo que acaba por dizer e que contrarie seu próprio interesse, “tudo dentro da inafastável convicção de que não pode haver pressões ou sanções que limitem o pleno exercício de um direito constitucional”³² –, nulidade inafastável.

De igual maneira se haverá afirmar quando não realizada a advertência sobre ser-lhe possível silenciar, por se tratar, como visto e repetido, de direito e garantia constitucional inafastáveis e cuja omissão tanto pode ser causa de invalidade de todo o processo, quando verificado que dela decorreu restrição à própria defesa do acusado, como nulidade apenas do interrogatório, se o que nele se contiver

não implicar prejuízo à defesa do interrogado, hipótese em que, na esteira do magistério de Ada Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho, “o vício transmite-se às provas derivadas (ou seja, às provas *contra reum* por este indicadas no interrogatório irregular), invalidando-as também: exatamente como ocorre com o interrogatório prestado sob coação ou sevícias”.³³

O último dos autores acima referidos, aliás, adverte, em obra própria, comentando sobre o assunto, ser “preciso considerar, ainda, que a efetiva comunicação, ao acusado, sobre esse direito [*de silenciar*] constitui condição de validade de eventual confissão: na aplicação da regra, a Suprema Corte americana, após evolução jurisprudencial que culminou com as célebres decisões dos casos *Escobedo v. Illinois* (1964)³⁴ e *Miranda v. Arizona* (1966), assentou que o interrogatório prestado perante os órgãos policiais, sem que o acusado seja instruído por seu advogado sobre o privilégio em questão, é inadmissível, seja como prova *direta*, seja como prova *indireta*, ainda que confirmada por outros elementos probatórios”.³⁵

Nem poderia ser diferente, já que, emergindo de norma constitucional a exclusão de efeito negativo ao silêncio, nas hipóteses aludidas, sem razão se torna argumentar com a possibilidade de validar-se interrogatório ou processo em que, da omissão de esclarecimento a respeito da cláusula ao acusado ou da advertência que lhe seja feita sobre efeitos contrários e decorrentes do silêncio, perceba-se presente dano a sua defesa, especialmente quando haja confessado aquilo que lhe é imputado, porquanto poderá tê-lo feito por temor decorrente do fato de ter sido irregularmente advertido ou por não saber que era-lhe possível silenciar, como argumento de sua defesa ou “voluntária ‘improdução’ de prova” segundo advertência de Teixeira de Azevedo,³⁶ na primeira hipótese.

Adequada, neste ponto, a advertência do Juiz Goldberg, relator no julgamento de *Escobedo v. Illinois*: “Nenhum sistema de justiça criminal pode, ou deveria sobreviver, se a sua continuada ineficácia depender de abdicarem os cidadãos, por ignorá-los, de seus direitos constitucionais. Nenhum sistema digno de preservação deveria *temer* que, pelo fato de permitir a um acusado consultar advogado, ele se torne ciente desses direitos e os exerça. Se o exercício dos direitos constitucionais prejudica a

31. *Manual de Direito Constitucional*, 1993, p. 169.

32. Ada Pellegrini Grinover e outros, *As nulidades...*, cit., p. 73.

33. *As Nulidades...*, ref., p. 73, nº 6.

34. No julgamento do caso *Escobedo*, a Corte concluiu sobre a inconstitucionalidade de interrogatório ocorrido sem que se admitisse ao suspeito consultar seu advogado, afirmando a impossibilidade de serem contra ele usados os informes então prestados.

35. *Direito à Prova no Processo Penal*, 1997, p. 112.

36. *Loc. cit.*



eficácia de um sistema de execução da lei, então há algo de errado com esse sistema”.³⁷

O silêncio do acusado não pode, de forma alguma, implicar em prejuízo ao mesmo, observando Figueiredo Dias, a respeito, que, “*un tel silence ne peut pas être considéré comme indice ou présomption de culpabilité*”,³⁸ implicando consideração contrária a essa em ofensa não só à própria garantia constitucional excludente de efeitos ao silêncio, quanto as da presunção de inocência e do devido processo legal.

De outra parte e constando na norma constitucional brasileira (art. 5º, inc. LXIII) dever ser “o preso informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” e prevendo a Constituição, ainda, que “o advogado é indispensável à administração da justiça...”, chega-se à conclusão no sentido de que se o acusado quiser, antes de ser interrogado, seja-lhe possibilitada entrevista com advogado, haverá a autoridade propiciar tal contato, pena de afronta às referidas disposições maiores e violação a direitos básicos do cidadão.

Aplicável à espécie, assim e sob tais aspectos, ponto de vista expresso pelo *Chief Justice* Earl Warren, relator do caso *Miranda*, no sentido de que “o réu poderá desistir desses direitos, contanto que a desistência (*waiver*) seja declarada voluntária, ciente e inteligentemente. Se, porém, ele indicar em qualquer momento do processo que deseja consultar advogado antes de falar, não poderá ser interrogado”,³⁹ já que postura a essa diversa implica concluir-se em negativa à Constituição.

Ou se observa o regramento constitucional concernente aos direitos fundamentais de todo cidadão, em especial aquele do inciso LXIII do artigo 5º ou estar-se-á negando os constantes nos incisos LIV (*devido processo legal*), LV (*contraditório e ampla defesa*) e LVII (*inocência presumida*).

Oportuno assinalar, quanto ao último de tais princípios, da presunção de inocência, intimamente ligada ao devido processo legal, caracterizar, “inegavelmente, o aspecto mais inovador do princípio inscrito no artigo 5º, inciso LVII, da nova Constituição, na medida em que reafirma a dignidade da pessoa humana como premissa fundamental da atividade repressiva do Estado”.⁴⁰

Desta forma, não se presta a mera acusação a fixar a responsabilidade do acusado, cabendo ao

Estado persecutor prová-la de forma eficiente, sem o que nenhum prejuízo poderá advir para aquele, no que toca à sanção que se lhe pretenda impor.

Assertiva a essa contrária fere frontalmente o *due process of law*, uma vez que estar-se-ia caracterizando descumprimento à Constituição, qualquer afirmação dirigida a dever o acusado comprovar a inverdade do que contra ele se alega e não a quem o acusa demonstrar a procedência da imputação.

Evidencia-se, pois, emergir forte coerência do sistema constitucional no tocante ao *direito de calar*, uma vez que se o imputado não pode ser condenado sem observância ao *devido processo legal* e é favorecido, ainda, pela cláusula da *presunção de sua inocência*, não será lícito pretendê-lo obrigado a falar, tanto por poder preferir silenciar, em socorro a sua própria defesa, como por motivos outros, de natureza íntima e que a ninguém é permitido ferir.

Assim, sequer se há exigir do acusado justifique o motivo por haver-se calado na polícia ou em juízo, porquanto o só fato de possuir um direito justifica a seu titular o seu exercício, sequer se podendo usar o argumento de que “quem é inocente nada tem a esconder”, como ensejador de balizamento e reforço a uma conclusão contrária a quem silenciou.

Qualquer argumento que vá de encontro ao afirmado, a partir de 1988, ainda que fundado em normas anteriormente existentes e que poderiam embasá-lo, caracteriza verdadeiro constrangimento ilegal àquele contra quem dirigida, pois e conforme o Professor José Afonso da Silva, “do princípio da supremacia da Constituição resulta o da *compatibilidade vertical* das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a *incompatibilidade vertical* resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores”.⁴¹

37. Lêda Boechat Rodrigues, *A Corte de Warren*, 1991, p. 204.

38. *Apud* Teixeira de Azevedo, *loc. ref.*

39. Lêda Boechat Rodrigues, *op. ref.*, p. 205.

40. Antonio Magalhães Gomes Filho, *Presunção de inocência e prisão cautelar*, 1991, p. 42.

41. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 46, nº 10.

Por fim e embora a referência constitucional a garantir-se ao *preso* o direito ao silêncio tem-se, de maneira lógica, a direta implicação do tema com o interrogatório daquele afirmado como autor de algum fato delituoso.

Evidente incoerência admitir-se silenciar àquele que é preso e a quem a mesma Constituição tem como presumidamente inocente e, depois, no curso do inquérito policial instaurado para investigar o fato relativo à sua prisão ou quando e se denunciado, ser obrigado a falar a verdade.

Dá-se, sem que se o possa negar, um prolongamento do que consta no mandamento constitucional em referência, relativamente ao âmbito do inquérito e da própria ação penal, sem o que não se haverá falar em pleno exercício do direito à defesa e observância ao próprio devido processo legal, caracterizando solução contrária, na admoestação de Paulo Fernando Silveira, – ainda que no aludindo ao inquérito policial, mas que se pode aplicar à ação penal –, “visão menor enfocando um direito magno”, acrescentando: “... a interpretação restrita cede lugar para a conceituação ampla do devido processo legal ...”.⁴²

De forma diversa não entendeu precedente do Colendo Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Ministro Celso de Mello, afirmando que “o direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo

legal. E nesse direito ao silêncio inclui-se, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual e o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal”, pois, “o privilégio contra a auto-incriminação traduz direito público subjetivo, de estatura constitucional, deferido e expressamente assegurado, em favor de qualquer indiciado ou imputado, pelo artigo 5º, inciso LXIII, da nossa Carta Política”.⁴³

Assim também, Alexandre de Moraes: “A expressão *preso* não foi utilizada pelo texto constitucional em seu sentido técnico, pois o presente direito tem como titulares todos aqueles, acusados ou futuros acusados (por exemplo: testemunhas, vítimas), que possam eventualmente ser processados ou punidos em virtude de suas próprias declarações”.⁴⁴

3. Conclusão

“A interpretação faz a ordem jurídica funcionar, tornando o Direito operativo. O Direito existe para regular a vida em sociedade e esta, por sua vez, mostra-se extremamente rica em particularidades. O Direito, geral e abstrato, necessita, pois, de um método que consiga adequá-lo às realidades concretas em função das quais existe. Como lembra Christiano de Andrade: ‘... as leis não podem operar por si sós, senão unicamente através da interpretação que lhes é dada’” (Celso Ribeiro Bastos).

5. Portanto e sem motivo a debate há que se afirmar a necessidade do interrogatório no processo crime eleitoral e como tal entendido o depoimento pessoal a que se refere o artigo 359, na redação da Lei nº 10.732, de 5/9/2003, bem como ter o denunciado o direito ao silêncio mencionado no artigo 5º, inciso LXII, da Constituição Federal, que o beneficia não só no instante em que preso o cidadão mas e também no inquérito policial e a própria ação penal por crime eleitoral que contra ele se promova.*

42. *Devido Processo Legal*, 1997, p. 146, nº 6.2.

43. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 141:512.

44. *Direitos Humanos Fundamentais*, 1997, p. 278.

* Atentam Ada P. Grinover, Scarance Fernandes e Magalhães Gomes Filho, em *As Nulidades no Processo Penal*, 1993, p. 71, ademais, que, a menção a preso “não pode, nem quer, dizer que ao indiciado ou acusado que não esteja preso não seja estendida a mesma proteção, no momento maior da autodefesa, que é o interrogatório”.

Condições de elegibilidade e inelegibilidade

Arnaldo Malheiros

Advogado; membro do Instituto dos Advogados de São Paulo e do Instituto de Direito Político e Eleitoral

Sumário

1. Uma breve introdução;
2. Condições de elegibilidade;
3. As condições previstas na Constituição;
4. Inelegibilidade.

1. Uma breve introdução

As condições de elegibilidade e as inelegibilidades constituem o verso e o reverso do *jus honorum*, o direito de ser votado. Enquanto a elegibilidade é a regra geral, aplicável a todos quantos satisfaçam suas condições, a inelegibilidade é a exceção.

Ambas são versadas em disposições constitucionais e infraconstitucionais, nestas consideradas tanto as leis complementares ou ordinárias como as instruções do TSE, que não são exatamente comparáveis com os decretos regulamentares do Poder Executivo em relação à legislação comum. As instruções do TSE não têm somente a função de regulamentar as leis eleitorais, mas de complementá-las por vezes, valendo-se aquela Corte da faculdade instituída pelo artigo 23, IX, do Código Eleitoral, que lhe atribui o poder de expedir as instruções que *julgar convenientes* à sua execução. Essas instruções, freqüentemente, incorporam a seu texto a jurisprudência da Corte, assim como decisões tomadas em resposta a consultas (inciso XII do artigo citado).

As condições de elegibilidade e as de inelegibilidades estão previstas na Constituição, muito embora esta haja delegado parcialmente ao Legislativo a competência para também dispor a respeito, legislando, conforme o caso, sobre condições de elegibilidade por lei ordinária (§ 3º do art. 14) e sobre inelegibilidades por lei complementar (§ 9º do art.

14), mas, uma e outra, em termos restritos, como se verá adiante.

Feita esta breve introdução, passemos ao tema.

2. Condições de elegibilidade

A soberania popular – proclama a Constituição no artigo 14 – será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos.

O direito de voto, também considerado um **direito-dever**, porque é obrigatório, pressupõe a existência, de um lado, de quem possa votar – e por isso os §§ 1º e 2º do mesmo artigo 14 dispõem sobre o alistamento –, e, de outro lado, de quem possa ser votado.

Como regra geral, é possível dizer-se que pode ser votado, para qualquer cargo eletivo, quem possuir as necessárias **condições de elegibilidade**. Estas, com exceção única, são comuns para todos os cargos providos por eleição; apenas a relativa à idade do candidato é específica, variando conforme o cargo a ser preenchido.

A Carta de 1988 enumera, no artigo 14, § 3º, as condições de elegibilidade, válidas para qualquer cargo eletivo. Diz esse parágrafo que: “São condições de elegibilidade, **na forma da lei**” (...).

Com esta ressalva, deixa a Constituição expresso que a lei pode dispor a respeito das condições que ela própria preestabelece. Delas se deduz que, aludindo simplesmente a “lei”, o constituinte admitiu que lei *ordinária* seja o instrumento adequado para dispor sobre as condições de elegibilidade. De outra parte, aludindo a *forma da lei*, é razoável entender que essa delegação poderá ser exercida pelo Congresso Nacional, *sem que acrescente ou suprima* qualquer das condições constantes da enumeração da Lei Maior.

A expressão, a nosso ver, significa que o legislador infraconstitucional pode dispor sobre **como**, **quando** e **de que modo** se adquire determinada condição; **qual o tempo mínimo** de sua titularidade é bastante para satisfazer a exigência constitucional; como se **comprova** a satisfação dessa exigência. Enfim, a lei ordinária, a bem dizer, é idônea para regular as condições, mas não lhe é lícito criar outras nem dispensar qualquer delas.

Nem todos pensam assim. Para Joel José Cândido, sem dúvida um dos mais brilhantes doutrinadores do direito eleitoral brasileiro, é possível a definição por lei complementar de outras condições de elegibilidade, além das elencadas expressamente na Constituição. Entende o jurista ainda mais, que a lei ordinária poderá dispensar o cumprimento de condições que entenda não serem mais importantes, desde que não exigidas pela Carta Magna.¹

Discordamos, no entanto, desse entendimento, porque a elegibilidade é um direito público subjetivo que não pode ser restringido ou ampliado senão por imposição constitucional.

3. As condições previstas na Constituição

A Constituição coloca como primeira condição a **nacionalidade brasileira**. Obviamente, a *nacionalidade brasileira* é a principal condição de elegibilidade, porquanto quem não é brasileiro não goza de direitos políticos e, por conseguinte, nem sequer poderá ser eleitor.

Mas a Lei Maior não se refere à *naturalidade*, já que, com as poucas exceções que enumera, é vedada a distinção entre brasileiros natos e naturalizados (art. 12, § 2º). Assim, ressalvada a eleição para Presidente e Vice-Presidente da República, cargos a que só têm acesso os brasileiros natos, os naturalizados atendem à condição de elegibilidade em questão, como também os cidadãos portugueses beneficiados pelo Estatuto da Igualdade.

A segunda condição é o **pleno exercício dos direitos políticos**. Todos os brasileiros civilmente capazes encontram-se, em tese, nesse pleno exercício. Excluem-se da regra geral – como se lê no arti-

go 15 da Constituição –, além dos absolutamente incapazes, os condenados criminalmente, ou por improbidade administrativa, por sentença transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos, bem como os que se recusarem, por convicção religiosa, política ou filosófica, a cumprir obrigação imposta por lei a todos os brasileiros, como acontece, por exemplo, com o serviço militar.

Para exercer os direitos políticos, porém, é indispensável que seja preenchida a terceira condição, que é o **alistamento eleitoral**. Evidentemente, quem não tem condição legal exigível para o exercício do direito de votar, não pode fruir o direito de ser votado. Mais ainda, é preciso que o eleitor tenha também, como quarta condição, **domicílio eleitoral na circunscrição**. Neste caso, a Lei nº 9.504/97 (chamada de Lei das Eleições) complementa esta condição, tal como lhe permite a Constituição, exigindo que o eleitor tenha seu domicílio eleitoral na circunscrição *um ano antes da eleição*. Mas admite que a verificação desse prazo leve em conta a data em que o cidadão requereu sua inscrição como eleitor ou a transferência de seu domicílio para o município, independentemente da data do respectivo deferimento.²

A quinta condição de elegibilidade é a **filiação partidária**, para a qual a própria Lei das Eleições fixa o mesmo prazo de um ano antes do pleito para que a filiação haja sido *deferida pelo partido*, a menos que o respectivo estatuto preveja prazo maior. Note-se que, diversamente do que acontece com o domicílio eleitoral, não basta que o eleitor haja requerido filiação ao partido. É indispensável o *deferimento* do seu pedido até um ano antes do pleito.

A última condição, no caso da eleição municipal, é a **idade mínima** de 35 anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; 30 anos para Governador e Vice-Governador; 21 anos para Prefeito e Vice-Prefeito e 18 anos para Vereador.

A única observação a fazer a propósito da exigência de idade mínima é a de que muito se discutiu no passado sobre a data em que o pretendente a candidato deveria satisfazê-la para obter seu registro: se seria antes do prazo final para o registro da candidatura, antes da diplomação dos eleitos ou antes da respectiva posse. Também neste particular a norma foi *complementada pela lei ordinária*, que é a citada Lei das Eleições. Esta pacificou a questão, estabelecendo que a condição de elegibilidade

1. *Inelegibilidades no direito brasileiro*, Edipro, 1999, p. 81.

2. Cf. artigos 9º e 11, V, da Lei nº 9.504/97.

em questão será verificada tendo por referência a *data da posse*.

Não foi a única inovação da Lei das Eleições nessa matéria. Impõe esse diploma que o candidato, para obter registro, deva exibir prova de quitação eleitoral. Sempre se considerou que quite está quem votou, justificou a falta ou pagou a multa correspondente. Mas o TSE dilatou expressivamente o sentido de quitação eleitoral, negando-a, a partir das próximas eleições, a quem haja tido contas de campanha eleitoral desaprovadas pela Justiça Eleitoral.

A Corregedoria Geral Eleitoral baixou, a propósito, o Provimento nº 5/04-CGE, segundo o qual “a quitação eleitoral pressupõe a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, salvo quando facultativo, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito e a inexistência de pendências referentes a multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça Eleitoral, com ressalva das anistias legais, e a prestação de contas pelo candidato”. E acrescentou que “a falta de prestação de contas de campanha pelo candidato impedirá a obtenção de certidão de quitação eleitoral, de que cuida o *caput* deste artigo, com relação às omissões verificadas a partir das eleições de 2004, o mesmo se aplicando aos débitos não satisfeitos dos quais não haja registro no cadastro eleitoral vigente para as presentes eleições”.

Atendidas todas as condições de elegibilidade – e se inexistir inelegibilidade – o candidato tem direito irrecusável ao registro que o partido ou coligação que o houver escolhido vier a requerer à Justiça Eleitoral.

Vale observar que as condições de elegibilidade deverão ser examinadas pelo juiz eleitoral, independentemente de impugnação. Tratando-se de matéria de interesse público, a sua apreciação dispensa provocação de qualquer interessado. Se faltar prova necessária a sua aferição, caberá ao magistrado determinar diligência para que a omissão seja suprida em 72 horas. Caso, porém, à vista da prova, verifique-se o desatendimento de uma daquelas condições, o pedido será denegado, hipótese na qual o partido requerente poderá optar entre recorrer do indeferimento do registro ou substituir desde logo o candidato cujo registro tenha sido negado, requerendo novo registro no prazo de dez dias, como lhe faculta a lei.

4. Inelegibilidade

Fundamentalmente, não diverge a doutrina quanto à conceituação da inelegibilidade, tratada como o “*impedimento à capacidade eleitoral passiva*” (José Afonso da Silva);³ como (o conjunto de) “*situações objetivas descritas em preceitos constitucionais e em dispositivos de lei complementar que impedem o exercício do ‘ius honorum’ em determinada eleição*” (Antonio Carlos Mendes).⁴ Pela sua simplicidade e objetividade, adotamos a definição de inelegibilidade de Pedro Henrique Távora Niess: “*A inelegibilidade consiste no obstáculo posto pela Constituição Federal ou por lei complementar ao exercício da cidadania passiva, por certas pessoas, em razão de sua condição ou em face de certas circunstâncias*”.⁵

A alusão a obstáculo, a impedimento, feita pelos juristas citados, serve para salientar que a elegibilidade é a regra que resulta naturalmente do pleno exercício dos direitos políticos. A exceção é a inelegibilidade. É importante acentuar que a inelegibilidade caracteriza-se como exceção, porque dessa conceituação decorre uma consequência relevante para o aplicador da lei, qual seja, a de que não lhe é possível valer-se de analogia, extensão ou compreensão ao interpretar e aplicar qualquer regra de inelegibilidade. Ao contrário, há de ter sempre presente o cediço princípio hermenêutico de que as exceções devem interpretar-se estritissimamente.

É pacífico que o direito político de votar e ser votado se alinha entre as liberdades públicas fundamentais. Por isso, a melhor doutrina leciona que a interpretação das normas restritivas ou privativas de direitos políticos deve, sempre, ser estrita, limitando o cerceamento do exercício de tais direitos aos mais diminutos termos da expressão verbal da norma a ser interpretada.

Merece atenção o ensinamento de José Afonso da Silva:

“O princípio que prevalece é o da plenitude do gozo dos direitos políticos positivos, de votar e ser votado. A pertinência desses direitos ao indivíduo,

3. *Curso de direito constitucional positivo*, 22ª ed., revista e atualizada, Malheiros, 2003, p. 387.

4. *Introdução à teoria das inelegibilidades*, Malheiros, 1994, p. 163.

5. *Direitos políticos*, 2ª ed. revista e atualizada, Edipro, 2000, p. 23.

como vimos, é que o erige em cidadão. Sua privação ou a restrição do seu exercício configura exceção àquele princípio. Por conseguinte, a interpretação das normas constitucionais ou complementares relativas aos direitos políticos deve tender à maior compreensão do princípio, deve dirigir-se ao favorecimento do direito de votar e de ser votado, enquanto as regras de privação e restrição hão de entender-se nos limites mais estreitos de sua expressão verbal, segundo as boas regras de hermenêutica”.⁶

Em matéria de inelegibilidades, o TSE, reiteradamente, tem adotado esse princípio. Há quase meio século, um acórdão de 1955, acompanhando o voto do Ministro José Duarte, já assim decidia:

“As inelegibilidades são restrições à capacidade eleitoral passiva e, portanto, não podem ser aplicados os artigos 139 e 140 (da Constituição de 1946) por analogia ou força de compreensão. Os textos regulam, apenas, os casos que especificam. (...) O sistema adotado pela Constituição é rígido e destinado a abrir exceção na regra da elegibilidade de todo cidadão no gozo de seus direitos políticos, e não pode ser interpretado senão estritamente”.⁷

Portanto, prevalece a regra de que a restrição aos direitos políticos somente pode ser imposta quando prevista por norma expressa, vedada qualquer interpretação tendente a ampliar o alcance do texto constitucional ou legal.

Como escreveu o já citado Pedro Henrique Távora Niess, a inelegibilidade é a negação do direito de ser representante do povo no Poder.⁸ Em outras palavras, a inelegibilidade reduz o exercício pleno da cidadania, subtraindo do eleitor, permanente ou temporariamente, o direito de ser votado.

Por isso mesmo, tratando-se de uma restrição grave dos direitos políticos, é disciplinada diretamente na Constituição, que desde logo impõe no seu artigo 14 determinadas restrições, não obstante permita que lei complementar estabeleça outros casos de inelegibilidade.

Ao se referir, porém, a **outros** casos de inelegibilidade, a Constituição cortou cerce qualquer pretensão do legislador de modificar ou suprimir as hipóteses de inelegibilidade que ela própria define no seu texto. O constituinte não só exigiu lei complementar para o estabelecimento de novas restrições ao direito de ser votado, como não deu ao legislador um cheque em branco. Os casos que podem ser previstos em lei complementar devem ter prazo de duração expressamente prefixado, além do que, sob pena de inconstitucionalidade, hão de ter por finalidade a rigorosa observância dos princípios estabelecidos no § 9º do artigo 14. Esses princípios norteadores da ação legislativa complementar são os de “*proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições, contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta*”.

Os outros casos de inelegibilidade que o legislador complementar pode estabelecer, portanto, terão de ser obrigatoriamente restritos à finalidade de proporcionar *proteção* para os valores enumerados no citado dispositivo da Lei Maior. Repetindo, estes valores são:

- a probidade administrativa (*lembrando que neste caso pode ser considerada a vida pregressa do candidato*);
- a moralidade para o exercício do mandato (*também levada em conta a vida pregressa do candidato*);
- a normalidade e a legitimidade das eleições (*que devem ser protegidas da influência do poder econômico ou do abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração pública direta ou indireta*).

A distinção entre as inelegibilidades definidas diretamente no texto constitucional e as previstas em lei complementar não é meramente acadêmica. A importância dessa distinção reside no fato de que as inelegibilidades versadas na lei complementar, quando preexistentes ao registro dos candidatos, só podem ser argüidas no prazo para a respectiva impugnação. Perdida essa oportunidade, a questão estará preclusa, não mais podendo ser objeto de impugnação ou recurso de qualquer natureza. Somente as causas de inelegibilidade (previstas em lei complementar) supervenientes ao registro poderão

6. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros Editores, 2002, p. 381.

7. REsp nº 637 - Ac. nº 1.739, de 16/9/1955, Rel. Min. José Duarte Gonçalves da Rocha.

8. *Op. et loc. cit.*



ser alegadas mais tarde, em recurso contra a diplomação dos eleitos.

O mesmo não sucede com a inelegibilidade que tem origem direta na Constituição. Essa não preclui, mesmo que seja conhecida anteriormente ao pedido de registro de candidatos e não tenha sido objeto de impugnação ou recurso nessa ocasião.

Nova oportunidade se abre com a diplomação, porque a lei admite recurso contra a expedição de diploma fundado em inelegibilidade de candidato (art. 262, I, do Código Eleitoral). É curial, contudo, que esse recurso há de ser interposto tempestivamente, sob pena de decadência do direito do recorrente.



Abuso e reflexos eleitorais

Carlos Eduardo Cauduro Padin

Juiz de direito titular no TRE-SP; professor da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo – SP

“Em ritmo eleitoral” – diz a memória e atestam os funcionários mais antigos do Tribunal de São Paulo – era a resposta de um contínuo sempre que chamado para uma tarefa urgente durante as eleições.

Em razão desse compasso eleitoral é que desde já me escuso pela abordagem direta do tema, ficando devendo maiores referências bibliográficas e outras citações.

O tema se insere na disciplina jurídica do processo eleitoral e das campanhas eleitorais, ou seja, na regulamentação, vale dizer, nas regras do jogo destinadas a garantir igualdade de chances e possibilidades a todos os concorrentes; igualdade esta jurídica, e não de fato, porque neste campo não são eles iguais e muitas são as diferenças, desde aspectos pessoais, passando pela forma de organização, de gerenciamento e de arrecadação de recursos.

Em tempos de Olimpíadas, e por falar em regras do jogo, lembro das noções populares de campeão moral, campeão ilegítimo e campeão legítimo.

Este último, como aquele que venceu e demonstrou ser o melhor, agindo segundo o regulamento; o primeiro, como aquele que reunia as melhores condições e os melhores predicados, mas que, por acidente ou outro infortúnio, não conseguiu lograr o lugar que merecia, sem, contudo, perder o respeito e a consideração de que, de fato, foi o vencedor; o segundo, justamente, como aquele que logrou um resultado positivo, todavia, não por méritos ou predicados pessoais, mas em decorrência do uso de recursos indevidos ou de abuso dos direitos ou das condutas permitidas.

A Constituição Federal diz que o Brasil é uma República Federativa.

Somos um Estado Federal porque não somos unitários; somos uma República porque já fomos uma Monarquia e vivemos a temporariedade das investidas políticas; somos uma Democracia porque já

abandonamos o estado de exceção e do autoritarismo, adotando como sistema de governo a separação de poderes.

A Constituição, por outro lado, define aspectos fundamentais da organização brasileira e tem por base, ou melhor, fundamentos: a soberania que exprime a unidade nacional e a dimensão externa e interna da autodeterminação; a cidadania, como atributo político que qualifica o indivíduo a participar, ativa ou passivamente, de suas responsabilidades na coletividade; a dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político.

A soberania (estatal ou popular), esta última, pelo sufrágio universal, é direito potencial subjetivo, cujo exercício se dá pelo voto direto e secreto.

Este, o voto direto e secreto, é uma das garantias conquistadas no curso da história ao lado da própria Justiça Eleitoral, permanente, eclética porque composta temporariamente por membros de origens distintas e com mandatos certos, viabilizada apenas uma recondução.

Ao lado das liberdades públicas, do pluralismo político e do pluralismo partidário, inaugura a Constituição disciplina que tem por objeto estabelecer limites ou a isonomia ou, ainda, o equilíbrio sobre as desigualdades, relativos à atuação político-partidária, à competição e regras para os pleitos eleitorais.

Este equilíbrio visa alcançar uma teórica igualdade e a garantia de idênticas chances e oportunidades para persuasão do universo de eleitores.

Esta igualdade de chances se traduz na igualdade jurídica, sem eliminar as desigualdades de fato.

Procura-se substituir a liberdade ilimitada de competição pelo exercício disciplinado da disputa, fixando-se as regras pelas quais deve se dar, destinadas a garantir a sua lisura e normalidade.

Desta disciplina, iniciada na Constituição, decorre o processo eleitoral, cujas matrizes maiores estão no Código Eleitoral, na Lei dos Partidos Políticos, na Lei das Inelegibilidades e na Lei das Eleições (de nº 9.504/97), que se constitui atualmente no conjunto de normas permanentes destinadas a disciplinar os pleitos.

A noção de abuso de direito decorre antes da noção de que não há direito absoluto, mas só direitos relativos.

O exercício regular de um direito se dá pelo desempenho na forma prevista ou não proibida na Lei.

Ao particular é dado fazer tudo que não for proibido na legislação; à administração só é permitido aquilo que é deferido pela Lei.

Segundo Henri de Page o uso anormal de um direito consiste no seu emprego com fins diversos daqueles previstos na lei.

A intenção seria o divisor.

Josserand acentua que basta a atuação em desacordo com a finalidade do instituto, mesmo sem a intenção de prejudicar.

Já Demogue (teoria subjetiva) assevera no sentido de que o exercício de um direito é ilícito se ele se deve ou se a sua realização visa prejudicar terceiro, com proveito ou não para si.

Henri de Page (teoria mista) pugna ser suficiente a análise objetiva da voluntariedade, ao lado do procedimento normal do tipo, e a conclusão pela anormalidade, ou seja, fora da medida padrão ou normal, a justificar a caracterização de desvio e a intenção de prejudicar.

Enfim, exige a teoria subjetiva a presença da intenção e a mista apenas a análise comportamental objetiva frente ao padrão do preceito considerado e que permita a conclusão da anormalidade, dando-se maior relevo à idéia da voluntariedade e atuação do que propriamente à intenção.

Estas são as noções expostas por José Olímpio de Castro Filho, na sua obra *Abuso do direito no processo civil*, 2ª ed., Forense, 1969.

A anormalidade traria em si o dolo e a imprudência, mais a ausência de interesse legítimo, em contradição ao condicionamento ético-jurídico, ou a finalidade social do tipo considerado.

Segundo Diógenes Gasparini, abuso de poder, excesso de poder e desvio de finalidade expressam realidades distintas.

A ilegalidade diria respeito ao ato em si; àquele que não se conforma com a Lei que o autoriza, estabelecendo descompasso.

O abuso de poder diz respeito à execução do ato, esta é que é viciada ou irregular.

Por outro lado, o desvio de finalidade e o excesso de poder seriam defeitos do ato, em face da legalidade, que se submetem a regimes diferentes.

Desvio de finalidade se verifica quando o agente exerce a sua competência para alcançar fim diverso, ou seja, quando a autoridade vale-se de um instrumental destinado por lei a alcançar um certo fim para obter outro.

O excesso de poder se verifica quando o próprio conteúdo vai além dos limites fixados, ou seja, o excesso ampliaria o conteúdo, ou melhor, o disposto pelo ato excederia o estabelecido pela Lei.

São noções constantes do seu livro *Direito administrativo*, 4ª ed., Saraiva, 1995, pp. 55 e 56.

O abuso de poder político é o uso indevido deste mesmo poder e o abuso de autoridade é o uso impróprio do cargo ou da função.

O abuso do poder, em síntese, é a execução além da medida.

Por sua vez, o abuso econômico é o excesso no uso desse meio ou na utilização irregular de recursos, afrontando a disciplina pertinente; da mesma forma o abuso dos meios de comunicação, excedendo-se às regras da disciplina a propósito.

Não é ilícita a utilização do poder econômico nas eleições; o que é vedado é a sua utilização visando desequilibrar a disputa eleitoral.

É oportuna, também, a distinção entre abuso de poder econômico e captação ilícita de sufrágio.

“Captação ilícita de sufrágio tipifica-se pela conduta isolada daquele que vem a outorgar ou a prometer vantagem ao eleitor com o fim de obter-lhe o voto e visa a resguardar a vontade do próprio eleitor.

O abuso do poder econômico, por sua vez, se caracteriza pela utilização do poder econômico com a intenção de desequilibrar a disputa eleitoral, no mais das vezes de forma oculta ou dissimulada, e exigiria potencialidade tendente a afetar o resultado de todo o pleito” (TSE-AgRg-REsp nº 21.312, Rel. Min. Carlos Veloso, citando o Ac. nº 4.410, Rel. Min. Fernando Neves).

“A distinção entre os institutos reside exatamente na extensão da prática; enquanto o abuso de poder pressupõe a disseminação da conduta proibida de modo

a influenciar na lisura do pleito, a compra de votos satisfaz-se com a entrega, ou até simples promessa, de qualquer vantagem, desde que de forma individualizada” (REsp nº 21.045, Rel. Min. Ellen Gracie).

Por isto é que se sustenta que o abuso deve ser qualificado, ou seja, aquele que tem potencialidade de desequilibrar, de afrontar a legitimidade, de comprometer a lisura ou de reverter a normalidade do pleito.

É uma distinção semelhante à da simulação inócua que não tem potencial de ineficácia ou de nulidade porque não traz prejuízo apesar da inobservância da disciplina.

O abuso, com isto, há de trazer em si a potência que o qualifica e o coloca em condições de atrair os efeitos das normas inibidoras ou nulificadoras.

Não configurariam, assim, atos ou fatos isolados, de nenhuma potencialidade danosa.

Este o princípio, que poderíamos dizer, da potencialidade, ou seja, aquele que não exige um cálculo matemático ou um nexos causal efetivo entre o ato e o bem protegido, mas a probabilidade de que possa prejudicar, isto é, comprometer a lisura ou a normalidade do pleito, mesmo porque a disciplina legal permite a sua avaliação e o seu julgamento, antes da ocorrência das eleições.

Nesse sentido:

“Hipótese na qual não houve prova de ter a doação de uma Kombi a forte probabilidade ou a isolada potencialidade de influir no resultado das eleições. Recurso provido” (REsp nº 16.242 – Rel. Min. Fernando Neves, com voto vista do Min. Nelson Jobim).

“Na aferição da potencialidade dos atos de propaganda eleitoral ilícita, distinguem-se os praticados na imprensa escrita daqueles realizados no rádio e na televisão” (REsp nº 19.438, Rel. Min. Fernando Neves).

A desigualdade, como se sustenta, não está no resultado propriamente, mas na possibilidade concreta de influência nefasta no processo eleitoral.

Por outro lado, há também o princípio da impessoalidade.

O abuso alcança não só os responsáveis, mas o candidato beneficiado, exceto na hipótese de, como lembram os doutrinadores, ter origem na induvidosa ação proposital do inimigo, a fim de provocar o resultado positivo, e depois vir a pretender anulá-lo tendo como causa a sua própria torpeza.

Há que se considerar ainda se é viável a tentativa, ou seja, se é possível a forma tentada de abuso; vale dizer, poderia resultar de atos preparatórios.

Na verdade, o que se exige na doutrina é a potencialidade e com esta a qualificação do fato.

Antes disso, não é possível considerar-se o fato como abuso, ou seja, inviável a tentativa.

Aliás, como por exemplo, na apreensão, de depósito fechado, e distante, do que poderia vir a ser distribuído.

Com isto, os fatos comportam evidente graduação e assim devem ser considerados.

É preciso esclarecer também que o abuso é ato poliforme, ou seja, se apresenta das mais diversas maneiras e via de regra a sua disciplina não traz *numerus clausus*; são normas genéricas a exigir comprovação fática.

Por vezes, o legislador é mais incisivo e aí poder-se-ia dizer que haveria uma presunção de direito.

É o que teria estabelecido o legislador por ocasião das eleições municipais de 1996, através da Lei nº 9.100/95, quando no artigo 69 estabeleceu: “O descumprimento das regras relativas ao financiamento de campanha **caracteriza** abuso do poder econômico”, ou então, nas instruções destas mesmas eleições, na Resolução nº 19.512, do Colendo Tribunal Superior Eleitoral, artigo 58, quando diz: “**Constituiu** uso indevido, desvio ou abuso de poder econômico, ou do poder de autoridade na propaganda eleitoral, dentre outras hipóteses” (CF, arts. 14, § 9º e 37, § 1º; LC nº 64/90, art. 22; LC nº 9.100/95, arts. 40, 69, 82 e 89): (...) “X – O descumprimento das regras relativas ao financiamento de campanha eleitoral”, entre outros onze incisos.

Hoje, a Lei nº 9.504/97, a respeito, contém as seguintes regras: no artigo 25: “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”; e no artigo 73, *caput*: “São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: (...) II – usar materiais ou serviços, custeados pelos Governos ou Casas legislativas, que excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram; (...) VII – realizar, em ano de eleição, antes do prazo fixado no inciso anterior, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais,

estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição”.

Às vezes, duas podem ser as vertentes:

“Para a configuração das hipóteses enumeradas no citado artigo 73 não se exige a potencialidade da conduta, mas a mera prática dos atos proibidos. Não obstante, a conduta apurada pode vir a ser considerada abuso do poder de autoridade, apurável por meio de investigação judicial prevista no artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90, quando então haverá de ser verificada a potencialidade de os fatos influenciarem o pleito” (REsp nº 21.151, Rel. Min. Fernando Neves).

A Constituição Federal, no artigo 14, § 9º, dispõe que: “Lei Complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta e indireta”.

Por outro lado, o § 10 do mesmo artigo prevê: “O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a justiça eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude”.

Por sua vez, a Lei Complementar nº 64/90, em seu artigo 22, dispõe sobre a possibilidade de representação à Justiça Eleitoral, com relato de fatos e indicação de provas, bem como indícios e circunstâncias, para solicitar abertura de investigação judicial destinada a apurar o uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social em benefício de candidato ou de partido político, cuja procedência, (inciso XIV), poderá provocar a inelegibilidade dos responsáveis, além da cassação do registro do candidato beneficiado, sem prejuízo de eventual processo disciplinar ou criminal.

A doutrina não vê antinomia entre a cláusula constitucional e a regra da lei infraconstitucional, mais ampla, porque na tradução daquilo que estaria na Carta Magna na compreensão maior do que seja

poder econômico ou do abuso no exercício do poder político ou de autoridade.

Deve também ser lembrado o artigo 41-A da Lei das Eleições, de nº 9.504/97, introduzido mediante iniciativa popular, patrocinada pelos meios católicos, que reprime a compra do voto, ou seja, estabelece o tipo da captação de sufrágio, consistente na permuta ou na promessa de qualquer vantagem pelo voto, acarretando multa e cassação do registro, sem prejuízo de outras sanções inclusive de ordem criminal.

Sobre o aspecto temporal e da autoria, já se decidiu:

“Resta caracterizada a captação de sufrágio prevista no artigo 41-A da Lei nº 9.504/97, quando o candidato praticar, participar ou mesmo anuir explicitamente às condutas abusivas ou ilícitas capituladas naquele artigo. Para a configuração do ilícito previsto no artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90, as condutas vedadas podem ter sido praticadas antes ou após o registro da candidatura. Quanto à aferição do ilícito previsto no artigo 41-A, esta Corte já decidiu que o termo inicial é o pedido do registro da candidatura” (REsp nº 19.566, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Há quem sustente, por outro lado, a inconstitucionalidade deste artigo porque conteria regra de inelegibilidade, quando outros afirmam o contrário, e esta é a orientação jurisprudencial de que se trata de pena tópica, isolada, sem interferência naquele campo, com previsão na Constituição e remessa à Lei Complementar, sendo que a Lei das Eleições não possui esta natureza.

Reprime-se o abuso, não só com a investigação judicial do artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90, mas também com a ação de impugnação de mandato eletivo, de previsão constitucional, além do recurso contra a expedição do diploma, regido pelo Código Eleitoral, mais o crime de corrupção do artigo 299 do mesmo Código e, ainda, as representações que, direta e indiretamente, dizem respeito a uma série de descumprimentos ou ao cometimento de infrações relacionadas com as condutas vedadas e aos limites impostos ao exercício da propaganda eleitoral e utilização dos meios e veículos de comunicação.

O abuso, finalizando, turva a isonomia, a liberdade de voto e macula a legitimidade da representação popular, vale dizer, compromete a democracia, regime estruturado na igualdade e na supremacia da vontade de seus membros.



A Justiça e a questão eleitoral

Eduardo Augusto Muylaert Antunes

Advogado; integra o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, no biênio 2004/2005; ex-secretário da Justiça e da Segurança Pública de São Paulo no governo Montoro; presidiu o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; ex-conselheiro da Associação dos Advogados de São Paulo e da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo

“A questão eleitoral assume uma importância cada dia mais considerável; ela domina todo o futuro das sociedades modernas”, preconizava Edmond Villey, já na introdução à sua obra *Legislação eleitoral comparada dos principais países da Europa*, publicada em Paris em 1900.

Lembrava o publicista francês que: “A verdadeira fonte da autoridade é a eleição; a verdadeira base do governo representativo é o direito eleitoral”, para concluir que: “Uma boa legislação eleitoral é, em consequência, a melhor salvaguarda dos povos”.

Cem anos se passaram. Villey não podia então prever as vicissitudes pelas quais passariam, no decorrer do século XX, a democracia e, em decorrência, a questão eleitoral.

Carlos Maximiliano, em seus comentários à Constituição de 1946, destacou com perfeição o papel revolucionário que coube à Justiça Eleitoral em nosso País, e as conseqüentes peculiaridades de sua organização, que visou acabar com os vícios da República Velha: “O estatuto fundamental pôs termo aos escândalos tradicionais na verificação de poderes pelas corporações políticas; houve casos de senador ser reconhecido e tomar assento, quando obteve quinhentos votos, ao passo que o seu competidor granjeara muitos milhares de sufrágios. Em todas as assembléias se operava ilegal segundo escrutínio, em que se rasgava o diploma na cara do legitimamente eleito e se dava posse ao derrotado em toda linha. Assim acontecia, por incumbir às câmaras o reconhecimento de poderes dos seus membros”.

Pontifica, então, o grande jurista pátrio: “Com estabelecer uma Justiça especial para julgar as eleições, deu-se um passo acertado a rumo da verdadeira democracia. O código supremo, com evidente sabedoria, adotou um critério especial para a organização dos tribunais eleitorais; compõem-se de juízes de várias procedências e pessoas alheias à magistratura. Cada grupo de julgadores encara as questões por um prisma particular e assim se aproxima do justo o *verdictum* final.” (Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição brasileira (de 1946)*, 4ª ed., Freitas Bastos, 1948, vol. 2, pp. 397/8).

Assim é que, na forma da Constituição federal, nossos Tribunais Regionais Eleitorais se compõem de sete membros, sendo dois Desembargadores estaduais, um Desembargador federal, dois Juizes de Direito e dois Advogados, indicados pelo Tribunal de Justiça. O exercício do honroso encargo de Juiz Eleitoral se faz por um biênio, sem prejuízo das demais atribuições, sendo renovável apenas por mais um biênio.

Tal composição foi bem explicada por Fávila Ribeiro, no seu Direito Eleitoral: “A Justiça Eleitoral não dispõe de quadro próprio de magistrados, haurindo-os periodicamente de outros setores judiciários. (...) Nenhum magistrado tem vinculação permanente na Justiça Eleitoral, integrando-a sempre por prazo determinado. (...) A rotatividade na composição dos órgãos da Justiça Eleitoral é recomendada como eficiente esquematização institucional, devendo ser conservada como medida de sabedoria política. A atividade política, como o controle sobre o processo político, deve obedecer às

mesmas leis das variações periódicas” (Fávila Ribeiro, *Direito eleitoral*, Forense, 1976, p. 95).

A Justiça Eleitoral foi criada no Brasil em 1932, por inspiração da Revolução de 1930, com o objetivo de organizar eleições livres, escoimando o processo eleitoral das escandalosas fraudes que o maculavam.

A instituição desapareceu na Carta de 1937, com o Estado Novo, mas voltou com a Constituição de 1946. O pós-guerra é, no mundo todo, uma tentativa de conciliação entre os direitos individuais clássicos, os novos direitos econômicos e sociais e uma vigorosa reafirmação dos direitos políticos e de restauração dos regimes democráticos.

Os constituintes desse período, aqui como na Europa, têm presente a trágica lembrança do eclipse de liberdade havido sob o fascismo e o nazismo.

Mais uma vez, entretanto, a vontade manifestada pelo Poder Constituinte não foi suficiente para garantir a continuidade do processo democrático brasileiro. Mais importante do que lembrar os eclipses, entretanto, é analisar as importantes conquistas do processo eleitoral em nosso País.

Assim é que, após o vigoroso movimento pelas eleições diretas, em 1984, e a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil vive a plenitude do processo democrático, caracterizado pela alternância no poder por meio de eleições diretas e livres.

O cientista político e constitucionalista Maurice Duverger conceituou com maestria: “É a seguinte a definição mais simples e mais realista de democracia: regime em que os governantes são escolhidos pelos governados, por meio de eleições honestas e livres.” (*Os partidos políticos*, Zahar, 1970, p. 387).

Tal lição parece diretamente haurida da obra do nosso genial Rui Barbosa, quando afirma: “Nos países de governo constitucional representativo é a eleição o ato mais importante, porque, bem que sejam todos os poderes delegações da nação, nunca se afirma tão diretamente a vontade do povo, na direção regular a dar ao Estado, como durante a consulta das urnas.” (*Obras completas de Rui Barbosa*, v. 2, t. 2).

Georges Burdeau, mestre da Ciência Política, deixou gravado em seu Tratado: “Desde a antiguidade, a urna eleitoral é talvez o único instrumento para o qual nenhum sucedâneo foi descoberto.” (*Tratado de Ciência Política*, 2ª ed., 1968, vol. 3, p. 202).

Com certeza, nos anos 60 não poderia Burdeau imaginar o aperfeiçoamento das urnas, com o surgimento da sua versão eletrônica, menos ainda que seria o Brasil o primeiro País do mundo a criar tal recurso e implantá-lo em seu gigantesco processo eleitoral.

É com justificado orgulho, aliás, que verificamos que começa hoje nos Estados Unidos da América o debate já aqui vivenciado e superado a respeito da viabilidade das eleições eletrônicas. Depois do fiasco das últimas eleições presidenciais, começa o País mais rico e mais poderoso do mundo a caminhar para soluções que entre nós já são corriqueira realidade.

O papel da Justiça Eleitoral, entretanto, não se limita à organização da coleta de votos e sua pronta apuração. Existem inúmeros imperativos constitucionais a serem observados, visando assegurar a legitimidade do processo eleitoral, impedindo o abuso de qualquer forma de poder, seja econômico, político ou dos meios de comunicação.

São inúmeros os estudos contemporâneos a respeito das relações entre a política e a comunicação, sendo que alguns autores pretendem que estamos vivendo em plena “Idade Mídia”.

Em seu *O Estado espetáculo*, Roger Gerard Schwartzberg chama atenção para o fato de que, após os anos 50, a televisão substituiu os jornais e o rádio como fonte principal de informação, para lembrar que o debate na TV é a forma mais espetacular de diálogo entre adversários políticos, podendo em questão de minutos decidir a sorte de uma eleição.

De outra parte, as pesquisas de opinião, ao mesmo tempo em que captam os movimentos de opinião pública, são também importantes instrumentos de formação dessa mesma opinião pública.

A Justiça Eleitoral brasileira é perfeitamente afinada com o seu tempo. Realizou, em São Paulo, em agosto de 2003, Seminário de Pesquisas Eleitorais, e, em novembro do mesmo ano, importante Reunião sobre Propaganda Eleitoral.

Em cada um desses eventos, além da presença marcante de vários Ministros do Tribunal Superior Eleitoral, participaram e tiveram voz ativa todos os interessados, empresas de pesquisa, emissoras de rádio e televisão, partidos políticos, advogados, visando colher-se assim todas as contribuições possíveis para um tratamento eficaz e equilibrado da questão.

É importante observar também que a Justiça Eleitoral, ao analisar as prestações de contas dos partidos e dos candidatos, procura cada vez mais ir além da mera regularidade formal, verificando se os documentos apresentados correspondem a receitas e despesas reais e legítimas.

Ainda não se encontrou maneira de evitar as nefastas movimentações financeiras paralelas, mas não se admitem mais prestações de faz-de-conta. Os controles melhoram e cada vez mais as fraudes detectadas geram providências não só criminais, mas de ordem constitucional, com possibilidade de inelegibilidade e cassação de mandato.

É especialmente importante refletir sobre a experiência da Justiça Eleitoral como subsídio para a tão discutida reforma do Judiciário.

João Mendes já apontava o papel do Judiciário como expressão da soberania nacional: “A atividade do PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO é uma força derivada da soberania nacional; e, neste sentido, é que o PODER JUDICIÁRIO é um poder político. (...) O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO é, como o Poder Legislativo e Executivo, um atributo da soberania nacional; ele é constituído especialmente para assegurar a aplicação das leis que garantem a inviolabilidade dos direitos individuais” (*Direito judiciário brasileiro*, 5ª ed., Freitas Bastos, 1960, pp. 39/40).

O Ministro Sepúlveda Pertence lembra, entretanto, que a Justiça vive uma crise de funcionalidade sem paralelo: “o cidadão descobriu no Judiciário um espaço de afirmação de direito. Ali, luta-se não apenas em disputas individuais, mas até por conquistas sociais. Por isso mesmo, o Judiciário tem dois problemas – dar respostas à demanda tradicional e superar a demanda que se multiplica devido à consolidação da democracia. Estamos no Supremo com uma média de 100 mil processos por ano. É uma prova de que o atual modelo está falido e precisamos resolver problemas estruturais.” (Entrevista à *Revista Época*, nº 211, 3/6/2002).

No momento em que se procuram soluções, é importante lembrar que, até por força da natureza de sua missão, a Justiça Eleitoral acabou por se destacar como uma prestadora de serviços ágil e moderna, com as seguintes peculiaridades:

1. Completa informatização. O processo, iniciado em 1986, chegou a bom termo, com o recadastramento de todos os eleitores do País. Ocorreram

em perfeita ordem e reconhecido sucesso as eleições gerais de outubro de 2002, pela primeira vez totalmente informatizadas, com urnas eletrônicas em todas as seções eleitorais.

2. Descriminalização. A lei eleitoral diminuiu os comportamentos tipificados como crimes e aumentou as sanções pecuniárias e políticas, indo até a cassação de registro de candidatos e de mandatos. Tal opção acabou por aumentar a efetividade das decisões.

3. Despenalização. A grande maioria dos crimes eleitorais é constituída de delitos de pequeno potencial ofensivo, que ensejam a transação penal, na medida em que normalmente vem cominado apenas o máximo da pena para cada delito. A pena mínima, salvo exceção expressa, é sempre de um ano, em todos os casos de reclusão. Assim, na prática, a Justiça Eleitoral quase não tem réus presos.

4. Simplificação e desburocratização. Celeridade dos prazos, que chegam a ser contados em horas. Pronta executividade das decisões. Intervenção em tempo real, nas situações graves.

5. Uso e consideração de todos os meios de prova, inclusive fotografias, gravações, vídeos, mensagens de fax, correio eletrônico, etc. O rádio, a televisão e o videocassete são instrumentos corriqueiros de trabalho.

6. Respeito às formas e ao direito de defesa, sem qualquer apego ao formalismo exagerado. Como afirmou o saudoso jurista Sérgio Pitombo, “o formalismo exagerado é moléstia. Já a formalidade liga-se à certeza e à segurança do direito” (Tacrim – 5º Grupo de Câmaras; Revisão Criminal nº 265.716-8, de Tanabi, j. 18/10/1995; v.u.; in *Boletim AASP* nº 1929 – 13 a 19/12/1995, pp. 402 a 404).

7. Conexão com a realidade, em seus múltiplos aspectos. Atenção à mídia e aos fatos sociais.

8. Capacidade de antecipação. No primeiro domingo de março de 2004, o tema do importante programa “*CBS News Sunday Morning*” foi a análise feita pelo poderoso David Pogue, do *New York Times*, sobre os efeitos da internet na eleição presidencial desse ano nos Estados Unidos. Segundo ele, o que está acontecendo tem a mesma importância que o debate Nixon-Kennedy, quando a televisão mudou tudo. A internet permite uma comunicação bidirecional e multidirecional e começa a ser vista como o único meio capaz de colocar ferramentas de poder nas mãos dos cidadãos comuns. Entre nós,

o uso da internet na campanha eleitoral já é objeto de regulamentação, e o uso da internet no processo já é uma realidade.

9. Conexão com a dinâmica do processo social e político. A nova regulamentação das pesquisas eleitorais visa garantir a liberdade de divulgação, mas evitar todo tipo de manipulação.

10. Informação à comunidade. Parte essencial do trabalho da Justiça Eleitoral é a transmissão de orientação e informações, não só aos eleitores, mas a todos os que participam do processo eleitoral, especialmente candidatos e meios de comunicação.

Mais do que reprimir, importa orientar e prevenir, com indicação clara do que é permitido e do que é proibido.

Essas são algumas das razões do sucesso, da reconhecida legitimidade e do prestígio da Justiça Eleitoral, instrumento indispensável da democracia em nosso País.

A experiência da nossa Justiça Eleitoral pode e deve ser sempre aperfeiçoada. Ao mesmo tempo, pode servir de modelo e alento aos que compartilham do sonho de uma Justiça cada vez mais atuante, eficaz e respeitada por todos.



Apontamentos sobre algumas casualidades dos recursos em matéria eleitoral

Eduardo D. Bottallo

Professor nas Faculdades de Direito da Universidade de São Paulo e de São Bernardo do Campo;
juiz do TRE-SP pela classe dos juristas (1994-2002); advogado

Sumário

1. Introdução;
2. Legitimidade para interposição de recursos e para o oferecimento de representações;
3. Preceitos que tratam de recursos no Código Eleitoral;
4. Preceitos que tratam de recursos na Lei Complementar nº 64/90;
5. Preceitos que tratam de recursos na Lei nº 9.504/97.

1. Introdução

De acordo com o artigo 121 da Constituição, lei complementar deve dispor sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

Enquanto não se concretiza esta determinação, que deverá dispor organicamente sobre todos os aspectos do processo eleitoral, a legislação sobre o assunto – em parte anterior à Constituição – está espalhada em diversos diplomas legais, cuja ordem cronológica é a seguinte:

a) Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965), que, além da matéria penal, trata, entre outros temas, do registro de candidaturas, das convenções partidárias e das garantias eleitorais;

b) Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que, nos termos do artigo 14, § 9º, da Constituição, estabelece “casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições

contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta e indireta”; e, finalmente,

c) Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que disciplina o processo eleitoral nacional e municipal.

Todos estes diplomas trazem normas de natureza processual. Ademais, o próprio Código de Processo Civil, em certas circunstâncias, é aplicável ao processo eleitoral, o que torna extremamente delicada a tarefa do operador em situar-se dentro deste verdadeiro cipoal.

Baseados em nossa experiência como juiz do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, abordaremos, neste artigo, algumas questões relacionadas a aspectos práticos dos recursos em matéria eleitoral, sem, entretanto, a preocupação de aprofundar o exame dos temas ou organizá-los sistematicamente. Limitar-nos-emos, portanto, a apresentar observações casuísticas na esperança de que possam ser úteis, ao menos para aqueles pouco familiarizados com o direito eleitoral.

Para tanto, examinaremos a matéria separadamente, em cada uma das leis acima identificadas, ressaltando, ainda, que não cuidaremos dos recursos relacionados à matéria penal.

2. Legitimidade para interposição de recursos e para o oferecimento de representações

Os menos avisados poderiam supor que a Justiça Eleitoral pauta-se por condutas e procedimentos “diferentes” daqueles aplicáveis a outras áreas do Judiciário.

Trata-se, porém, de manifesto engano. De fato,

a única “diferença” (se assim pode ser chamada) é que a matéria eleitoral, por envolver questões ligadas visceralmente ao exercício da cidadania, induz a postura mais flexível na compreensão de determinadas situações de fato.

Neste contexto, pode aflorar a questão de saber-se se é possível atuar na Justiça Eleitoral sem representação por advogado. A resposta é negativa, pois a presença do advogado é essencial para quase todas as ações e medidas que tramitam nos tribunais eleitorais. Apenas aceita-se a não-intervenção nos casos em que as providências se fazem prementes sob o risco de acarretarem perecimento de direito. É o que ocorre, por exemplo, quando se tratam de recursos contra decisões tomadas por juntas apuradoras em matéria de contagem de votos. Neste caso, o recurso é feito no ato pelos próprios fiscais partidários, pois seria impossível manter advogados de plantão perante cada junta.

São inúmeras as decisões dos Tribunais Eleitorais não conhecendo recursos por falta de capacidade postulatória do subscritor leigo.

O que ocorre, por vezes, em casos de representações não firmadas por advogados, é determinar-se seu encaminhamento ao Ministério Público para que este decida se as encampa ou não. Mas, nem aqui se trata, a rigor, de dispensa da participação ou da intervenção do advogado.

É necessário que se acentue, portanto, que o processo eleitoral está preso aos mesmos requisitos a que estão submetidos os de outra natureza, inclusive no tocante à incidência do artigo 133 da Constituição, que considera o advogado indispensável à administração da justiça.

A legitimidade *ad causam* no processo eleitoral é explicitada tanto na Lei nº 64/90¹ como na Lei nº 9.504/97:² têm direito de promover representações ou recorrer: **os candidatos, os partidos políticos e as coligações**. Além do Ministério Público, são essas as três categorias, legitimadas a ser parte nos processos de natureza eleitoral, mas reitere-se, sem dispensar atuação do advogado.

3. Preceitos que tratam de recursos no Código Eleitoral

3.1. Em matéria recursal, alguns dispositivos constantes do Código Eleitoral merecem destaque.

Começamos, então, pelo artigo 257, que, como regra geral, não atribui efeito suspensivo aos recursos,

o que faz em homenagem à celeridade própria do processo eleitoral. Entretanto, como se verá adiante, a executividade das decisões proferidas nesta matéria nem sempre é imediata.

A seguir, o artigo 258 fixa em **três dias** o prazo para interposição de recursos. É importante chamar atenção para o fato de que este prazo prevalece mesmo nos casos em que o processo eleitoral toma emprestados procedimentos e ritos próprios do processo civil comum. Tal acontece, *e.g.*, com a ação de impugnação de mandato eletivo prevista no artigo 15, §§ 10 e 11, da Constituição Federal.³ À falta de previsão legal específica, esta ação submete-se ao procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil. Todavia, em matéria de recursos – inclusive no tocante ao prazo para sua interposição –, aplicam-se as normas do Código Eleitoral ora examinadas.⁴

O artigo 259, a seu turno, tem características *sui generis*, pois, tratando da preclusividade do direito de interposição dos recursos, ressalva a hipótese de neles ser discutida matéria constitucional. Neste caso, a apreciação da questão sempre será admitida, consoante decorre da singular disposição do parágrafo único do preceito, *verbis*:

“O recurso em que se discutir matéria constitucional não poderá ser interposto fora do prazo. Perdido o prazo em uma fase própria, só em outra que se apresentar poderá ser interposto”.

Como se vê, não haverá preclusão quando o objeto do recurso for de natureza constitucional, o que vale dizer que, presente este tipo de matéria, sempre estará aberta a possibilidade da arguição ser levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal, na qualidade de órgão encarregado de zelar pela guarda da Lei Maior (art. 102 da CF).

1. Cf., artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90.

2. Lei nº 9.504/97: “Art. 96. Salvo disposições específicas em contrário desta Lei, as reclamações ou representações relativas ao seu descumprimento podem ser feitas por qualquer partido político, coligação ou candidato ...”.

3. Constituição Federal: “Art. 15 (*omissis*). § 10 O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude. § 11 A ação de impugnação de mandato transitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de má-fé”.

4. Cf. Acórdão TSE nº 1.897, de 2/8/1999, Rel. Min. Eduardo Ribeiro.

Cabe, ainda, fazer referência ao artigo 263, segundo o qual as decisões anteriores proferidas no julgamento do mesmo pleito eleitoral constituem prejudgados para os demais casos, desde que se trate de questão de direito e salvo quando, contra a tese, votarem 2/3 dos membros do Tribunal.

Este dispositivo é de constitucionalidade, no mínimo, duvidosa, por atentar contra o princípio da livre convicção, próprio do exercício da atividade jurisdicional. Pode-se, mesmo, nele enxergar um simulacro de “súmula vinculante”, figura que tantas discussões tem causado nos meios jurídicos.

De qualquer forma, a tendência dos tribunais eleitorais é considerar o preceito, não como exteriorizador de regra prescritiva de conduta, mas, sim, de mera diretriz, recomendável e desejável apenas na medida em que se mostre a serviço dos propósitos de segurança jurídica e de isonomia.

3.2. Afora as previsões acima destacadas, aquela que tem maior relevância no âmbito do Código Eleitoral, em matéria de recursos, é a que consta do artigo 262 que trata de figura bem típica, qual seja, o *recurso contra expedição de diploma*.

A *diplomação* é o ato jurídico que encerra o processo eleitoral, mediante a entrega ao candidato, pela Justiça Eleitoral, do diploma, onde consta que, no pleito de referida data, ele foi eleito para tal cargo e, portanto, tem direito às prerrogativas ao mesmo inerentes. Com esse ato, cessa, em tese, a competência da Justiça Eleitoral, já que o passo subsequente, a posse dos eleitos, é de natureza política.

A diplomação é realizada pelo juiz eleitoral, nas eleições municipais, pelos Tribunais Regionais Eleitorais, nas eleições estaduais e para os cargos legislativos estaduais e federais, e pelo Tribunal Superior Eleitoral, na eleição presidencial.

Contra o ato de diplomação cabe, então, *recurso contra a expedição de diploma*, desde que se faça presente uma das hipóteses elencadas no supracitado artigo 262.

A figura em questão, embora não possa ser tida como “recurso” na acepção convencional do termo, expressa, não obstante, ato jurisdicional de natureza desconstitutiva, já que seu objetivo é anular ou cassar o diploma outorgado.

Ele deve estar acompanhado de provas que demonstrem os fatos invocados, não sendo suficiente a simples imputação.

Ademais, seus efeitos operam apenas com o trân-

sito em julgado da decisão que porventura o acolher, o que vale dizer que, no entretempo, o diplomado não está impedido de exercer o cargo para o qual foi eleito.

As hipóteses que autorizam a interposição deste recurso estão contidas nos quatro incisos do artigo 262.

A primeira (art. 262, I) refere-se a inelegibilidade ou incompatibilidade do candidato. Trata-se de causa que pode servir, também, para a impugnação do registro da candidatura. O entendimento jurisprudencial a respeito é o de que se o impedimento poderia ter sido suscitado na impugnação ao registro, e não o foi, houve preclusão, não se podendo reabrir, em sede de *recurso contra expedição de diploma*, questões que poderiam ter sido argüidas no momento da impugnação do registro, ou seja, no início do processo eleitoral.

A segunda hipótese (art. 262, II) diz respeito à errônea interpretação da lei quanto à aplicação do sistema de representação proporcional. Exemplo de aplicação deste preceito – que ocorre com alguma frequência em eleições municipais – é o referente à determinação do número de vagas para a Câmara dos Vereadores.

Na terceira hipótese (art. 262, III), coloca-se o erro de direito ou de fato na apuração, na determinação do quociente eleitoral, na contagem de votos, na classificação do candidato e na sua contemplação sob determinada legenda. São situações que ocorrem, não na inscrição ou no processo eleitoral, mas sim na fase de contagem dos votos.

A quarta e última hipótese (art. 262, IV) diz respeito a concessão ou denegação do diploma nos casos de abuso de poder econômico ou político, ou seja, situações simétricas àquelas que poderiam ensejar ação de impugnação de mandato eletivo nos termos do já aludido artigo 15, §§ 10 e 11, da Constituição Federal. Há, entretanto, uma diferença fundamental: a ação de impugnação de mandato eletivo, por sua natureza, abre a possibilidade de realização de provas em fase instrutória, ao passo que, no *recurso contra a expedição de diplomação*, essa possibilidade não existe, já que nele, como visto, a prova deve ser pré-constituída.

Repita-se: não é possível pretender impugnar o mandato através do *recurso contra a expedição de diploma*, meramente protestando pela realização de provas ou levando provas insuficientes. Estas falhas fundamentam o não-conhecimento do apelo.

4. Preceitos que tratam de recursos na Lei Complementar nº 64/90

4.1. Foi esclarecido na parte introdutória deste artigo que a Lei Complementar nº 64/90 (*A Lei das Inelegibilidades*) tem seu fundamento constitucional no artigo 14, § 9º, da Constituição Federal.

Especificamente quanto a recursos, vale destacar, de início, o artigo 15 do diploma agora em estudo, que tem a seguinte redação:

“Art. 15. Transitada em julgado a decisão que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado o registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido”.

Como se vê, o preceito somente considera comprometido o registro do candidato com decisão transitada em julgado. Embora não derogue o já examinado artigo 257 do Código Eleitoral, impõe, não obstante, manifesta restrição ao seu alcance.

Valem, a propósito, as seguintes observações de Roberto Amaral e Sérgio Sérulo da Cunha:

“Somente com o trânsito em julgado da decisão que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á cancelado o registro, se já tiver sido feito, ou considerado nulo o diploma, se já extraído. Entendemos correta essa interpretação, que percebe, no artigo 15, expressão do **princípio da preservação do registro**: como a elegibilidade é a regra e a inelegibilidade a exceção, o registro permanece imune aos efeitos de qualquer decisão recorrível, enquanto não ocorre o trânsito em julgado. (...)”.

Portanto, nem este artigo 15 contém exceção ao disposto no artigo 257 do Código Eleitoral, nem dá o artigo 216 efeito suspensivo ao recurso extraordinário. Na verdade, como bem colocou o Ministro Sepúlveda Pertence, ‘o recurso continua sem efeito suspensivo. Apenas, se a decisão anterior, no caso a do TSE, tivesse concedido o registro e a inelegibilidade viesse a ser declarada pelo Supremo Tribunal Federal, e essa decisão houvesse transitado em julgado, só depois disso é que ela importaria o cancelamento do registro”.⁵

Observa-se, pois, que este artigo 15 tem conotação bastante peculiar.

4.2. Outro dispositivo de relevo processual no corpo da Lei Complementar nº 64/90 é o artigo 22, que prescreve o rito aplicável ao processo de investigação judicial, destinado a apurar desvios de conduta, abuso de poder econômico ou político e

infrações correlatas, imputáveis a candidatos ou partidos políticos no curso do processo eleitoral.

Não cabe aqui examinar detalhadamente este procedimento, pelo que nos limitamos a destacar o parágrafo único do dispositivo, assim inscrito:

“(...) o recurso contra a diplomação, interposto pelo representante, não impede a atuação do Ministério Público no mesmo sentido”.

Concordamos com Ricardo Amaral e Sérgio Sérulo da Cunha quando qualificam este recurso como “meio autônomo de impugnação” que cabe ao representante ou ao Ministério Público, para questionar o ato de diplomação com base nos resultados da investigação intentada segundo procedimento indicado no *caput* do dispositivo.⁶

Daí decorre que, apesar da existência de afinidades, este recurso não se confunde com aquele objeto do artigo 262, do Código Eleitoral, examinado no item 3.2 *supra*. A diferença está em que o agora em foco tem fundamento, não em fato preexistente ao registro, mas sim em inelegibilidades reveladas pela investigação a que alude o artigo 22, *caput*, ocorridas durante o processo eleitoral.

5. Manual das eleições, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 536.

6. Op. cit., p. 565. O artigo 22, *caput*, da Lei Complementar nº 64/90, tem a seguinte redação: “Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito:

I - o Corregedor, que terá as mesmas atribuições do Relator em processos judiciais, ao despachar a inicial, adotará as seguintes providências:

a) ordenará que se notifique o representado do conteúdo da petição, entregando-se-lhe a segunda via apresentada pelo representante com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 5 (cinco) dias, ofereça ampla defesa, juntada de documentos e rol de testemunhas, se cabível;

b) determinará que se suspenda o ato que deu motivo à representação, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficiência da medida, caso seja julgada procedente;

c) indeferirá desde logo a inicial, quando não for caso de representação ou lhe faltar algum requisito desta lei complementar;

II - no caso do Corregedor indeferir a reclamação ou representação, ou retardar-lhe a solução, poderá o interessado renová-la perante o Tribunal, que resolverá dentro de 24 (vinte e quatro) horas;

III - o interessado, quando for atendido ou ocorrer demora, poderá levar o fato ao conhecimento do Tribunal Superior Eleitoral, a fim de que sejam tomadas as providências necessárias; →

5. Preceitos que tratam de recursos na Lei nº 9.504/97

A Lei nº 9.504/97, que, repita-se, disciplina, em caráter permanente, o processo eleitoral, trata, ademais, do registro de candidatos (exceto o processo de impugnação), da campanha eleitoral, das condutas vedadas bem como utilização dos meios de comunicação e fiscalização.

- IV - feita a notificação, a Secretaria do Tribunal juntará aos autos cópia autêntica do ofício endereçado ao representado, bem como a prova da entrega ou da sua recusa em aceitá-la ou dar recibo;
- V - findo o prazo da notificação, com ou sem defesa, abrir-se-á prazo de 5 (cinco) dias para inquirição, em uma só assentada, de testemunhas arroladas pelo representante e pelo representado, até o máximo de 6 (seis) para cada um, as quais comparecerão independentemente de intimação;
- VI - nos 3 (três) dias subseqüentes, o Corregedor procederá a todas as diligências que determinar, *ex officio* ou a requerimento das partes;
- VII - no prazo da alínea anterior, o Corregedor poderá ouvir terceiros, referidos pelas partes, ou testemunhas, como conhecedores dos fatos e circunstâncias que possam influir na decisão do feito;
- VIII - quando qualquer documento necessário à formação da prova se achar em poder de terceiro, inclusive estabelecimento de crédito, oficial ou privado, o Corregedor poderá, ainda, no mesmo prazo, ordenar o respectivo depósito ou requisitar cópias;
- IX - se o terceiro, sem justa causa, não exibir o documento, ou não comparecer a juízo, o Juiz poderá expedir contra ele mandado de prisão e instaurar processos por crime de desobediência;
- X - encerrado o prazo da dilação probatória, as partes, inclusive o Ministério Público, poderão apresentar alegações no prazo comum de 2 (dois) dias;
- XI - terminado o prazo para alegações, os autos serão conclusos ao Corregedor, no dia imediato, para apresentação de relatório conclusivo sobre o que houver sido apurado;
- XII - o relatório do Corregedor, que será assentado em 3 (três) dias, e os autos da representação serão encaminhados ao Tribunal competente, no dia imediato, com pedido de inclusão incontinenti do feito em pauta, para julgamento na primeira sessão subseqüente;
- XIII - no Tribunal, o Procurador-Geral ou Regional Eleitoral terá vista dos autos por 48 (quarenta e oito) horas, para se pronunciar sobre as imputações e conclusões do Relatório;
- XIV - julgada procedente a representação, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 3 (três) anos subseqüentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico e →

No capítulo das *disposições finais*, figuram algumas regras em matéria recursal. A mais importante delas é a que fixa em vinte e quatro horas o prazo para interposição de recursos, nos processos que têm por objeto as matérias específicas tratadas no corpo do diploma ora sob comento. Como se vê, para este grupo especial de feitos, não se aplica o prazo de três dias previsto no artigo 257 do Código Eleitoral, mas – repita-se – o angusto prazo de 24 horas.⁷

A jurisprudência tende a ser tolerante na determinação do critério de contagem deste prazo. Leva em conta, sem prejuízo da necessidade de imprimir-se celeridade ao processo eleitoral, a circunstância de ser ele extremamente exíguo. Bom exemplo desta diretriz pode ser colhido na seguinte ementa:

“Recurso em matéria eleitoral – Prazo de vinte e quatro horas – Inexistência de certeza absoluta do horário em que a intimação se consumou – Necessidade de interpretação benigna do preceito legal – Recurso inominado provido para que a apelação seja apreciada”.⁸

Em precedentes como este emerge compreensão segundo a qual a dúvida deve conduzir à aceitação da tempestividade dos recursos submetidos a tão restrito prazo.

→ pelo desvio ou abuso do poder de autoridade, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e processo-crime, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar;

XV - se a representação for julgada procedente após a eleição do candidato serão remetidas cópias de todo o processo ao Ministério Público Eleitoral, para os fins previstos no artigo 14, §§ 10 e 11, da Constituição Federal, e artigo 262, inciso IV, do Código Eleitoral”.

7. Lei nº 9.504/97: “Art. 96 (*omissis*). (...) § 8º Quando cabível recurso contra a decisão, este deverá ser apresentado no prazo de vinte e quatro horas da publicação da decisão em cartório ou sessão, assegurado ao recorrido o oferecimento de contra-razões, em igual prazo, a contar da sua notificação”.

8. Acórdão nº 134.044, do TRE-SP - *Revista Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral*, vol. 42.

Ministério Público Eleitoral

Fátima Aparecida de Souza Borghi

Ex-Procuradora Regional Eleitoral; Procuradora Regional da República
da 3ª Região - São Paulo

Sumário

1. O Ministério Público no Brasil;
 2. O Ministério Público na atual Constituição Federal;
 3. Ministério Público Eleitoral;
 - 3.1. Atribuições do Ministério Público Eleitoral;
 - 3.2. Investidura e o período de exercício da função;
 4. Conclusão.
- Bibliografia

1. O Ministério Público no Brasil

Em 1609 surge no Brasil, pela primeira vez, a figura do Promotor de Justiça, com a criação do Tribunal de Relação da Bahia, que, em conjunto com o Procurador dos Feitos da Coroa e da Fazenda, fazia parte do Tribunal composto por dez desembargadores.¹

Tanto no Brasil Colônia como no Império, o Ministério Público não era considerado uma instituição e seus representantes não gozavam de garantia alguma, sendo servidores do Executivo.

Na Constituição Federal de 1824, foi citada a função do Procurador da Coroa e Soberania Nacional, cuja atribuição era de acusação, quando esta não fosse da Câmara dos Deputados.²

O Código de Processo Criminal do Império (1832) prescreveu uma seção aos promotores,³ mas somente por meio do Decreto nº 5.618, de 2 de maio de 1874, é que, pela primeira vez, foi utilizada a expressão “Ministério Público”.

Já o Decreto nº 848, de outubro de 1890, considerou o *Parquet* como uma instituição, enquanto a pioneira Constituição da República (1891) apenas fez referência ao Ministério Público, de forma muito lacônica, na Seção III, Do Poder Judiciário, quando dispôs sobre a escolha do Procurador-Geral da República e sua iniciativa na revisão criminal a favor do condenado.⁴

A Constituição Federal, de 16 de julho de 1934, tratou de forma mais definida o *Parquet*, afora de traçar genericamente suas competências funcionais (arts. 95 a 98). Foi mencionado como um “Órgão de Cooperação nas Atividades Governamentais”:⁵

Já na Constituição Federal de 1937 houve uma diminuição da importância alcançada anteriormente, em razão da época ditatorial. Vale dizer, o texto constitucional apenas dispôs perfunctoriamente sobre este, citando no artigo 99 que o Ministério Público Federal teria por chefe o Procurador-Geral da República, especificando local de sua atuação e condições para a sua nomeação.

Em 1941, com o Código de Processo Penal, o Ministério Público passou a ter o poder de requisitar inquéritos policiais e diligências, de forma que sua titularidade na promoção da ação penal tornou-se regra, enquanto também se lhe atribuía a tarefa de promover e fiscalizar a execução da lei.

1. Hugo Nigro Mazzilli, *Regime Jurídico do Ministério Público*, 5ª ed., Saraiva, 2001, p. 39.

2. Artigo 48 - “No Juízo dos crimes, cuja acusação não pertence à Câmara dos Deputados, acusará o Procurador da Coroa e Soberania Nacional.”

3. Hugo Nigro Mazzilli, *op. cit.*, p. 56.

4. Artigo 58 - (...) “§ 2º - O Presidente da República designará, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, cujas atribuições se definirão em lei.”

Artigo 81 - (...) “§ 1º - A lei marcará os casos e a forma da revisão, que poderá ser requerida pelo sentenciado, por qualquer do povo, ou *ex officio* pelo Procurador-Geral da República.”

5. “CAPÍTULO VI - Dos Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais SEÇÃO I - Do Ministério Público - Artigo 95 - O Ministério Público será organizado na União, no Distrito Federal e nos Territórios por lei federal, e, nos Estados, pelas leis locais.” (...)

Nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, a Instituição galgou andares de órgão agente e interveniente.

Por sua vez, a Constituição de 1946 voltou a inseri-lo em título autônomo (arts. 125 a 128). Na de 1967, com o golpe militar, a Instituição passou a integrar o Poder Judiciário e pela Emenda Constitucional nº 01 de 1969, o Poder Executivo. Apesar desse fatos, a gama de suas atribuições foram aumentadas pela legislação ordinária.

No entanto, porque não tinha o Ministério Público título especial na Constituição Federal ou ainda porque não fossem delimitadas constitucionalmente as suas atribuições bem como a sua autonomia, sedimentou a idéia de submissão do órgão ao Poder Executivo ou de mero “auxiliar do juízo”.

Com a Lei Complementar Federal nº 40/81, a primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, nasceu um estatuto para a Instituição nacional, contendo suas atribuições, garantias e vedações.

Entretanto, somente a partir do ano de 1988 ganhou o Ministério Público o merecido realce, haja vista que reinava ainda grande desconhecimento em torno da Instituição.

Afastou-se definitivamente de atribuições ligadas aos interesses do Estado para abarcar como norte a defesa do interesse público.

2. O Ministério Público na atual Constituição Federal

Constata-se a grande evolução e real importância que foi dada ao Ministério Público na Constituição de 1988, onde ocupou posição autônoma perante os três Poderes, desempenhando com independência

funcional e administrativa todas as atribuições que lhe foram conferidas.

Dessa evolução, o Ministério Público teve suas configurações defendidas pela Lei Maior uma vez que o artigo 127 o confirmou como “*instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*”.

O legislador constitucional, no Capítulo relativo às funções essenciais à Justiça, dedicou ao Ministério Público Seção autônoma. Certo que primordialmente a atuação ministerial se dá perante o Judiciário mas, ainda assim, diante da grande missão que lhe foi atribuída, melhor seria que constasse como função essencial ao próprio Estado de Direito.

E exatamente em razão das relevantes tarefas desempenhadas pelo Ministério Público é que a Constituição Federal previu expressamente e de forma exclusiva que é o *Parquet* instituição permanente, assegurando a sua constância no ordenamento jurídico, não podendo dele ser extirpado.

Como uma instituição permanente, seus membros ingressam na carreira por meio de concurso público de provas e títulos, possuindo as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade, igualmente asseguradas aos Magistrados.

Determina, ainda, a Constituição Federal, no § 1º do artigo 127, a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional como princípios institucionais do Ministério Público.

A unidade refere-se à representação do todo institucional, não comportando a idéia de cisão. Tem que ser entendido como uma única Instituição, apesar de suas divisões internas; sejam administrativas ou de competência.

Isso não significa agressão ao princípio do promotor natural, pois as regras de competência, previstas na lei, devem ser obedecidas sob pena de nulidade processual.⁶

Decorre dessa concepção outro princípio institucional, qual seja, o da indivisibilidade, haja vista que, apesar da possível substituição de membros nos feitos, continua-se com a idéia de unidade.

A Constituição Federal confere aos membros do *Parquet* a possibilidade de escolher o bom direcionamento de seus trabalhos quando dispõe como um

6. Nesse norte assentou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer que “O postulado do Promotor natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar à própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e predeterminados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e na inamovibilidade dos membros da Instituição” (HC nº 67.759/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ, 150/123. No mesmo sentido: HC 74.052-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, 20/8/1996, *Informativo STF* nº 41, 28/8/1996).

dos princípios institucionais do Ministério Público a independência funcional.

Como aponta Hugo Nigro Mazzilli,⁷ “em parecer a respeito do tema, Hely Lopes Meirelles assim se pronunciou: ‘independência é de caráter absoluto; autonomia é relativa a outro órgão, agente ou poder. Ora, no que concerne ao desempenho da função ministerial, pelo órgão (Ministério Público) e seus agentes (Promotores, Procuradores), há a independência da atuação e não apenas *autonomia funcional* (...). Os membros do Ministério Público só se sujeitam ao controle de órgãos superiores e diretivos da Instituição (Procuradoria-Geral da Justiça, Colégio de Procuradores, Conselho Superior do Ministério Público e Corregedoria-Geral do Ministério Público), na sua conduta administrativa, ao longo da carreira ou nos seus atos pessoais que afrontem a probidade e o decoro que se exigem de todo agente público, principalmente dos que desfrutam de alguma parcela de autoridade estatal. No mais, os membros do Ministério Público atuam com absoluta liberdade funcional, só submissos à sua consciência e aos seus deveres profissionais, pautados pela Constituição e pelas leis regedoras da Instituição”

As funções institucionais do Ministério Público como promover a ação penal pública, zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos, a defesa dos interesses indisponíveis, difusos e coletivos, são atividades de natureza administrativa mas não permitem que, em razão dessas atribuições, vincule-se subordinadamente ao órgão Executivo, haja vista a sua autonomia funcional.

Por isso, o Ministério Público não possui chefia funcional, mas chefia administrativa, na pessoa do Procurador-Geral, não se submetendo aos outros Poderes Públicos e nem mesmo aos órgãos internos da Instituição.

É garantida a livre e plena convicção e expressão, agindo de acordo com sua própria consciência jurídica, conduzindo seus atos na direção da busca do interesse da sociedade.

O reconhecimento do Ministério Público como função essencial na fiscalização dos Poderes do Estado, na defesa do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, também exigiu que o constituinte conferisse à Instituição, pelo § 2º do artigo 127, a autonomia funcional e administrativa.

A Lei Maior permitiu ao Ministério Público que se auto-estruturasse, prevendo sua organização e funcionamento, sem qualquer ingerência, inclusive pela liberdade conferida pela Emenda Constitucional nº 19/98 quanto à iniciativa no que tange à política remuneratória e planos de carreira.

A autonomia funcional terá eficácia plena graças a outras garantias previstas pelo constituinte: autonomias administrativa e financeira-orçamentária.

A autonomia administrativa facultou ao Ministério Público autogovernar-se, inclusive com o poder de iniciativa privativa para “*propor ao poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços, auxiliares, provendo-os* (...)”.⁸

Aliás, o § 5º do artigo 128 da Constituição Federal⁹ corrobora possibilidade de auto-organizar-se, por meio de lei, mas aqui se trata de competência concorrente com o Presidente da República e o Governador do Estado, respectivamente na seara da União e dos Estados (art. 61, § 1º, II, *d* da Constituição Federal) ao facultar aos Procuradores-Gerais a iniciativa de lei complementar para tal finalidade, ainda que no limite da lei proposta pelo Chefe do Executivo.

Complemente-se com a possibilidade de estruturação da carreira prevista nos artigos 128, §§ 1º e 3º e 129, § 2º, bem como a exigência de ingresso na carreira mediante concurso de provas e títulos (art. 129, § 3º).

A autonomia financeira e orçamentária é prevista no § 3º do artigo 127 da Constituição Federal, ao estabelecer a possibilidade de elaboração da proposta orçamentária bem como para gerir os recursos que lhes foram destinados pela Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Para consecução das finalidades ministeriais, a Constituição Federal, no inciso I do § 5º do artigo 128, estipulou aos membros as garantias de vitaliciedade após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado (alínea *a*), inamovibilidade, salvo por

7. Hugo Nigro Mazzilli, *op.cit.*, p. 190.

8. Parágrafo 2º do artigo 127 da Constituição Federal.

9. Artigo 128, § 5º - “Leis Complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: (...)”

motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegura ampla defesa (alínea *b*) e irredutibilidade de vencimentos (alínea *c*).

Em virtude de todas atribuições e responsabilidades, aos representantes do *Parquet*, também foram impostas algumas vedações, até mesmo para que estes atuem com total imparcialidade e justiça. Tais impedimentos estão no artigo 128, § 5º, inciso II da Constituição Federal.¹⁰

O artigo 129 da Constituição Federal estabelece que são funções institucionais do Ministério Público: “I) promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II) zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia; III) promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social,

do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV) promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V) defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI) expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII) exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII) requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX) exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

Note-se que para o exercício das funções institucionais, tem o Ministério Público ampla legitimidade ativa (parte) e interventiva (*custos legis*), ainda que estas funções, para cada caso concreto, sejam típicas ou atípicas.

Como parte, (autor) no cível, atuará (art. 81 do Código de Processo Civil)¹¹ exercendo direito de ação.

Às vezes atua como substituto processual (art. 6º do CPC),¹² em razão da própria natureza e fins da instituição ou em decorrência da vontade da lei. Age, assim, em nome próprio, embora defendendo interesse alheio.

Como fiscal da lei (art. 82 do mesmo diploma legal),¹³ tem a incumbência de defender o interesse público, que não se confunde com o interesse do Estado, “e portanto sujeito imparcial e descomprometido com os titulares de direitos ou interesses ou com os conflitos que os envolvem”.¹⁴

Vale dizer, o interesse público se refere à coletividade, à sociedade no geral (interesse primário) e não aos interesses da Administração. Daí que terá o Ministério Público os mesmos direitos e deveres processuais das partes. A importância de sua atuação, inclusive, é corroborada pela Súmula 99 do Superior Tribunal de Justiça.¹⁵

A causa justificadora para o Ministério Público intervir como *custos legis* ou na condição de parte no processo civil, penal ou administrativo é sempre o interesse público.

10. Artigo 128, § 5º, inciso II da Constituição Federal:

“II - as seguintes vedações:

- a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;
- b) exercer a advocacia;
- c) participar de sociedade comercial, na forma da lei;
- d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;
- e) exercer atividade político-partidária, salvo exceções previstas na lei”.

11. Artigo 81 - “O Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes.”

12. Artigo 6º - “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”

13. Artigo 82 - “Compete ao Ministério Público intervir:

I - nas causas em que há interesse de incapazes;

II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência de disposições de última vontade;

III - nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse de terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.”

14. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, 3ª ed., Malheiros Editores, 2003, p. 428.

15. “O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte.”

Quando a intervenção do Ministério Público é obrigatória em virtude de lei, a falta de sua intimação para acompanhar o feito gera nulidade do processo, conforme preceituam os artigos 84 e 246 do Código de Processo Civil.¹⁶

O legislador, tendo em vista as relevantes funções ministeriais, dispôs que ele: a) não está sujeito ao pagamento antecipado de custas processuais (também aplicável à sua atuação como *custos legis* – art. 27 do CPC); b) tem prazo contado em dobro para recorrer, e em quádruplo para contestar (art. 188 do CPC);¹⁷ e, c) o direito a ser intimado pessoalmente (Lei Complementar n° 75/93, art. 18).

3. Ministério Público Eleitoral

Somente a Constituição Federal de 1946, no artigo 125, previu a existência do Ministério Público Eleitoral, o que não ocorreu com as demais Constituições pátrias.

Com efeito, a Constituição de 1988, em seu artigo 128, não dispôs sobre o Ministério Público Eleitoral como instituição pertencente ao *Parquet* federal. Daí que não há carreira própria, como existe em relação ao do Trabalho ou a do Militar,¹⁸ sendo que as suas atribuições são disciplinadas pela Lei Complementar n° 75/93.

É bem verdade que a Constituição Federal, no referido artigo, também não incluiu o Ministério Público que atua junto ao Tribunal de Contas da União, mas não o olvidou, pois a ele se refere no artigo 130.¹⁹

Quanto ao Código Eleitoral, desde a sua primeira redação, não houve tratamento constante para o Ministério Público no âmbito eleitoral.

Assim, na redação inicial deste texto de lei, não havia capítulo próprio para o órgão ministerial, o qual aparecia somente de forma episódica.

De forma oposta, a redação de 1935 reservou extenso capítulo ao órgão, regulando inclusive a ampla participação dos Ministérios Públicos dos Estados em todas as fases do processo eleitoral.

Já em 1950, sob a vigência da Constituição de 1946, a legislação eleitoral deixou de apresentar referido capítulo, dispondo sobre a Procuradoria somente de forma ocasional e assistemática.

O Código Eleitoral, ora em vigor, não se preocupou em reservar capítulo único ao Ministério Público, o que não significa sua ausência. Muito

pelo contrário, a Lei n° 4.737/65, dá papel amplo e efetivo ao Ministério Público dentro do processo eleitoral, no qual age junto à Justiça Eleitoral a fim de que esta cumpra sua finalidade: garantir a verdade eleitoral e a soberania popular por meio do voto.

Destaque-se que, assim como para os integrantes da justiça eleitoral, foi prevista uma periodicidade na ocupação do cargo por membros ministeriais, com a finalidade de se preservar a imparcialidade destes perante às influências políticas, mormente, em épocas de eleições, a fim de que cumpra com total plenitude a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, admitindo-se o ofício apenas até dois biênios. Nesse sentido, dispôs o artigo 121, § 2º, da Constituição Federal.²⁰

Vale dizer, a alternância (o que nas comarcas em que há apenas um juiz e um promotor não ocorre) de membros na esfera eleitoral, tanto da Magistratura como do Ministério Público, somando-se com a vitaliciedade e outras garantias inerentes à função desses agentes, é fundamental para que os partidos e candidatos envolvidos tenham igualdade efetiva de tratamento e para que se alcance um sufrágio universal probo, e, conseqüentemente, se instale a verdadeira e efetiva democracia.²¹

16. Artigo 84 - “Quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público, a parte promover-lhe-á a intimação sob pena de nulidade do processo”.

Artigo 246 - “É nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir”.

17. Tal prerrogativa não está expressa para o Ministério Público Eleitoral, que tem ritos procedimentais especiais.

18. Artigo 128, inciso I, alíneas “b” e “c”.

19. Artigo 130 - “Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta Seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura.”

20. Artigo 121 - (...)” § 2º - Os juízes dos tribunais eleitorais, salvo por motivo justificado, servirão por 2 (dois) anos, no mínimo, e nunca por mais de 2 (dois) biênios consecutivos, sendo os substitutos escolhidos na mesma ocasião e pelo mesmo processo, em número igual para cada categoria”.

21. Fávila Ribeiro, *Direito Eleitoral*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, p. 169, afirma:

“A sua autonomia é essencial no trato de suas específicas e inconfundíveis responsabilidades, com revezamento, em prazo certo, de todos os seus componentes. (...) →

Indispensável, portanto, é a imparcialidade²² dos juízes e membros do Ministério Público que atuam no processo eleitoral, os quais devem buscar tão-somente aplicação da lei. No entanto, essa tarefa é muito delicada, uma vez que o processo eleitoral envolve convicções pessoais, baseadas nas razões íntimas relativas à concepção política para alcançar o seu ideal de organização social (e para tanto é necessário

→ E quanto à sobrevivência do Ministério Público Eleitoral constitui fator implicado na continuidade da jurisdição eleitoral, que assim o exige, dado que ambas as instituições se implicam em seus inter-relacionamentos funcionais e no seus comuns objetivos. E essa interligação é de tal magnitude que as duas instituições são submetidas a equivalentes peculiaridades estruturais, do mesmo modo permanentes, no sentido de desfrutarem de perenidade institucional, mas, de igual maneira, sem quadro próprio de integrantes, paradoxalmente, fazendo do sistema do revezamento periódico o ponto nevrálgico de sustentação dos desempenhos imparciais pelos membros das duas instituições atuantes no controle eleitoral.”

22. Diz Cândido Rangel Dinamarco, *op.cit.*, pp. 439/440: “A impessoalidade da atuação dos promotores de justiça como agentes estatais comprometidos com o interesse público tem como corolário o *dever de imparcialidade*. Esse dever acentua-se e atinge graus mais elevados quando eles atuam na qualidade de fiscais da lei, porque nestes casos os membros do *Parquet* não cumprem qualquer missão relacionada com os interesses das partes em conflito e o que devem buscar é a prevalência da ordem jurídica e, conseqüentemente, dos valores políticos, sociais e econômicos, e sobretudo éticos que o direito positivo agasalha.

Desviar-se-ia da correta colocação que por isso se espera do promotor de *justitice*, aquele que no processo atuasse segundo influências espúrias e impertinentes ou, pior ainda, que se inclinasse a favorecer algumas das partes sem alguma legítima razão jurídica para isso.”

23. Artigo 118 da Constituição Federal.

24. Artigo 119 - “O Tribunal Superior Eleitoral compor-se-á, no mínimo, de sete membros, escolhidos:

I - mediante eleição, pelo voto secreto:

- a) três juízes dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal;
- b) dois juízes dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça;

II - por nomeação do Presidente da República, dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único - O Tribunal Superior Eleitoral elegerá seu Presidente e o Vice-Presidente dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, e o Corregedor Eleitoral dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça”.

Artigo 120 - “Haverá um Tribunal Regional Eleitoral na Capital de cada Estado e no Distrito Federal.

§ 1º - Os Tribunais Regionais Eleitorais compor-se-ão:

I - mediante eleição, pelo voto secreto:

- a) de dois juízes dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça; →

alcançar o poder, o que poderá legitimar determinadas ações), sendo que eles próprios não deixam de ser agentes e pacientes, agentes públicos e cidadãos.

Outrossim, cabe mencionar que os membros ministeriais atuam em todos os órgãos que compõem a Justiça Eleitoral, quais sejam, o Tribunal Superior Eleitoral, os Tribunais Regionais Eleitorais, Juízes Eleitorais e Juntas Eleitorais.²³

Da leitura dos artigos 119 e 120 da Lei Maior infere-se que os órgãos eleitorais acima citados são compostos por juízes que advêm do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais (de cada Região), Tribunais de Justiça (referentes a cada Estado),²⁴ e de advogados.

No entanto, a Constituição Federal não inseriu um representante do Ministério Público na composição do Tribunal Superior Eleitoral e dos Tribunais Regionais Eleitorais, não obstante prever a presença de advogados.

O Código Eleitoral, hoje em vigor, proíbe a indicação de nome de membro do Ministério Público para a lista tríplice organizada pelo Tribunal de Justiça a ser enviada ao Tribunal Superior Eleitoral.²⁵ Antigamente não era assim.²⁶

→ b) de dois juízes, dentre juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça;

II - de um juiz do Tribunal Regional Federal com sede na Capital do Estado ou no Distrito Federal, ou, não havendo, de juiz federal, escolhido, em qualquer caso, pelo Tribunal Regional Federal respectivo;

III - por nomeação, pelo Presidente da República, de dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.

§ 2º - O Tribunal Regional Eleitoral elegerá seu Presidente e o Vice-Presidente dentre os desembargadores”.

Artigo 121 - “Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

§ 1º - Os membros dos tribunais, os juízes de direito e os integrantes das juntas eleitorais, no exercício de suas funções, e no que lhes for aplicável, gozarão de plenas garantias e serão inamovíveis.

§ 2º - Os juízes dos tribunais eleitorais, salvo motivo justificado, servirão por 2 (dois anos), no mínimo, e nunca por mais de 2 (dois) biênios consecutivos, sendo os substitutos escolhidos na mesma ocasião e pelo mesmo processo, em número igual para cada categoria”.

25. Artigo 25, inciso III, §§ 1º e 2º do Código Eleitoral atual.

26. Joel J. Cândido, *Direito Eleitoral Brasileiro*, p. 47, explica que: “Os artigos 25 e 26 do Código Eleitoral, redigidos à época da Constituição de 1946, estão hoje, em decorrência das Constituições de 1967 e 1969, →

A Constituição de 1969 permitia a presença do Ministério Público nos quadros dos Tribunais Regionais Eleitorais ao incluir o termo “cidadão” (e não previa para o Superior Tribunal Eleitoral)²⁷ ao dispor no artigo 133, inciso III: “*dois dentre seis cidadãos de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça*”.

Esse tratamento diferenciado não tem justificativa no sistema, porquanto outros órgãos de Justiça quando estabelecem o assento para a advocacia como julgador também o fazem para o *Parquet*.

3.1. Atribuições do Ministério Público Eleitoral

Não foi a Constituição Federal que discorreu sobre a função ministerial eleitoral e sim a Lei de Organização do Ministério Público da União, Lei Complementar nº 75, de 20/5/1993.²⁸

Não obstante a falta de previsão constitucional do Ministério Público Eleitoral, deve ele atuar em todas as fases e instâncias do processo eleitoral.

Como órgão integrante do processo eleitoral, não deve poupar esforços para a defesa e a fiscalização da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis²⁹ nas diversas etapas do processo eleitoral, seja em época de eleição, na preparação, votação, apuração e diplomação ou em período não eleitoral.

Duas características destacam-se na atuação ministerial: a federalização e a delegação. Isto é, na seara eleitoral, todas as funções eleitorais do *Parquet* devem ser executadas por representantes do Ministério Público Federal, de acordo com o *caput* do artigo 72 da Lei Complementar nº 75/93. Mas, por delegação, repassa-se à Instituição dos Estados e do Distrito Federal as atribuições de oficiar perante as primeiras instâncias eleitorais.

Conforme leitura dos artigos 37, inciso I e 72, *caput* da Lei Complementar nº 75/93³⁰ as funções

eleitorais são do *Parquet* Federal, cujo chefe é o Procurador-Geral da República (§ 1º do art. 128 da CF) que atua nas causas de competência do Tribunal Superior Eleitoral como Procurador-Geral Eleitoral (art. 73 da LC nº 75/93).

Nos Tribunais Regionais Eleitorais, em cada Estado da Federação, nos termos do artigo 77 da Lei mencionada,³¹ a representação do Ministério Público Eleitoral é feita pelas Procuradorias Regionais

28. Artigo 72 - “Compete ao Ministério Público Federal exercer, no que couber, junto à Justiça Eleitoral, as funções do Ministério Público, atuando em todas as fases e instâncias do processo eleitoral.

Parágrafo único - O Ministério Público Federal tem legitimação para propor, perante o juízo competente, as ações para declarar ou decretar a nulidade de negócios jurídicos ou atos da administração pública, infringentes de vedações legais destinadas a proteger a normalidade e a legitimidade das eleições, contra a influência do poder econômico ou o abuso do poder político ou administrativo.”

Artigo 78 - “As funções eleitorais do Ministério Público Federal perante Juízes e Juntas Eleitorais serão exercidas pelo Promotor Eleitoral”.

29. Fávila Ribeiro, *Abuso de poder no Direito Eleitoral*, 3ª ed., Forense, pp. 132/133 e 136. Dispõe que: “Com a vigente Constituição Federal recebeu o Ministério Público adequado delineamento institucional, ficando as suas responsabilidades direcionadas para a sociedade, objetivando, principalmente, que se incumbisse de sua defesa, em sua expressão coletiva e em favor dos interesses individuais indisponíveis, o mesmo fazendo em prol da ordem jurídica em que nela foram hauridos os seus fundamentos existenciais e na qual se encontra sua destinação, enriquecida pelos valores e elementos constitutivos do regime político democrático, pondo em ação a sua iniciativa essencial à função jurisdicional, promovendo a tutela jurídica em prol do interesse público ou social. Foi nessa mesma edificação constitucional que vingou a idéia mais compreensiva em todos os tempos das finalidades fundamentais do Ministério Público, recebendo traços definidores de sua identidade institucional que estavam subjacentes na própria sociedade, ampliando as correlações funcionais com as atividades jurisdicionais, por ser o processo jurisdicional o elemento comum das convergências funcionais, mantendo as duas instituições com as suas peculiares e distintas responsabilidades.”

“Como não podia deixar de suceder, está também o Ministério Público reconhecido com legitimidade na defesa da lisura do processo eleitoral, o que se conjuga ao seu papel institucional, exercendo a ação pública contra a ilicitude, que não se restringe ao aspecto penal, mas em tudo que se refere à defesa do interesse público e dos interesses sociais.”

30. Artigo 76 - “O Procurador Regional Eleitoral, juntamente com o seu substituto, será designado pelo Procurador-Geral Eleitoral, dentre os Procuradores Regionais da República no Estado e no Distrito Federal, ou, onde não houver, dentre os Procuradores da República vitalícios, para um mandato de dois anos.”

31. Artigo 77 - “Compete ao Procurador Regional Eleitoral exercer as funções do Ministério Público nas causas de competência do Tribunal Regional Eleitoral respectivo, além de dirigir, no Estado, as atividades do setor. →

→ alterados. Antes, não havia na composição um representante da Justiça Federal, sendo três os desembargadores, razão de ser do atual artigo 26 do Código. Com a Constituição de 1967 (art.126, I, a e II), a composição passou a ser a que hoje existe, sem modificação na Constituição Federal de 1969. A Carta Magna de 1988 apenas adaptou a redação à extinção do Tribunal Federal de Recursos e à criação dos Tribunais Regionais Federais (art. 120, II).”

27. Artigo 131, inciso II da Constituição de 1969: “(...) de dois entre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral (...)”.

Eleitorais, nas quais atuam os Procuradores Regionais Eleitorais, designados pelo Procurador-Geral Eleitoral, e somente na sua falta será o Procurador da República. Exige a lei que sejam vitalícios.

O parágrafo único do artigo 77 da Lei Complementar nº 75/93 estabelece a possibilidade de designação de outros membros do *Parquet*, sob a coordenação do Procurador Regional Eleitoral, para atuar perante os Tribunais Regionais Eleitorais. Determina que a designação deverá recair sobre membros do Ministério Público Federal, diante da necessidade de serviço.

Portanto, foi derogado, pelo mencionado artigo 77 da Lei Complementar nº 75/93, o § 4º do artigo 27 do Código Eleitoral, que permitia a requisição de membros do Ministério Público Estadual para auxiliar aos Procuradores Regionais.

Aos promotores de justiça que exercem a atribuição eleitoral do Ministério Público Federal, por delegação legal, cabe a atuação perante os Juízes e Juntas Eleitorais, conforme artigo 78 da Lei Complementar nº 75/93.

A atuação do Promotor eleitoral abrange todos os atos em todas as fases do processo eleitoral nas eleições municipais. Já nas eleições gerais e presidenciais irá atuar a instituição em parte da fase preparatória – excetuando-se registros, formação das Juntas e alguns casos de propaganda – e na totalidade dos atos relativos às fases de eleição e de apuração, não possuindo atuação na fase de diplomação, cujas atribuições pertencem ao Procurador Regional Eleitoral.

A complementação das funções ministeriais também está em outras normas infraconstitucionais, tais como o Código Eleitoral, a Lei das Inelegibilidades

(LC nº 64/90), a Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 5.682/71).

Atua o Ministério Público Eleitoral como parte ou como fiscal da lei,³² em todas as fases do processo eleitoral mas não pode atuar como substituto processual (art. 6º do CPC).³³ Vale dizer, pode atuar como parte ou como *custos legis*, com idêntica legitimidade atribuída aos partidos políticos, coligações e candidatos, porém não poderá pleitear direito alheio, em seu nome (art. 6º do CPC).

Não se aplicam ao *Parquet* eleitoral o artigo 27 do Código de Processo Civil, haja vista imperar a gratuidade na Justiça Eleitoral, nem o artigo 188, devido a celeridade própria do processo, que tem prazos exíguos.

A sua atividade se desenvolve tanto no âmbito processual penal eleitoral quanto nos procedimentos civis e administrativos, em funções como as previstas nos artigos 24 e 27 do Código Eleitoral.

Em matéria processual penal eleitoral o Ministério Público formula a acusação (*dominus litis*), porque todos os crimes eleitorais são de ação pública, de acordo com o artigo 355 do Código Eleitoral. Por isso o *Parquet* instaura a ação penal ao se deparar com fatos que indiquem a prática de crime eleitoral, acompanha-a, fiscalizando a correta aplicação da lei, e, inclusive, as garantias do acusado. Poderá o agente ministerial, convencendo-se na instrução, da inocência do acusado, manifestar-se pela improcedência, eis que busca também a aplicação da Justiça.

As *notitia criminis* ofertadas por qualquer pessoa poderão ou não ser alvo da ação penal. Se o órgão do Ministério Público entender que faltam elementos para a propositura da persecução criminal, poderá ele requisitar diretamente ou por meio de autoridade policial documentos, diligências, necessários para o esclarecimento da questão, ou ainda manifestar-se pelo arquivamento, por não estarem presentes a autoria ou a materialidade do delito.

Nesta última hipótese, dela discordando o juiz, poderá remeter os autos ao Procurador Regional Eleitoral que se manifestará pelo arquivamento ou oferecerá a denúncia. Por certo que, se a promoção de arquivamento for do Procurador Regional Eleitoral, a remessa far-se-á para o Procurador-Geral Eleitoral.

→ Parágrafo único - O Procurador-Geral Eleitoral poderá designar, por necessidade de serviço, outros membros do Ministério Público Federal para oficiar, sob a coordenação do Procurador Regional, perante os Tribunais Regionais Eleitorais”.

32. O parecer, para adequada apresentação do feito e total conhecimento de seu conteúdo, deverá acompanhar o disposto no Código de Processo Civil, artigo 458, contendo: o relatório, a fundamentação jurídica, e a conclusão, onde se expressa o entendimento a respeito do pedido, pela procedência ou não da ação ou pelo provimento ou não do recurso, assim como em eventuais requerimentos.

33. Tal prerrogativa não está expressa para o Ministério Público Eleitoral, que tem ritos procedimentais especiais.

Após sentença condenatória os autos serão baixados para o Ministério Público local – exceção feita na hipótese de condenação em multa – para que promova a execução, nos termos do artigo 363 do Código Eleitoral.

Já no âmbito dos processos eleitorais, civis e administrativos, atua também na proteção do interesse público, dos interesses gerais da sociedade, intervindo na condição de parte ou de fiscal da lei. Tem, também, direito de ação, de petição, do livre acesso à Justiça, bem ainda garante a obediência aos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e igualdade entre as partes.

O *Parquet* Eleitoral manifesta-se nos diversos meios processuais, juntamente com os candidatos, partidos políticos e coligações, entre os quais se destacam as representações e reclamações fundadas no artigo 96 da Lei nº 9.504/97, procedimento adotado para apuração de eventual descumprimento das disposições da referida norma. Comumente são usadas nos casos de propaganda irregular.

Também atua na representação por corrupção eleitoral prevista no artigo 41-A da Lei das Eleições nº 9.504/97, na redação dada pela Lei nº 9.840, de 28/9/1999, norma de grande repercussão no país, pois foi gerada por iniciativa popular, que definiu a captação ilícita de voto, desde o registro da candidatura até o dia da eleição.

A captação ilegal de sufrágio já era prevista como tipo penal no artigo 299 do Código Eleitoral, cuja conduta delitiva é punida com reclusão de um a quatro anos. Em 1988, ano em que foi promulgada a Constituição Federal, em seu artigo 14, § 10, ficou estabelecido que o abuso de poder econômico, a corrupção e a fraude devem ser punidos por meio da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, cuja natureza é administrativa.

Nestas são partes legítimas ativas para a representação, com base no artigo 41-A da Lei nº 9.504/97, de acordo com o *caput* do artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90, o partido político, candidato, coligações e o Ministério Público.

Está presente, ainda, no direito de resposta previsto no artigo 58 da Lei nº 9.504/97, por ofensa à honra do candidato, partido ou coligação, como *custos legis*.

Na ação de impugnação de pedido de registro de candidatura, cujo procedimento vem previsto no artigo 3º da Lei Complementar 64/90, participará como parte ou como *custos legis*.

Assim como no mandado de segurança na forma da Lei nº 1.533/51 e do Código Eleitoral, artigos 22, inciso I, alínea “e” e 29, inciso I, alínea “e”, no recurso contra a diplomação, fundado exclusivamente nos incisos I a IV, do artigo 262 do Código Eleitoral, nas medidas cautelares fundadas no artigo 798 do Código de Processo Civil, e na ação rescisória com fundamento no artigo 22, inciso I, alínea “j”, do Código Eleitoral.

Da mesma forma, na Ação Pública de Impugnação de Mandato Eletivo, prevista no artigo 14, § 10, da Constituição Federal.³⁴ Será ela proposta em quinze dias contados da diplomação, para penalizar o abuso do poder econômico, a corrupção e a fraude cometidas pelo infrator, com a consequente cassação do mandato. Tramita em segredo de justiça, cujo rito procedimental determinado pela Resolução nº 21.634, (a partir das eleições de 2004) é o previsto no artigo 3º da Lei Complementar nº 64/90.

Na investigação judicial, com fulcro no artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90, poderá o Ministério Público representar ao Corregedor-Geral ou Regional da Justiça Eleitoral para apuração de uso indevido, desvio ou abuso de poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, que tenham favorecido candidato ou partido político.

Em época sem eleição é função do Promotor eleitoral, em primeira instância, acompanhar os pedidos de alistamento de eleitores e os pedidos de transferência de títulos, bem como os cancelamentos de inscrição, obtendo ou pedindo vista dos processos que se destacarem por alguma peculiaridade; aplicar multas eleitorais.

Compete, ainda, acompanhar a fiscalização da Justiça Eleitoral de primeira instância no que se refere à prestação de contas; verificar a efetiva e correta aplicação da lei eleitoral; realizar do modo previsto o processo para a instauração e andamento

34. Pedro Henrique Távora Niess, *Direitos políticos, elegibilidade, inelegibilidade e ações eleitorais*, 2ª ed., Edipro, p. 286, ressalta que: “Sem dúvida têm legitimidade para propor a ação de impugnação o Ministério Público Eleitoral, que no processo intervirá como fiscal da lei, quando não for parte (CPC, arts. 82, III, e 84), os partidos políticos e os que tiverem concorrido ao pleito, selecionados ou não pela vontade popular, porque são legitimados para a impugnação ao registro de candidato, como para a representação antes focada”.

das ações penais eleitorais; acompanhar as execuções relativas aos processos criminais eleitorais; observar o artigo 35, parágrafo único da Lei nº 9.096/95 quando houver prestação de contas perante os juízes eleitorais; e requerer a suspensão dos direitos políticos quando necessário, promovendo a sua execução e restauração.

Em ano eleitoral, a incumbência dos Promotores Eleitorais, relativa às suas atribuições, é alargada.³⁵

Assim, na fase de preparação para o pleito, deve opinar nos processos de pedidos de registro de candidaturas de prefeitos, vice-prefeitos e vereadores, atuando como fiscal da legislação eleitoral; impugnar pedido de registro de candidatura, como parte ou como *custos legis*; fiscalizar o exercício do direito de propaganda; acompanhar o processo de nomeação de mesários, escrutinadores e auxiliares, bem como a nomeação dos membros das juntas eleitorais, exercendo em ambos os casos o direito de impugnação; e fiscalizar a correta preparação do pleito.

No dia da eleição, é de *custos legis* a atuação do Ministério Público Eleitoral. Além de fiscalizar a legalidade nas mesas eleitorais, deve opinar em quaisquer casos, em sua esfera de atribuição, que surjam neste dia; impugnar a atuação de mesário,

fiscal ou delegado de partido político quando sua atuação for contrária ao que dispõe a lei eleitoral.

Cabe, ainda, fiscalizar a entrega das urnas; requerer a designação de policiamento para guardar as urnas até a apuração dos votos; fiscalizar a correção e a expedição do boletim de contagem a que se refere o artigo 156 do Código eleitoral; e, eventualmente, iniciar suas atividades relativas ao escrutínio que, em algumas eleições e zonas, poderá começar no mesmo dia do pleito.

Quando da apuração, deve o Ministério Público Eleitoral de primeiro grau fiscalizar a instalação da junta eleitoral e a regularidade de seu eventual desmembramento em turmas; acompanhar o escrutínio e zelar pela concessão de direito de ampla fiscalização aos partidos políticos; impugnar fiscal ou delegado de partido político cuja credenciação ou atuação estejam irregulares; apresentar impugnações, interpor recursos, arrazoar e contra arrazoar; manifestar-se como *custos legis* a respeito de impugnações de votos formuladas por terceiros; e receber, conferir e assinar boletins, mapas e atas eleitorais emitidas pela junta eleitoral.

Por fim, na fase da diplomação, é de competência do Promotor eleitoral fiscalizar a expedição de diplomas eleitorais, observando sua fidelidade aos resultados do pleito; assistir, após prévia notificação, à sessão de diplomação realizada pela Junta Eleitoral; e ajuizar ação de impugnação de mandato eletivo ou interpor Recurso contra diplomação, quando necessário.

3.2. Investidura e o período de exercício da função

Assim como o artigo 77, *caput*, da Lei Complementar nº 75/93, estabelece aos Procuradores Regionais Eleitorais as atribuições previstas ao Procurador-Geral Eleitoral, o artigo 32, inciso III,³⁶ da Lei nº 8.625/93, estende, como visto, as mesmas atribuições, nas causas de competência dos juízes e juntas eleitorais, aos Promotores Eleitorais.

Então, a designação³⁷ destes últimos, para atuar nas respectivas zonas de cada Estado, cabe aos Procuradores-Gerais de Justiça, que age em *ex officio*, por força do artigo 10, inciso IX, alínea “h”, e artigo 73, *caput*, da Lei nº 8.625/93, não necessitando de qualquer solicitação. Deve ocorrer a designação tão-logo criada a zona eleitoral.

35. Joel J. Cândido, *op. cit.*, pp. 67-71.

36. Artigo 32 - “Além de outras funções cometidas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e demais leis, compete aos Promotores de Justiça, dentro de suas esferas de atribuições:

III - officiar perante à Justiça Eleitoral de primeira instância, com as atribuições do Ministério Público Eleitoral previstas na Lei Orgânica do Ministério Público da União que forem pertinentes, além de outras estabelecidas na legislação eleitoral e partidária”.

37. Enviei o Ofício PRR/3ª Região nº 2028/2003, Ofício PRE nº 126/2003, em 28/8/2003, ao Vice-Procurador-Geral solicitando que fosse uniformizada a atividade do Procurador Regional Eleitoral no que tange à designação de promotores eleitorais, nos seguintes termos: “(...) Estabelecem os artigos 77 e 78 da Lei Complementar nº 75/93 que (...). Porém, seu artigo 79 dispõe (...), isto é, nas comarcas em que houver apenas um Juízo eleitoral e um Promotor oficiante, este naturalmente será o Promotor Eleitoral. Na hipótese em que tal não se verifique, preceitua o parágrafo único do artigo 79, da Lei Complementar nº 75/93, que (...). Diante disso, parece-me, de acordo com a legislação paulista (art. 10, inciso IX, alínea ‘h’, da Lei nº 8.625/93; Lei Complementar nº 734, de 26/11/1993 - Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo, art. 19, inciso III, alínea ‘i’) que a designação feita direta e exclusivamente pelo Procurador-Geral de Justiça é correta. E, somente na inexistência de Promotor que officie perante a Zona Eleitoral, ou havendo impedimento ou recusa justificada, é que o Chefe do Ministério Público local →

Sobre o período desta designação, o artigo 216, da Lei Complementar nº 75/93 diz que: “*As designações, salvo quando estabelecido outro critério por esta lei complementar, serão feitas por lista, no último mês do ano, para vigorar por um biênio, facultada a renovação.*”³⁸

No Ministério Público Federal, o preenchimento do cargo de Procurador Regional Eleitoral, por força da Portaria nº 588, de 3/9/2003, ocorre por meio de processo eletivo entre os membros lotados nas respectivas unidades, observando-se o impedimento previsto no artigo 80, da Lei Complementar nº 75/93.³⁹

A designação do Promotor Eleitoral para atuar em primeira instância, assim como seu substituto, deve ser permanente, quer dizer, naquele período

exerce as funções eleitorais, e não só para a realização das eleições, haja vista que a atividade do Direito Eleitoral é constante.

Por fim mencione-se que os membros do Ministério Público recebem gratificação pecuniária, nos termos dos artigos 50, inciso VI,⁴⁰ e 70,⁴¹ da Lei nº 8.625/93 para o exercício das funções eleitorais, além da remuneração relativa aos seus vencimentos, diferenciando-se dos demais agentes ministeriais.

4. Conclusão

As funções dos representantes do Ministério Público, a cada Constituição Brasileira, foram ampliadas, salvo alguns retrocessos quando das Constituições promulgadas em épocas militares.

→ **indicará** ao Procurador Regional Eleitoral o substituto a ser **designado**. Cumpre observar que a designação de Promotores Eleitorais por Procuradores Regionais Eleitorais, respeitando o critério legal do artigo 79, parágrafo único, da Lei Complementar nº 75/93, tem sido realizada pela maioria dos Estados da Federação, entre os quais se destacam Mato Grosso do Sul, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Acre e Minas Gerais, conforme se pode constatar em pesquisa realizada por esta Procuradoria Regional Eleitoral do Estado de São Paulo nos endereços eletrônicos dos Ministérios Públicos dos respectivos Estados. Em razão das diversidades de procedimentos, não obstante legislação correlata a deste Estado (cópias anexas), pondero à Vossa Excelência da conveniência em estabelecer diretrizes com a finalidade de dirimir tais divergências. Aponte-se que o Egrégio Tribunal Superior Eleitoral se manifestou sobre o tema conforme ementas das Resoluções nºs 14.442/94 e 20.842/2001, a seguir transcritas: “*Ministério Público Eleitoral. Designação de Promotor Eleitoral. Gratificação Eleitoral. Pagamento. 1. Impossibilidade de designação de Promotor de Justiça por ato unilateral do Procurador-Geral de Justiça Estadual para atuar na Justiça Eleitoral (art. 79, caput, da LC nº 75/93). 2. A gratificação eleitoral prevista pelo artigo 70 da Lei nº 8.625/93 não pode ser paga a membro do Ministério Público local que não o Promotor Eleitoral, nos termos do artigo 79, caput, da LC nº 75/93. Precedentes: Resoluções/TSE nºs 14.442/94, 20.447/99, REsp nº 16.038/99 e RMS nº 1.*” (Resolução TSE nº 20.842/2001, publicada no DJ de 14/9/2001, p. 146).

“*Ministério Público Eleitoral. Designação do Promotor Eleitoral e do seu substituto. Gratificação Eleitoral. Pagamento. Lei Complementar nº 75, de 20/5/1993, artigo 79. Lei nº 8.625, de 12/2/1993, artigos 50, 70 e 73. I - (...). II - Sendo certo que na inexistência de Promotor que oficie perante a Zona Eleitoral, ou havendo impedimento ou recusa justificada, o Chefe do Ministério Público local indicará ao Procurador Regional Eleitoral o substituto a ser designado (parágrafo único do art. 79, da LC nº 75/93) não é legítima, nessa hipótese a designação feita direta e exclusivamente pelo Procurador-Geral de Justiça. III - Não pode haver o pagamento da gratificação prevista no artigo 70, da Lei nº 8.625/93 ao membro do Ministério Público local que não seja o Promotor eleitoral a que se refere o artigo 79, caput, da Lei Complementar nº 75 ou ao que não tenha sido designado pelo Procurador Regional Eleitoral na forma do parágrafo único do artigo 79, da referida Lei Complementar. (Res. TSE nº 14.442, DJU de 1º/9/1994, p. 22619).* →

→ O Tribunal de Contas da União, acolhendo Representação formulada pela Procuradoria Regional Eleitoral do Rio de Janeiro e com base nas deliberações do Tribunal Superior Eleitoral, cujas ementas foram acima reproduzidas, proferiu a seguinte decisão: “*O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, decide: 8.1. com fundamento no artigo 69, inciso I, da Resolução nº 136/2000TCU, c/c o artigo 213 do Regimento Interno, conhecer da presente Representação para, no mérito, considerá-la procedente. 8.2. determinar ao Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro a adoção de providências, sob pena de co-responsabilidade, visando a certificar, como condição para o pagamento da gratificação de que trata o artigo 70 da Lei 8.625/93, se os beneficiários dela atendem aos requisitos exigidos pelo artigo 79, caput, e parágrafo único, da Lei Complementar nº 75/93, nos termos em que foram fixados nas deliberações do Tribunal Superior Eleitoral (Resoluções nºs 14.442/1994 e 20.842/2001, entre outras), no sentido de que (...). 8.3. (...).* (Decisão nº 238/2002, DOU de 11/4/2002. Repres. nº 007.624/2000-7....).

38. Jorge Alberto de Oliveira Marum entende que: “... o rodízio fere frontalmente os princípios da inamovibilidade e do Promotor Natural, pois, ao término de um ano de exercício, o Promotor Eleitoral tem sua designação cessada para atuar nos feitos em que vinha trabalhando, sem que se tenha promovido, removido ou aposentado”. O raciocínio é perfeitamente cabível para os casos de mandato do Promotor ou Procurador Eleitoral. Jorge Alberto de Oliveira Marum, José Marcelo Menezes Vigliar & Ronaldo Porto Macedo Jr. (coordenadores), *Ministério Público Eleitoral*, São Paulo, Atlas, 1999, pp. 162-163.

39. Artigo 80 - “A filiação a partido político impede o exercício de funções eleitorais por membro do Ministério Público até 2 (dois) anos do seu cancelamento”.

40. Artigo 50 - “Além dos vencimentos, poderão ser outorgadas, a membro do Ministério Público, nos termos da lei, as seguintes vantagens:

VI - gratificação pela prestação de serviço à Justiça Eleitoral, equivalente àquela devida ao Magistrado ante o qual officiar.”

41. Artigo 70 - “Fica instituída a gratificação pela prestação de serviço à Justiça Eleitoral, de que trata o artigo 50, VI, desta Lei”.

A Constituição de 1988 trouxe um Ministério Público forte, atuante, dotando-o de independência e autonomia, sendo estendidas aos seus membros garantias e prerrogativas conferidas aos magistrados bem como as vedações. Teve seu contorno delimitado como instituição essencial ao regime democrático, assegurando os direitos indisponíveis, difusos e coletivos e sociais, zelando pelo efetivo respeito dos poderes públicos.

O Ministério Público foi reconhecido como essencial à democracia deste país, possuindo órgãos operantes em todo território nacional. Neste aspecto, com mais propriedade, é a atuação do Ministério Público Eleitoral, dotado também da mesma legitimidade dos partidos políticos, candidatos e coligações; com todos os ônus, direitos e deveres processuais a eles inerentes.

O Ministério Público Eleitoral é a principal arma para que a população possa exercer a cidadania plenamente, dentro de uma sociedade livre, justa e solidária, com governantes sérios e comprometidos com as promessas de campanha, aniquilando-se as deficiências democráticas do nosso sistema, como a “compra” de votos, o abuso de poder, dos meios de comunicação e outras mazelas.

Bibliografia

CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral Brasileiro*, São Paulo, Edipro, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, São Paulo, Malheiros, 2002.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello Camargo (Coord.). *Ministério Público Instituição e Processo*, São Paulo, Atlas, 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, São Paulo, Saraiva, 2001.

_____. *O acesso à Justiça e o Ministério Público*, São Paulo, Saraiva, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, São Paulo, Atlas, 2003.

NISS, Pedro Henrique Távora. *Direitos Políticos Elegibilidade, Inelegibilidade e ações eleitorais*, São Paulo, Edipro.

RIBEIRO, Fávila. *Abuso de poder no Direito Eleitoral*, Rio de Janeiro, Forense.

_____. *Direito Eleitoral*, Rio de Janeiro, Forense, 1996.

Vestibular para candidatos

Fernando Neves da Silva

Advogado; sócio-fundador do Instituto Brasileiro de Direito Eleitoral – Ibrade

Dispõe a Constituição da República que os analfabetos são inelegíveis (art. 14, § 4º). Idêntico obstáculo vem repetido no artigo 1º, inciso I, letra a, da Lei Complementar nº 64, de 1990.

Por isso mesmo o Tribunal Superior Eleitoral, na Instrução nº 73 (Resolução nº 21.508, de 5 de fevereiro de 2004), que dispõe sobre a escolha e o registro de candidatos nas eleições municipais de 2004, resolveu incluir entre os documentos que devem acompanhar o formulário Requerimento de Registro de Candidatura (RRC) o comprovante de escolaridade (art. 28, inciso VII), esclarecendo, em seguida, que sua ausência “poderá ser suprida por declaração de próprio punho, podendo o juiz, se for o caso, determinar a aferição, por outros meios, da condição de alfabetizado” (§ 4º).

Ocorre que muitos Juízes Eleitorais e até mesmo alguns Tribunais Regionais Eleitorais estão criando verdadeiros *vestibulares* não só para aferir se os candidatos não incidem na causa de inelegibilidade já apontada, mas, também, se estão capacitados a exercer a função que disputam.

Apóiam-se, acredito, na jurisprudência formada nas eleições de 1996 e seguida no pleito de 2000, que considerava legal a aplicação de teste para aferir a alfabetização de candidato (Acórdão nº 13.000, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, e Acórdão nº 13.185, Relator Ministro Nilson Naves, entre muitos outros).

Todavia, o Tribunal Superior Eleitoral, a partir das eleições de 2002, passou a exigir como prova de não ser o candidato analfabeto a apresentação de algum comprovante de sua escolaridade, afastando, assim, como regra geral, a necessidade do teste de aferição da condição de alfabetizado, que tantos problemas ocasionou, principalmente pela variação do grau de dificuldade das provas realizadas.

Como surgiram problemas com candidatos que mesmo devidamente alfabetizados não tiveram con-

dições de apresentar comprovante de escolaridade, nas Instruções para as eleições de 2004 resolveu-se esclarecer que a ausência de tal documento poderia ser suprida por declaração de próprio punho, ficando prevista a possibilidade de o juiz determinar, **se for o caso**, a aferição, **por outros meios**, da condição declarada.

Ou seja, a realização de testes para aferir a alfabetização de candidato passou a ser justificada apenas quando não apresentado comprovante de escolaridade, nem declaração de próprio punho.

Essa nova situação foi corretamente identificada pelo eminente Juiz Federal Dr. Weliton Militão dos Santos, ilustre Membro do Egrégio Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 1.283/2004 (Uberaba), de cujo voto merecem destaque as seguintes e elucidativas passagens:

“O dispositivo susomencionado (art. 28, VII, § 4º, da Resolução nº 21.608/2004/TSE) preceitua que será apresentado juntamente com o requerimento de Registro de Candidatura comprovante de escolaridade, não importando de que grau seja. Portanto, não pode o MM. Juiz Eleitoral interpretar restritivamente o inciso VII do artigo 28 daquela Resolução, Ademais, o § 4º do mesmo diploma reza que, na ausência do citado comprovante, poder-se-á supri-la por declaração de próprio punho. Somente em não se procedendo desse modo poderá o Juiz determinar a aferição da alfabetização por outros meios.

(...)

O comprovante de escolaridade requerido é aquele expedido por Escolas Públicas e Particulares reconhecidas pelo MEC, repise-se, não importando o grau atestado (...).

Além do mais, em não se tendo o comprovante de escolaridade, pode-se aferir se o cidadão sabe ler e escrever, se ele atestar de próprio punho. Entretanto,

caso nenhuma das modalidades estiver presente, pode o juiz ‘*determinar a aferição, por outros meios, da condição de alfabetizado*’, de acordo com a já mencionada Resolução do TSE.”

Não tenho dúvida que seria extremamente salutar que todos os candidatos e principalmente os eleitos possuíssem pleno domínio das letras e dos números. Tivessem lido os clássicos, dominassem técnicas de oratória e conhecessem os meandros da administração pública.

Mas o certo é que não foram esses os critérios estabelecidos pela Constituição, que ao invés de considerar elegíveis os alfabetizados ou aqueles que apresentassem alguma capacitação especial, optou por simplesmente afirmar inelegíveis os analfabetos, o que é coisa bastante diferente.

E, por se tratar de causa de inelegibilidade, não é possível dar-lhe interpretação ampliativa, como é pacífico na doutrina e na jurisprudência. Por todos, vale lembrar o que consignou o Ministro Marco Aurélio na ementa do Acórdão TSE nº 12.236: “as normas regedoras das inelegibilidades são de direito estrito, descabendo a adoção de forma interpretativa que importe em elastecer-lhes o teor”.

Assim, não é absurdo sustentar, como já admitiu o Tribunal Superior Eleitoral, que o semi-alfabetizado, porque não pode ser considerado analfabeto, é elegível. Pedro Henrique Távora Niess, em seu festejado *Direitos políticos* (2ª edição), registra que “o direito de ser votado não pressupõe, como requisito, a alfabetização do seu titular. A letra da Constituição contenta-se com que não seja ele analfabeto. O semi-analfabeto, pois, é elegível”.

Por outro lado é oportuno anotar, ainda, a dificuldade em estabelecer o grau de conhecimento exigido para considerar determinado cidadão alfabetizado, principalmente em um País como o Brasil, com tantas e tão grandes diversidades.

Tales Tácito, em seu reconhecido *Direito eleitoral brasileiro* (Del Rey, 2ª edição), observa que definir o conceito de analfabeto não é questão fácil e lembra que no I Congresso Brasileiro de Alfabetização, realizado em 1990, não se chegou a um consenso, pois se concluiu ser impossível definir, para todo o território nacional, um conceito de alfabetização.

Será que prevalece o critério do bilhete, adotado pela Unesco na década de 50, ou é de exigir-se, para considerar o cidadão alfabetizado, “que ele adquira

a língua escrita através de um processo de construção do conhecimento, dentro de um contexto discursivo de interlocução e interação, com uma visão crítica da realidade”, nas palavras de Paulo Freire?

O Ministro Torquato Jardim observou que “a tão-só ‘aptidão para leitura’ de quem já assina seu nome é suficiente para afirmar, no Direito Eleitoral pelo menos, grau de alfabetização e, assim, a elegibilidade”, citando duas decisões do Ministro Carlos Velloso no Tribunal Superior Eleitoral – os acórdãos nºs 12.741 e 12.749. Destacou, ainda, que a natureza do cargo eletivo “pode ser decisiva no julgamento de quem é impugnado por analfabetismo” (*Direito eleitoral positivo*, 1996).

Pessoalmente, creio que o critério que deve nortear a exigência constitucional – não ser analfabeto – está na capacidade de discernir, isto é, de poder entender as opções possíveis e poder decidir por uma ou outra, como registrou a eminente e respeitada Juíza Federal Nilza Reis, no I Seminário de Direito Eleitoral realizado pelo Tribunal Regional Eleitoral da Bahia (julho/2004).

Assim, se por algum meio é possível aferir que o candidato reúne condições de compreender o sentido das coisas e de expressar suas opiniões sobre elas, ou seja, que não se trata de uma pessoa despreparada para o exercício de determinada função pública, nem capaz de causar, por sua ignorância, prejuízo para a comunidade, não vejo como ele possa ser considerado inelegível em razão do obstáculo indicado no artigo 14, § 4º, da Constituição da República.

Não creio que no nosso Brasil um cidadão possa ser considerado analfabeto e, conseqüentemente, inelegível, apenas porque tem dificuldade para escrever de modo correto ou porque costuma trocar o “s” pelo “x” ou vice-versa. Será que alguém, com reconhecida capacidade empresarial ou experiência em negócios do campo, mas que por uma ou outra razão não tenha facilidade de leitura e escrita, pode ser tido como analfabeto e impedido de disputar eleição em sua pequena cidade? Penso que não.

Mais uma vez cabe invocar a doutrina de Pedro Henrique: “quem tem tímidas noções da escrita e/ou da leitura, quem lê, embora com dificuldade, mas consegue apreender o sentido de um texto simples, quem escreve mal, com muitos erros de grafia, conseguindo, entretanto, expressar um pensamento

lógico, não é analfabeto e, portanto, tem direitos políticos plenos. Até porque, como homem público, poderá contar com uma assessoria de sua confiança, que o auxiliará no desempenho de suas funções, como contam com assessores os políticos eruditos no que concerne às matérias que devem examinar e relativamente às quais possam ser, eventualmente, considerados analfabetos”.

Também não considero possível exigir determinado grau de instrução ou a aprovação em testes aplicados sem a adoção de critérios comuns preestabelecidos, o que pode levar a que em uma cidade um candidato menos preparado seja tido como alfabetizado e em outra cidade, outro candidato, mais instruído que o primeiro, possa ser considerado analfabeto, se a ele for aplicado um teste mais complicado ou rigoroso, ou simplesmente de forma mais constrangedora, outro risco sempre presente.

A comprovação da não incidência da causa de inelegibilidade prevista no artigo 14, § 4º, da Constituição, pela apresentação do comprovante de escolaridade ou por declaração do próprio punho, impede a possibilidade de tratamento diferenciado para candidatos que se encontram em situação assemelhada e não ofende a dignidade dos candidatos.

O eminente Ministro Peçanha Martins, Corregedor-Geral da Justiça Eleitoral, defende, com argu-

mentos sérios, que a circunstância de um cidadão ser analfabeto não deveria ser motivo para sua inelegibilidade, pois também essa parcela de nossa população – que infelizmente não podemos deixar de reconhecer que existe – tem direito a eleger como seu representante um de seus integrantes, como ocorre em outros países.

Embora, em princípio, não concorde com Sua Excelência, não posso deixar de respeitar essa posição, sem dúvida nenhuma democrática, na medida em que transfere para os eleitores a responsabilidade final da escolha de pessoa com mais ou menos estudos para o exercício desta ou daquela função pública.

O que é importante, sempre, é esclarecer os eleitores, que devem ter pleno conhecimento da capacidade, das qualidades e das deficiências de cada um dos candidatos, a fim de que não sejam levados a escolher gato por lebre.

Por tudo isso, não considero adequado estabelecer, como regra, que todos os candidatos a cargos públicos, inclusive de prefeito ou de vereador, devam se submeter a testes de leitura, interpretação de texto, de escrita ou de conhecimentos aritméticos, se apresentaram comprovante de escolaridade ou se firmaram declaração de próprio punho, sobre cuja correção não exista dúvida razoável.

O direito de resposta na legislação eleitoral

Leandro de Oliveira Stoco

Advogado em Ribeirão Preto, São Paulo

Sumário

1. Introdução;
2. Os direitos da personalidade;
 - 2.1. Considerações gerais;
 - 2.2. Os direitos da personalidade na legislação pátria;
3. O direito de resposta;
 - 3.1. O direito de resposta *in genere* e o seu cumulo com a reparação do dano moral;
 - 3.2. O direito de resposta na legislação eleitoral;
 - 3.2.1. A liberdade de imprensa;
 - 3.2.2. A propaganda eleitoral;
 - 3.3. O direito de resposta no período de propaganda eleitoral;
- Bibliografia.

1. Introdução

A só aceitação de um sistema democrático traz, implicitamente, a necessidade de articular mecanismos legais ensejadores do equilíbrio entre as relações interpessoais nele contidas. Criam-se, assim, fórmulas e procedimentos para garantir tratamento igualitário entre os indivíduos.

Sem dúvida o processo eleitoral é a expressão maior dessa necessidade inerente dos princípios democráticos, reclamando, também, o seu regramento.

Por outro lado, é certo que os indivíduos envolvidos naquele processo eleitoral possuem, *de per se*, seus anseios e ideologias. E na busca de impor suas idéias, já no calor do embate político se envolvem em discussões acirradas em torno dessas, sendo que, não raro, as afirmações ou condutas de alguns fogem aos limites do razoável, atingindo outros em seus “direitos da personalidade”, tais como imagem, honra, intimidade, nome, dentre outros. É certo também que o ápice dessa disputa ocorre no período de propaganda eleitoral.

Atenta a esses aspectos, que prejudicam o equilíbrio indispensável para garantia do regime democrático, a legislação eleitoral dispensou tratamento de destaque à propaganda nesse meio, notadamente na chamada Lei das Eleições.

Dentre as regras que norteiam a propaganda nesse ambiente está o instituto do Direito de Resposta, com o escopo de, sob seu aspecto teleológico, preservar o equilíbrio do pleito inibindo ofensas entre candidatos.

É essa figura jurídica, pois, o objeto dessa nossa exposição, limitada, entretanto, à órbita do Direito Eleitoral.

2. Os direitos da personalidade

2.1. Considerações gerais

Faz-se mister, preliminarmente, situar a garantia à resposta no ambiente jurídico para, posteriormente, cotejá-la com o ramo do direito eleitoral.

Como é sabido, o direito de resposta é abarcado entre as garantias fundamentais do indivíduo, expressamente previsto na nossa Carta Maior (art. 5º, inciso V).

Esse direito traduz-se como uma garantia ao desagravo, assim que determinada pessoa seja ofendida por outrem, e tutela, em última análise, os chamados *direitos da personalidade* do indivíduo.

Não é qualquer ofensa, pois, que enseja o direito à resposta, mas sim aquela que atinge alguns elementos que compõem o patrimônio imaterial de uma pessoa, tais como os direitos da personalidade.

Vale ressaltar que a teoria dos direitos da personalidade somente ganhou maior relevo e adoção no século passado, sendo que seus rudimentos, ao que parece, foram iniciados pelos estudiosos da teologia moral, e não pelos juristas. E sua sedimentação se deu, seguramente, com o esforço dos tribunais franceses.

Ao ofertar brilhante estudo a respeito dos direitos da personalidade no Código Civil, em homenagem ao Professor Miguel Reale, Ives Gandra da Silva Martins Filho nos lembra que uma denominação antiga dessa categoria de direitos é a de “direitos inatos”, utilizada pela Escola do Direito Natural. E o ilustre jurista continua: “Outras denominações usadas são: ‘Direitos essenciais ou fundamentais da pessoa, Direitos da própria pessoa, Direitos de Estado, Direitos personalíssimos’” (*O Novo Código Civil. Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*, coordenação de Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho, São Paulo, LTr, 2003, p. 63).

René Ariel Dotti, com sua costumeira precisão, observa que os direitos da personalidade “são os que se referem à própria pessoa humana” (*Proteção da vida privada e liberdade de informação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, p. 23).

Assim, diz-se daquelas faculdades jurídicas individuais que formam a personalidade de cada um e os prolongamentos desta. São direitos naturais, isto é, que nascem com a pessoa e transcendem o ordenamento jurídico.

Segundo a doutrina, os direitos da personalidade apresentam as seguintes características: a) inatos; b) essenciais e vitalícios; c) extrapatrimoniais; d) relativamente indisponíveis e inalienáveis; e) inexecutáveis, impenhoráveis e inexpropriáveis; f) imprescritíveis; g) oponíveis *erga omnes*. (Rui Stoco, *Tratado de responsabilidade civil*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 1.614).

Importante ressaltar que a intransmissibilidade e irrenunciabilidade dos direitos da personalidade não são características absolutas, mesmo porque atualmente vigora o princípio da *relatividade dos direitos subjetivos*. (cf. Leandro de Oliveira Stoco, “Relatividade dos direitos subjetivos”, *RT* 797, março de 2002).

Apenas a título exemplificativo, temos, como direitos da personalidade mais expressivos, os seguintes: direito à vida, sobre o próprio corpo ou o cadáver, sobre a imagem, voz, nome, recato, honra, dentre outros.

2.2. Os direitos da personalidade na legislação pátria

No corpo da Constituição Federal, conforme se infere do seu artigo 5º, o princípio da inviolabilidade

aos direitos da personalidade parece nortear a maioria dos seus incisos, sendo que no inciso X tutela expressamente esse acervo de bens, inclusive assegurando o direito à indenização correspondente.

A matéria, portanto, tem sede constitucional. E mais, são cláusulas imodificáveis em seu espírito, por constituírem direitos fundamentais.

Na ordem infraconstitucional, inúmeros dispositivos legais buscam proteger os direitos da personalidade. Podemos citar, assim, o Código Civil, que reservou, do artigo 11 ao 21, considerável espaço para o tratamento da matéria.

A ofensa a uma dessas garantias que compõem o acervo de direitos imateriais de um indivíduo projetada para o futuro conseqüências jurídicas variadas. Assim, um mesmo ato, ao ofender os direitos da personalidade, pode configurar ilícito civil, penal, administrativo ou, como se verá, eleitoral, todos reclamando reprimendas que lhes são próprias.

Nesse âmbito, ofendidos bens dessa ordem, as providências jurídicas a serem adotadas a título de reprimenda ou punição podem ser inúmeras, bem como os meios processuais para alcançá-las. Assim é que o artigo 21 do Código Civil, *in fine*, possui a seguinte redação:

“Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Adotando uma visão panorâmica do nosso ordenamento jurídico, como já se disse, percebe-se que as providências a serem adotadas, ante um ato atentatório ao direito da personalidade ou mesmo aquele que esteja prestes a ser cometido, podem ser várias, como a imposição de uma pena de natureza criminal ou administrativa, uma obrigação de fazer ou não fazer, a cessação de uma atividade ou a garantia ao desagravo. Tudo dependerá, portanto, das circunstâncias e das previsões legais.

3. O direito de resposta

3.1. O direito de resposta *in genere* e o seu cúmulo com a reparação do dano moral

Como se viu logo acima, o direito de resposta é uma das providências legais que se presta a inibir o ato atentatório a alguns direitos da personalidade, como aquele que lança calúnia, difama, injúria, ou provoca ofensa à moral de alguém.

Essa garantia ao desagravo encontra previsão expressa em nossa Magna Carta, naquele mesmo artigo 5º, nomeadamente no inciso V, cuja redação é a seguinte:

“V - É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Pela amplitude com que o direito de resposta foi tratado em nossa Constituição, Celso R. Bastos lembra que aquele deve ser assegurado em quaisquer de suas manifestações, seja na imprensa escrita ou televisionada, ou até mesmo em uma assembléia. (*Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, v. 2, 1989, p. 46).

Aliás, Lourival José Santos dispensa o seguinte comentário ao direito de resposta:

“A mais eficiente e justa reparação aos danos causados por ofensa à esfera subjetiva ou ao sentimento de auto-estima do indivíduo em relação ao grupo social em que vive, poderá estar mais próxima da obtenção da retratação pública do ofensor (resposta proporcional ao agravo), com a reposição da verdade aos seus devidos limites, do que propriamente o recebimento de certa soma em dinheiro do órgão de imprensa que divulgou o fato” (“Lei de Imprensa – Indenização por danos morais”, *Boletim Legislativo Adcoas*, nº 14, 1995, p. 388).

É certo que o ato ou efeito de desagrar se mostra uma eficiente forma de tentar colocar a honra ou moral do indivíduo ofendido em seu *statu quo ante*. Contudo, não se deve esquecer que, mais das vezes, o agravo não só impõe reflexos de ordem moral, como também de ordem material. E atento a esse aspecto, o legislador constitucional ressaltou expressamente a possibilidade de se cumular pedidos afetos à reparação de bens materiais e imateriais.

Note-se, ainda, que o dispositivo em comento ressalva a possibilidade de se pleitear a indenização por dano moral não obstante o ofendido tenha sido desagravado.

Não há dúvida ter o legislador constitucional, mais uma vez, agido com correção, mesmo porque o direito de resposta enfoca, essencialmente, a relação de terceiros com a imagem do ofendido, podendo subsistir ordinariamente máculas sentimentais deste em relação a si mesmo.

No entanto, nesta hipótese, isto é, efetivado o desagravo e intentada a ação de reparação de danos morais, entendemos que, ressaltadas as particula-

ridades de cada caso, o *quantum* da indenização deve ser reduzido, pois parte da ofensa foi neutralizada com o desagravo, que faz-se mister seja proporcional ao agravo.

Outros diplomas legais, agora de ordem infra-constitucional, prevêm o direito de resposta, como é o caso da Lei nº 5.250, conhecida como Lei da Imprensa.

3.2. O direito de resposta na legislação eleitoral

Especificamente no âmbito eleitoral, o Código Eleitoral, ao se referir à propaganda eleitoral ilícita, no artigo 243, assegurou o direito de resposta “a quem for injuriado, difamado ou caluniado através da imprensa, rádio, televisão, ou alto-falante, aplicando-se, no que couber, os artigos 90 e 96 da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962”.

Deve ficar registrado, inicialmente, que a matéria é atualmente regulada pela Lei nº 9.504/97, contudo entendemos que não estão revogadas as disposições do Código Eleitoral e, por consequência, são aplicáveis desde que não contrarie aquela.

Antes de adentrarmos em definitivo nos comentários a respeito do instituto do direito de resposta, algumas breves considerações devem ser feitas quanto a outros aspectos intimamente ligados ao tema, como a liberdade de imprensa e a propaganda eleitoral.

3.2.1. A liberdade de imprensa

Efetivamente a imprensa há muito tornou-se um poder e no período eleitoral ela não perde tal qualidade. Ao contrário, pode provocar consequências imprevisíveis no convencimento do eleitorado.

Não se pode deixar de considerar as palavras de Lauro Barreto ao abordar o assunto, ocasião em que sustenta o seguinte:

“O que existe de mais recente e contemporâneo na relação meios de comunicação/poder é tão-somente a constatação de que o abuso de poder da mídia, em matéria político-eleitoral, se tornou tão intenso e eficaz, que não seria exagero afirmar que no Brasil de hoje quem decide uma eleição é justamente a mídia, através dos abusos de poder por ela cometidos” (*Escrúpulo & poder: o abuso de poder nas eleições brasileiras*, Bauru-SP, Edipro, 1995, p. 32).

Contudo, devemos atentar para o fato de que a liberdade de imprensa é garantia constitucional e

foi arduamente conquistada em passado não muito distante pelos nossos compatriotas. Assim, não obstante qualquer abuso no seu exercício, deve ser preservada, pois assume, em última análise, um interesse da coletividade.

Há também de ficar registrado que a liberdade não é propriamente da imprensa, mas sim de quem dela usufrui. Com efeito, o correto seria dizer “liberdade de informação”.

Em outras e sintéticas palavras, a liberdade da imprensa não tem um fim em si mesmo, mas representa um meio de garantir ou exercer a liberdade de expressão.

Obviamente que abusos são cometidos, e exemplos nesse sentido não faltam, embora aqui não seja apropriado citá-los.

A figura do direito de resposta se presta, pois, a equilibrar o interesse individual inerente da personalidade de cada um com a garantia da liberdade de expressão, fundamental a qualquer regime democrático.

3.2.2. A propaganda eleitoral

Ainda em sede preliminar, o último aspecto inerente ao tema que envolve o direito de resposta na legislação eleitoral diz respeito à propaganda nesse universo.

Registra Fávila Ribeiro: “A propaganda tem as suas nascentes na liberdade de expressão, guardando, através desta, filiação à liberdade de pensamento” (*Direito eleitoral*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, p. 384).

A pluralidade partidária no regime democrático implica diversidade de partidos com idéias e plataformas distintas, e estas devem, de uma forma ou de outra, chegar ao conhecimento do eleitorado. Tem-se, assim, a propaganda política como uma eficiente forma de disseminação das ideologias políticas no seio da sociedade.

A legislação eleitoral, então, cuidou de dispensar tratamento especial para a propaganda política, conferindo aos interessados facilidades no exercício desse direito (v.g. art. 256 do CE), inclusive prevendo o acesso gratuito no rádio e na televisão.

A fim de evitar confusões no trato da legislação eleitoral, cabe, por oportuno, frisar que propaganda política é gênero, sendo espécies desta a propaganda eleitoral, a partidária e a intrapartidária. O próprio Código Eleitoral cometeu impropriedades quanto ao sentido desses termos.

Ocorre que, com a utilização desenfreada da propaganda política, surgem alguns aspectos negativos, como o cometimento de abuso de poder econômico, político e de autoridade, o afrontamento à ordem pública ou aos bons costumes e a violação de princípios fundamentais.

Além disso, é comum que no embate político alguns candidatos adotem estratégias de campanhas que buscam não só enaltecer seu potencial de atuação, como também atacar a imagem dos seus adversários.

É por isso que o autor supramencionado, a respeito da propaganda eleitoral, adverte no seguinte sentido: “Nem sempre será pacificamente desfrutada a liberdade individual de pensar, não sendo raros os entraves que terão de ser enfrentados por quem se disponha em a não renegar” (ob. cit., p. 386).

E continua o mesmo doutrinador: “O primeiro esforço a ser feito é antecipar-se ao adversário no combate, com o propósito de determinar a tônica da campanha a ser cumprida. Não é suficiente tomar a precedência cronológica da propaganda, mas de assumir e não perder a condição ofensiva, obrigando a que fique o competidor sitiado no pólo defensivo, embaraçado com os temas propostos e as imputações imputadas” (*idem*, p. 381).

Impõe-se, por esses motivos, a regulamentação da propaganda política com a edição de dispositivos legais, de ordem pública, a fim de evitar aqueles infortúnios, competindo à Justiça Eleitoral o seu controle.

Embora a Lei das Eleições regule a propaganda eleitoral, as disposições do Código Eleitoral, no que diz respeito a esse tema, são aplicáveis desde que não contrariem aquela, como já dissemos.

Além disso, outras leis eleitorais trazem dispositivos pertinentes à propaganda, sem se esquecer, por obviedade, das resoluções normativas editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral.

O controle da propaganda pela Justiça Eleitoral confere aos juízes o Poder de Polícia para o exercício de suas funções, mas segundo o artigo 249 do Código Eleitoral, “o direito de propaganda não importa restrição ao poder de polícia quando este deva ser exercido em benefício da ordem pública”.

E segundo magistério do ilustre administrativista Hely Lopes Meirelles, poder de polícia “é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para

condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado” (*Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, RT, 1988, p. 110).

Não obstante seja competência do juiz eleitoral a fiscalização da propaganda, no exercício do poder de polícia que lhe é conferido pela legislação, não tem ele competência para instaurar procedimento *ex officio* com a finalidade de apuração e apenamento por prática de propaganda eleitoral em desacordo com a lei.

A Resolução nº 21.575 do TSE, editada para as eleições de 2004, fez bem em tratar desse aspecto dispondo expressamente que deve o juiz eleitoral, ante a ocorrência de uma propaganda irregular ou criminosa, comunicar o Ministério Público a fim de que este ofereça a representação pertinente.

Nos termos do artigo 36 da Lei das Eleições a propaganda eleitoral é permitida somente após o dia 5 de julho do ano em que for realizado o pleito eleitoral. Está aí o termo inicial da propaganda no ambiente eleitoral.

Desde 1965 até o advento da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, a propaganda eleitoral podia ser deflagrada com o término das convenções partidárias.

Atualmente, segundo previsão expressa contida no *caput* do seu artigo 36, é permitida apenas a partir de 5 de julho.

Parte da doutrina critica essa mudança trazida pela Lei das Eleições, como é o caso de Joel J. Cândido (*Direito eleitoral brasileiro*, 10ª ed., Bauru-SP, Edipro, 2003, p. 437).

3.3. O direito de resposta no período de propaganda eleitoral

Dispõe o artigo 58 da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97):

“Art. 58. A partir da escolha de candidatos em convenção, é assegurado o direito de resposta a candidato, partido ou coligação atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social”.

Impõe-se, desde logo, registrar que para alguns, como Joel J. Cândido, há uma impropriedade legislativa, pois de acordo com o artigo 36 da Lei nº 9.504/97, que trata da propaganda eleitoral, esta

tem seu início em 5 de julho do ano da eleição e, por outro lado, o artigo 58 do mesmo diploma legal, acima transcrito, dispõe que é assegurado o direito de resposta “a partir da escolha de candidatos em convenção”, havendo, portanto, uma desarmonia entre ambos (ob. cit., p. 485).

Não vemos, contudo, referida desarmonia. Uma coisa é a Lei permitir a propaganda eleitoral após 5 de julho, outra é assegurar o direito de resposta após a escolha do candidato em convenção.

O artigo 58 da Lei das Eleições nada mais fez do que, ante uma ofensa, garantir proteção aos candidatos, acertadamente após as convenções de escolha, momento em que, ao menos informalmente, já se pode falar em pré-candidato às eleições, considerando que a pessoa só se qualifica legalmente como candidato após o registro.

Por outro lado, o certo é que o direito ao desagravo é assegurado a qualquer tempo, tendo em vista a garantia insculpida no artigo 5º, V, da Constituição Federal. Assim é que nossos pretórios entendem que o pedido de resposta decorrente de ofensa irrogada em sede de propaganda partidária, portanto fora daqueles períodos mencionados nos artigos 36 e 58 da Lei nº 9.504, será apreciado pela Justiça Eleitoral.

Vale lembrar que o maior contingente de ofensas ocorre na propaganda eleitoral antecipada, o que deve ser reprimido pela Justiça Eleitoral, como não poderia deixar de ser, pois de seu interesse.

Quanto à legitimidade para pleitear o direito de resposta, aquele mesmo artigo 58 da Lei das Eleições o assegura aos candidatos, partidos e coligações.

Ocorre que o Tribunal Superior Eleitoral, com razão, já assentou entendimento de que terceiros têm legitimidade ativa nos pedidos de resposta no âmbito da Justiça Eleitoral, embora estes não sejam mencionados no dispositivo legal em comento (cf. art. 18 da Resolução TSE nº 21.575).

Quanto à legitimidade passiva, além dos candidatos, partidos e coligações, terceiros também a possuem, tendo em vista que estes estão autorizados a participar dos programas destinados à propaganda eleitoral.

Entendemos, ainda, que na relação processual, não obstante omissa a legislação nesse sentido, o Ministério Público deve participar, em primeira instância, como *custos legis*, jamais, no entanto, como substituto processual. Em segunda instância oficiará

nos processos, obrigatoriamente, o Procurador Regional Eleitoral (Código Eleitoral, art. 27).

E mais. A ofensa, segundo o dispositivo legal acima, deve ser aquela difundida por “qualquer veículo de comunicação social”.

Quanto a esse aspecto, valem algumas considerações, pois o artigo 58 da Lei nº 9.504/97, após utilizar a expressão “qualquer veículo de comunicação social”, regula em seus incisos o exercício do direito de resposta especificamente em determinados meios, nomeadamente a imprensa escrita, o rádio e a televisão. Com isso, transmite a idéia de que somente no caso de ofensas difundidas através desses veículos é que haveria a garantia do direito de resposta.

Ocorre que dessa idéia não há como compartilhar, pelo seguinte motivo:

Imaginemos a difusão de uma propaganda eleitoral via Internet que de alguma forma ofenda determinado adversário político, caluniando-o ou afirmando a seu respeito fato sabidamente inverídico. Ou ainda uma propaganda ofensiva veiculada pelos chamados “carros de som”.

Aquele dispositivo legal, como já ressaltado, não prevê tais possibilidades e ainda, ao que parece, limita o direito de resposta a ofensas transmitidas pela imprensa escrita, pelo rádio ou televisão.

É certo que uma propaganda ofensiva via Internet chegará ao conhecimento de um grande e indeterminado número de pessoas, prejudicando, com efeito e de alguma forma, o equilíbrio do pleito eleitoral. Já os chamados “carros de som”, habitualmente utilizados em pequenos municípios, alcançará, por sua vez, um número de eleitores que, em se tratando, por exemplo, de uma eleição municipal, certamente poderá influenciar em eleições de pequeno porte. Esse raciocínio, *mutatis mutandi*, vai ao encontro do expressado no seguinte *decisum*:

“Quando o agravo vem durante o processo eleitoral, seus objetivos são desenganadamente eleitorais, daí o dado específico e a diferença, com desdobramentos específicos” (TSE – Recurso na Repres. nº 105/DF – Rel. Min. Carlos Madeira).

Ou seja, a desfiguração da imagem do candidato, com nítido objetivo político, notadamente para desequilibrar ilicitamente a disputa eleitoral, e assim sendo possível diante do meio utilizado, deve ensejar o direito de resposta, pois, como já se disse, essa garantia no plano do Direito Eleitoral se pres-

ta, essencialmente, a proteger a lisura na disputa do pleito e não, unicamente, como forma de reparar dano de ordem moral.

Poder-se-ia argumentar, em contrariedade à posição aqui adotada, que o texto legal utiliza a expressão veículo de comunicação “social”, isto é, aquele acessível a um grande número de pessoas. No entanto, e com todo respeito devido àqueles que compartilham desse entendimento, quimérico e vão tal raciocínio, uma vez que basta a possibilidade da ofensa influenciar, de alguma forma, no resultado do pleito, ainda que por palavras tornadas sonoras por um mero “carro de som”, para subsistir o direito ao desagravo.

Quanto à ofensa veiculada em sítios da Internet, nossos pretórios vêm entendendo, contrariamente à postura por nós ora adotada, que não há de se falar em direito de resposta, uma vez que “não é daquelas que se difunde ao público ou aos eleitores, pois depende da vontade individual de cada um em acessar a informação” (TRE/SP – Agravo na Repres. nº 13.216, Classe 7ª – Acórdão nº 144.025 – Rel. Juiz Rui Stoco – j. 24/9/2002 – Voto nº 115/02).

Portanto, ao nosso ver, impõe-se afirmar que, por analogia, o direito de resposta é cabível também quando a ofensa seja veiculada por outros meios de comunicação, não se limitando àqueles mencionados no artigo 58 da Lei das Eleições.

Ainda reservando atenção ao conteúdo do artigo 58 da Lei nº 9.504/97, no tocante aos termos nele utilizados e que caracterizariam a ofensa, ensejadora do direito de resposta, a jurisprudência e a pequena doutrina que se debrua sobre esse tema comumente atentam-se, ante a subjetividade inerente a alguns desses termos, como “afirmação difamatória” ou “injuriosa” e “sabidamente inverídica”, para o fato de estar ou não aquela ação ligada a assuntos políticos, isto é, se são pertinentes à discussão em torno de plataformas ou ideologias políticas, programas de governo, enfim, coisas dessa natureza, delimitando, assim, seus alcances.

Uma das problemáticas estaria na idéia de “afirmação sabidamente inverídica”.

O magistrado Décio Notarangeli assim define aquele termo:

“Afirmação sabidamente inverídica é a assertiva cuja falsidade, por ser manifesta, incontroversa e de conhecimento do homem mediano, independe de prova. É a mentira gritante que incide sobre os

elementos intrínsecos do fato afirmado e que presuppõe ciência prévia por parte daquele que faz a afirmação” (TRE/SP – Agravo na Repres. nº 13.044 – Acórdão nº 143.902 – Rel. Juiz Décio Notarangeli – j. 10/9/2002).

Concordamos apenas em parte com o entendimento do brilhante magistrado, pois, ao que parece, para ele apenas a afirmação manifestamente inverídica, gritante, é que haveria de ensejar o direito à resposta, excluindo, assim, a afirmação que maquia ou distorce a verdade, se apresentando, portanto e ao final, como inverídica. De nossa parte pensamos que esta última é muita mais gravosa do que aquela que todos sabem ser uma inverdade.

Ora, a afirmação que de plano e *icto oculi* se apresenta como inverídica certamente causará menor impacto no equilíbrio do pleito eleitoral, pois o homem mediano ou aquele mais instruído não será atingido pela sua falsidade intrínseca, ao contrário daquela que vem camuflada em fatos verdadeiros ou em colocações que exigem conhecimentos técnicos, que a estes podem alcançar.

Melhor seria que o legislador utilizasse o termo “afirmação que se sabe inverídica”, eis que adotamos a interpretação no sentido de que “afirmação sabidamente inverídica” significa aquela que o autor sabe não ser verdade, e não aquela que é sabida como tal por toda e qualquer pessoa. E aí está o ponto de concordância com aquele ilustre magistrado, na medida em que defende que a afirmação sabidamente inverídica pressupõe ciência prévia do seu autor.

Por oportuno, vale registrar quanto a calúnia, difamação e injúria a desnecessidade que essas figuras sejam caracterizadas como crime para ensejar o direito de resposta, conforme já pacificado por nossas cortes especializadas. Aliás, o homem público está sujeito a ver colocadas sob lente de aumento suas características e imperfeições, e com esse ônus deve se conformar.

No plano processual, são os parágrafos e incisos do artigo 58 que estabelecem, então, o rito processual do pedido de resposta, contendo sempre prazos curtos, em atenção à celeridade característica das normas eleitorais adjetivas. Por outro lado, como a competência para a apreciação do pedido de resposta, entre os órgãos judiciários, apresenta-se diversificada, não seria pertinente aqui tratá-la em seus pormenores.

Cabe lembrar que estão previstos, ainda, alguns requisitos e documentos que devem instruir a petição inicial.

Segundo parece, a peça inaugural do pedido de resposta só poderá ser indeferida liminarmente quando ausente um dos requisitos do artigo 295 do Código de Processo Civil (aplicado subsidiariamente), sob pena de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Julgado procedente o pedido e, portanto, assegurado pelo órgão julgador o direito de resposta, a sentença deverá estabelecer os limites desse direito, o tempo concedido, se tratar-se de televisão ou rádio; a forma pela qual deve ser veiculada, o veículo de divulgação e até mesmo os caracteres gráficos, quando necessário, em se tratando da imprensa escrita.

Evidentemente que não se permitirá à emissora estabelecer qual o tempo a ser utilizado na resposta, que faz-se mister ser proporcional ao agravo.

Não cumprida a determinação judicial, o § 8º do artigo 58 da Lei nº 9.504/97 prevê a aplicação de multa que pode variar entre cinco mil a quinze mil Ufirs, duplicada em caso de reiteração da conduta, sem prejuízo do crime de desobediência previsto no artigo 347 do Código Eleitoral.

Registra-se, ainda, que o exercício do direito de resposta não prejudica a imposição da multa prevista no § 2º do artigo 45 da Lei das Eleições.

Esse dispositivo veda algumas possíveis condutas de emissoras de rádio e televisão, como trucagem, montagem ou outro recurso que de qualquer forma degrade ou ridicularize candidato, partido ou coligação, e impõe, no caso de seu descumprimento, multa no valor de vinte mil a cem mil Ufirs, também duplicada em caso de reincidência.

Encerrado o período destinado à propaganda eleitoral, na medida em que não haverá efeito prático algum da decisão de mérito, não há razão para a apreciação do pedido de resposta, impondo-se a extinção do feito sem julgamento de mérito, reservando ao ofendido, contudo, ingressar no juízo comum para pleitear a reparação devida por ofensa moral.

Por fim, cabe registrar que não se pretendeu, como de fato ocorreu, esgotar o assunto, mas sim trazer a lume alguns aspectos gerais do tema, com uma visão meramente panorâmica, que se mostra oportuna ante a proximidade das eleições municipais.

país de 2004, principalmente por se tratar de um assunto pouco difundido no ambiente jurídico, invocando, com efeito e tão-somente, os pontos de maior relevo sobre o instituto do Direito de Resposta.

Bibliografia

BARRETO, Lauro. *Escrúpulo & poder: o abuso de poder nas eleições brasileiras*, Bauru-SP, Edipro, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 1989.

CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*, 10ª ed., Bauru-SP, Edipro, 2003.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O novo Código Civil. Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. Coordenação de Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho, São Paulo, LTr, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.

RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense.

SANTOS, Lourival José. "Lei de Imprensa – Indenização por danos morais", in *Boletim Legislativo Adcoas*, nº 14, 1995.

STOCO, Leandro de Oliveira. "Relatividade dos direitos subjetivos", in *RT* 797, março de 2002.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.



Democracia, segurança jurídica e os modismos. Cotas para vereadores

Monica Herman Caggiano

Professora associada do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; professora titular de Direito Constitucional da Universidade Presbiteriana Mackenzie; Procuradora do Município de São Paulo, de 1972 a 1996

A Democracia, já advertia Gianfranco Pasquino¹ em 1997, é exigente. Consagra, em verdade, os contornos de uma fórmula política especialíssima, por envolver imposições e condutas especialíssimas: implica na indisponibilidade do pluralismo político, na ampla configuração do corpo eleitoral, a manifestar livremente suas opções políticas, no mais largo leque de candidaturas a serem oferecidas a este mesmo eleitorado, na efetiva e eficaz liberdade de difusão e divulgação de idéias e plataformas políticas, enfim, na expectativa de permanente conformação da atuação governamental aos anseios da sociedade, no sentido de que o pólo da tomada das decisões venha a espelhar as perspectivas da comunidade que, por via do poder de sufrágio, os elegeu para conduzir as políticas públicas em nome da comunidade social.

A Democracia é exigente e o é com os cidadãos, com os governantes e com as instituições. Requer condutas éticas. Reclama por instituições representativas, fortes e respeitadas. É intransigente no terreno da garantia da segurança jurídica e da confiança mútua (*mutual trust*) entre governo e governados. No entanto, configura o único modelo político apto a preservar a liberdade do ser humano convivendo na sociedade politicamente organizada, notadamente, no complexo e sofisticado panorama que o século XX desvendou e que este começo de novo século vem consolidando.

Diante desses registros, evidente a surpresa e, por que não acentuar o estado de estupefação diante

da última investida do Tribunal Superior Eleitoral que, eventualmente, por apreciar a tendência ao sistema de cotas (*cota para as mulheres na política, cota para as universidades*), acabou por alterar o processo eleitoral de 2004 – eleições municipais para a seleção de prefeitos e vereadores – introduzindo a cota no campo da vereança. Ignorando a autonomia municipal, que a Constituição Federal estabelece, determinou para cada município a sua Cota de Vereadores.

De fato, aviltante, até, a Resolução nº 21.702, de 2 de abril de 2004, cuja ementa já avisa: “**Instruções sobre o número de vereadores a eleger segundo a população de cada município**”. Nessa perspectiva, o documento produzido por aquela Corte – um mero regulamento no arsenal dos atos normativos – estabelece para cada Município o número máximo de vereadores e, conseqüentemente, o de candidatos, ou seja, de opções a serem apresentadas ao eleitor de cada uma das comunas para o pleito de outubro de 2004. Na verdade, reduz os dois; ao fazê-lo, porém, despreza o prazo fixado pelo artigo 16 da Constituição Federal para alterações no processo eleitoral, preceito que, taxativamente, determina: “**A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência**”. (destaques nossos)

É verdade que lei, a Corte não produziu. Poder-se-ia, pois, argumentar a não incidência do aludido artigo 16 da Constituição. No entanto, revela-se aqui outra defeituosidade das Instruções baixadas por via da Resolução nº 21.702. **Qualquer reorientação do**

1. *La democrazia esigente*, Bologna, Itália, Il Mulino, 1997.

processo eleitoral exige lei. Insere-se no escaninho da reserva legal, impondo a participação do Parlamento para a sua produção.

E mais, indaga-se, a este passo, o que restou da garantia da segurança jurídica ante a marginalização do princípio da legalidade e a ignorância do período de carência de um ano preconizado pelo já referido artigo 16 da denominada Magna Lei de 1988.

Demais disso, o artigo 29 da Constituição Federal, consolidando a idéia de autonomia municipal que o constituinte de 1988 prestigiou, ao prever a fórmula para a fixação do número de vereadores para cada um dos municípios, encarregou o legislador local (**Lei Orgânica Municipal**) dessa tarefa, observados os parâmetros constitucionais. Aliás, assim agiu o legislador constituinte em relação a todas as esferas governamentais, indicando exatamente a receita a empregar: quanto à Câmara Federal, incumbiu o legislador complementar de estatuir o número de deputados por circunscrição (**art. 45, § 1º**); quanto aos Estados-membros da nossa Federação, estabeleceu a equação a ser aplicada (**art. 27**); e, no tocante aos vereadores, previu que, dentro de balizas numéricas, referentes à população local, a própria Lei Orgânica estatuisse o número de representantes da comunidade.

A dupla redução operada cirurgicamente (**corte no número de vereadores e de candidatos a vereador**), por força da Resolução editada pelo Tribunal, por mais desta vez, ofende o ordenamento jurídico, minimizando a autonomia dos municípios e inaugura um movimento centrípeto, próprio de processos de centralização, antagônico, todavia, à perspectiva constitucional.

Oportuno lembrar, pois, o *standard* da segurança jurídica² que, em domínios europeus, assume contornos de “*principe fédérateur*” e que repousa, exatamente, sobre as idéias de prévio conhecimento da lei, do tratamento ao qual esta será subordinada na sua aplicação, da legalidade, da qualidade da lei e da confiança legítima. Extraído do direito comunitário, sendo sua gênese a Constituição de Bon, este princípio impõe-se na condição de estágio avançado do cânone do Estado de Direito. Restra sensibilizar, contudo, o panorama doméstico brasileiro.

Poder-se-ia, ainda, argüir que indigitada Resolução nº 21.702 do TSE limitou-se a expressar e fazer valer, para as eleições de 2004, a decisão do Supremo Tribunal Federal (**Recurso Extraordinário nº 197.917**), que entendeu o número de vereadores, estabelecido pela respectiva Lei Orgânica,

para a Câmara do município paulista de Mira Estrela, não sincronizado com o disposto no artigo 29 da Constituição Federal. Na realidade, vários outros recursos pendentes, versando idêntico tema, foram, a seu turno, contemplados com o mesmo tratamento restritivo, determinando o Supremo Tribunal cortes quanto ao número de edis. Cuida-se, no entanto, de casos que foram analisados isoladamente, por via de controle difuso e as respectivas decisões atuam pontualmente sobre cada um dos casos *sub judice*,³ impondo ao legislador municipal um esforço revisional, atinente à questão da proporcionalidade, para determinar o fator quantitativo na composição do respectivo Poder Legislativo.

Defeso, contudo, a nosso ver, entender que essas manifestações do Excelso Pretório legitimassem a Corte Eleitoral a produzir norma geral, abstrata, a todos dirigida, veiculando matéria de lei e no âmbito do período vedado a quaisquer reformulações do processo eleitoral.

De outra parte, não há que ignorar o fato de que a redução do número de vereadores implica na expulsão da Casa de representação popular (**Câmara Legislativa municipal**) de representantes das minorias: partidos pequenos é que, a rigor, perderão suas bancadas. Nesta linha, ressalta à evidência que as novas Câmaras, sob o efeito da redução cirúrgica e independentemente da vontade da comunidade local (**expressa por via da respectiva Lei Orgânica**), restarão presas fáceis à potente e inflexível vontade do Executivo. Neste clima, portanto, a dominação da figura do Prefeito se nos afigura como o primeiro dos efeitos perversos à democracia.

A prática da democracia constitui trilha sensível, repleta de dificuldades. É dispendiosa e intransigente com os deslizes. Reclama o esforço de todos, porque a todos beneficia.

2. Sobre o princípio da **segurança jurídica**, ver o nosso *Direito Parlamentar e Direito Eleitoral*, São Paulo, Manole, 2004, pp. 93/94.

3. Sob este peculiar aspecto da questão, mister é registrar que em outros municípios também houve impugnação do número de vereadores fixado pela respectiva Lei Orgânica **e há casos em que o Poder Judiciário negou procedência à demanda, sob o entendimento de que:** “...não pode o Judiciário alterar o número fixado de vereadores, sob pena de invadir matéria de competência exclusiva da Câmara Municipal”, autos nº 332/03 – Juízo da 1ª Vara da Comarca de Mogi-Guaçu. Neste sentido, ainda, decisões do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo: Apciv. nº 39052-5, de Guararapes, Apciv. nº 203.377-1, de Assis, e Apciv. nº 222.302-1, de Pereira Barreto.



A inelegibilidade dos dirigentes de empresas de crédito, financiamento ou seguro, objeto de processo de liquidação (LC nº 64/90, art. 1º, inc. I, letra i)

Pedro Henrique Távora Niess

Subprocurador-Geral da República; advogado

1. Destina-se o presente artigo a examinar a alínea *i* do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, em face do princípio do *due process of law* e da cominação da inelegibilidade que a aplicação do dispositivo anuncia.

Apresenta a norma o seguinte teor: “são inelegíveis, para qualquer cargo: os que, em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, que tenham sido ou estejam sendo objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial, hajam exercido, nos 12 (doze) meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade”.

2. Tendo sido o artigo 14, § 9º, da Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988, no qual se sustenta a lei apontada, alterado pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 7 de junho de 1994, o problema que de imediato nos desafia é saber com qual dos comandos o texto legal deve ser cotejado, se o original ou o adveniente. É o que faremos a seguir.

3. A Constituição Federal, ao tratar, no Título destinado aos direitos fundamentais, dos direitos políticos, estabelece, em seu próprio texto, casos de inelegibilidade, reservando à Lei Complementar a

previsão de outras hipóteses que constituam óbice à elegibilidade do cidadão que preencha as condições por ela impostas (a nacionalidade brasileira, o pleno exercício dos direitos políticos, o alistamento eleitoral, o domicílio eleitoral na circunscrição, a filiação partidária e a idade mínima para o mandato pretendido).

Traça lindes, todavia, à atuação do legislador complementar, estatuinto no § 9º do artigo 14, na sua redação original:

“Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou abuso de exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

Posteriormente, por força da Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 7 de junho de 1994, o texto acima transcrito foi modificado para incluir, de modo expresso, entre os desígnios da lei infraconstitucional, a proteção à probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, assim, então, apresentando-se a norma:

“Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade

para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato e a normalidade e legitimidade das eleições, contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

A nova determinação, posta sob o crivo do Tribunal Superior Eleitoral, deu origem à Súmula nº 13 desse Sodalício, publicada no Diário da Justiça de 28, 29 e 30 de outubro de 1996, cujo verbete consigna:

“Não é auto-aplicável o § 9º do artigo 14 da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional de Revisão nº 4/94”.

Esse Pretório, nos precedentes que geraram tal enunciado, rejeitou a pretensão recursal com base na ausência de previsão legal.¹

Não editada lei complementar, desde então, que alterasse essa situação, não há outro enfoque a ser dado, presentemente, ao mencionado preceito.

Com isto se quer dizer que, se dentro da visão da mais alta Corte Eleitoral, o dispositivo constitucional não se aplica diretamente aos casos concretos, sem a intermediação do legislador complementar, podendo-se concluir sob a mesma luz, que a lei em vigor, de 18 de maio de 1990, não se mostra apta a projetar em patamar inferior a alteração promovida pela Constituição.

Em consequência disto, infere-se que, contendo a Lei Complementar nº 64, de 1990, alguma regra que não se ajuste ao teor original do § 9º do artigo 14 da *Lex Legum*, infringe o sistema constitucional, conquanto guarde consonância com o texto resultante da revisão de 1994.

Assim é porque a norma inconstitucional não se constitucionaliza com a superveniência de Emenda, que não a pode recepcionar precisamente pelo vício que contém e que a torna imprestável.

Entender diferentemente *implicaria abraçar o contra-senso de reputar lógico que o ordenamento militasse em seu próprio desfavor, isto é, que previamente assumisse que, se burlado, a burla viria a ser aprovada, validada e confortada por seu aval protetor*, como assevera Celso Antonio Bandeira de Mello.²

Ou, segundo o magistério de Jorge Miranda:

“Se a norma legislativa era contrária à Constituição antes da revisão (embora não declarada inconstitucional) e agora fica sendo conforme à nova

norma constitucional, nem por isso é convalidada ou sanada: ferida de raiz, não pode apresentar-se agora como se fosse uma nova norma, sob pena de se diminuir a função essencial da Constituição”.³

Em síntese, norma que contraria a Constituição, vinda após dela, é natimorta.

A alínea em estudo peca por repetir a previsão do artigo 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 5/70, que tomou por modelo, sem atentar que a Constituição então vigente deixara à lei complementar dispor sobre a especificação dos direitos políticos, o gozo, o exercício, a perda ou suspensão de todos ou de qualquer deles e os casos e as condições de sua re aquisição (art. 149, § 3º), bem como tinha a lhe ditar os limites e a extensão, o artigo 151, inciso IV, da Constituição anterior, *ad litteram*:

“Art. 151. Lei complementar estabelecerá os casos de inelegibilidade e os prazos nos quais cessará esta, com vista a preservar, considerada a vida pregressa do candidato:

I – o regime democrático;

II – a probabilidade administrativa;

III – A normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência ou abuso do exercício de função, cargo ou emprego público da administração direta ou indireta, ou do poder econômico;

IV – a normalidade para o exercício do mandato”.

4. Em sede doutrinária, pode-se esposar pensamento diverso quanto ao aproveitamento da norma inconstitucional – que se constitucionalizaria por força de Emenda, como se vê, exemplificativamente, em Celso Bastos,⁴ Pedro Decomain⁵ e Rui Medeiros⁶ – ou quanto à inexistência, sob o aspecto tratado, da própria inconstitucionalidade ante o texto

1. Recurso nº 12.082, Relator Ministro Diniz de Andrade, 4/8/1994; Recursos nº 12.107, 4/8/1994, e nº 12.081, 6/8/1994, Relator, de ambos, Ministro Flaquer Scartezini.

2. Celso Antonio Bandeira de Mello, “Leis originariamente inconstitucionais compatíveis com Emenda Constitucional Superveniente”, *Revista de Direito Administrativo* nº 215/95.

3. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, tomo II, 3ª ed., Coimbra Editora, 1991, p. 277.

4. Celso Ribeiro Bastos, *Curso de direito constitucional*, 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994, pp. 115-116.

5. Pedro Decomain, *Inelegibilidade por condenação criminal*, Resenha Eleitoral, TRE/SC, 6-1-35.

6. Rui Medeiros, “Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional”, →

primitivo da Constituição atual, como será dito em seguida, ou, mesmo, eventualmente, quanto à auto-aplicabilidade da nova ordem.

Nós tivemos a oportunidade de ressaltar que essa novidade trazida pelo Congresso Revisor da Constituição de 1988 não animava o debate sobre as chances de arguição produtiva de inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 64/90, com relação a algumas hipóteses de inelegibilidade que enumera, interpretada sob a orientação do confronto entre o texto modificador e o modificado. Isto porque, embora conveniente a recuperação *expressa* daqueles referenciais apontados na Constituição anterior, pondo as eleições, *com maior clareza*, a salvo de qualquer elemento nocivo que as pudesse contaminar (a juízo do legislador complementar que, contudo, não pode desdenhar o *fim* a que se dirige a determinação superior), encontravam-se eles, na verdade, acovilhados na expressão mais simples do mandamento na sua dicção primitiva, suficiente para afastar a alegação de vício congênito da norma.⁷

Não renunciemos a este pensamento, apenas seguimos o rumo que nos parece recomendado pela Súmula nº 13, do Tribunal Superior Eleitoral, para *também* – mas não *só* – perquirir as consequências da exegese por ela sugerida.

5. O impedimento ao direito de ser votado é apanhado diretamente no corpo da Constituição, ou em lei inferior, por determinação daquela, devendo, neste caso, acomodar-se ao seu comando dentro dos contornos adrede traçados.

Destarte, o estabelecimento de inelegibilidades, com fundamento no artigo 14, § 9º, da Constituição de 1988:

- a) depende de edição de lei;
- b) a lei editada deve ostentar a natureza de lei complementar à Constituição;

→ *in O Direito*, citado por Jorge Miranda, na obra antes mencionada, que também faz referência a Acórdão do Tribunal Constitucional português contrário à tese que defende, e registra a tese intermediária de Galvão Telles que admite a possibilidade de uma específica intenção convalidatória.

7. Pedro H. T. Niess, *Direitos políticos - Elegibilidade, inelegibilidades e ações eleitorais*, 2ª ed., Bauru, São Paulo, 2000, p. 24. No início de 1994, antes, portanto, da Emenda de Revisão nº 4, advertíamos, na 1ª edição da obra (p. 6, nº 2): “A Lei Complementar nº 64/90, porque inspirada no texto da Lei Complementar nº 5/70, esta editada sob o amparo de dispositivo constitucional *expressamente* mais amplo, poderá ensejar a arguição de inconstitucionalidade de algumas das hipóteses que prevê”.

c) a lei complementar respectiva não está autorizada a interferir, sob nenhum prisma, nas hipóteses contempladas na própria Constituição, devendo cuidar de *outros casos de inelegibilidade*, imiscíveis estes e aquelas, lançados, embora, sob o pálio da mesma perspectiva;

d) nenhuma das regras integrantes da lei poderá consagrar *ad perpetuam* a inelegibilidade, porque ordena a *Lex Legum* que preveja *os prazos de sua cessação*;

e) a previsão legislativa das inelegibilidades subconstitucionais deve ter por fim:

e¹) em consonância com a redação original do § 9º do artigo 14 da Constituição Federal, proteger a normalidade e legitimidade das eleições, segundo interpretação mais rigorosa, *exclusivamente* “contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego, na administração direta ou indireta”; ou

e²) em conformidade com a alteração promovida pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 7 de junho de 1994, “proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

6. Considerando, num primeiro momento, que, em e², o Tribunal Superior Eleitoral (composto por três ministros do Supremo Tribunal Federal) entendeu que a regra não é auto-aplicável, não se tendo verificado a publicação de lei complementar que lhe viesse dar aplicabilidade, e adotada a teoria de que a norma existente antes da Emenda não se constitucionaliza através dela se não era, anteriormente, compatível com a Constituição, podemos afirmar, com segurança, que as hipóteses da Lei Complementar, de 1990, para comporem relação concrescível, devem ser lidas à vista do texto da Constituição em vigor em 18 de maio desse mesmo ano, quando veio a lume dito diploma, tendo o Congresso Revisor, então, o inescandível desiderato de ampliar o refreado universo legal.

Tal mandamento (inalterado) vinculou a atividade do legislador tão-só, sob esta ótica, ao combate à má influência do poder econômico e ao abuso do poder perpetrado no exercício de função, cargo ou emprego, na administração direta ou indireta, para

assegurar a normalidade e a legitimidade das eleições (abuso de poder concernente ao processo eleitoral).

Em outras palavras, as eleições não podem ser afetadas pelo abuso de poder econômico ou de autoridade, é o que diz a Lei Maior.

Já a Lei Complementar nº 64, de 1990, no artigo 1º, inciso I, alínea i, nega elegibilidade àqueles que “em estabelecimento de crédito, financiamento ou seguro, que tenham sido ou estejam sendo objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial, hajam exercido nos 12 (doze) meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade”.

Ou seja, a lei que estava presa à guerra contra a indevida interferência do poder que pudesse macular o prélio eleitoral, desviou-se de seu objetivo, atacando, a pretexto de garantir-lhe a normalidade e a legitimidade, situação que não tem correlação com aquela perseguida pelo constituinte.

Senão, vejamos.

De um lado, o abuso de poder *na Administração Pública*, visto *sem a fisionomia estritamente eleitoral* que lhe quer imprimir o artigo 14, § 9º, da Constituição brasileira, já é punido com a suspensão dos direitos políticos do ímprobo, *ex vi* do disposto no artigo 15, inciso V, da mesma Carta (nos termos da Lei nº 8.429, de 1992), não se enquadrando o mesmo fato em *outros casos de inelegibilidade*, alcançada a cidadania passiva na punição de maior extensão.

De outro lado, em se tratando de pessoa jurídica de direito privado, as pessoas indicadas na norma sob exame, catalogada na Lei Complementar nº 64/90, não exercem função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta, a que se refere o aludido § 9º, sendo consabido que, situando-se os direitos políticos entre os direitos fundamentais, a ordem que os atinge, sendo restritiva, não aceita interpretação analógica ou ampliativa.

Ademais, não se vislumbra, na estipulação legal cogitada, qualquer indicativo de como as pessoas “tornadas”, por ela, inelegíveis, contribuiriam para desservir à normalidade e legitimidade das eleições em razão de *abuso de poder econômico*, por intermédio apenas da conduta descrita: *exercício de função de direção, administração ou representação de estabelecimento de crédito, financiamento ou*

seguro, objeto de processo de liquidação, nos doze meses que precederam à respectiva decretação.

Portanto, não poderia a lei complementar ir além do que lhe foi permitido.

Os artigos 1º, inciso I, letra d, 19 e 22, da Lei Complementar nº 64, de 1990, comprovam a sustentabilidade da assertiva.

Com efeito, o artigo 19 esclarece cuidar das transgressões pertinentes à origem de valores pecuniários, abuso de poder econômico ou político, *em detrimento da liberdade do voto*, fazendo o artigo 22 explícita referência à investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, *em benefício de candidato ou de partido político*, representação esta que, julgada procedente pela Justiça Eleitoral em regular processo, faz inelegível o representado *para a eleição na qual concorre ou tenha sido diplomado* e na que se realizar nos três anos seguintes, e, ainda assim, somente *após a decisão passar em julgado*, o que é dispensado pela lei no caso submetido à análise, também por isso a ela não dizendo respeito.

Nesses preceitos é que a Lei Complementar nº 64 observa o artigo 14, § 9º, da Lei Maior, no que tange à proteção do pleito eleitoral contra o abuso de poder, tendo por alvo a normalidade e a legitimidade das eleições.

Enfim, se o quadro apresentado pelo legislador complementar não se encaixa na moldura confeccionada pelo legislador constituinte, cabe à disposição em tela a pecha de violadora do Ordenamento Supremo, não tendo, por isso, como prevalecer.

7. Admitamos, agora, que a regra legal deva ser analisada considerando-se o texto constitucional reescrito pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4.

Inseriremos a questão exatamente na expressão acrescida a fim de proteger “*a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato*”, posta separadamente daquela outra, já discutida (“e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”), com a qual, somando-se, não se confunde.

Não se poderia então ter como probó, respeitador do princípio da moralidade, o candidato que

trouxesse *curriculum* marcado por prestação de serviços que, sem maiores indagações e cuidados, objetivamente se amoldasse à situação, por si desabonadora, estampada na alínea em estudo, contemplando o princípio da inocência às avessas.

Noutras palavras, o simples atuar com poder de decisão, em determinadas empresas em liquidação, em certo período, acarretaria a inconveniência de se acolher a candidatura a mandato eletivo, de quem aí se incluísse, simplesmente motivada na presunção de que ele teria concorrido para aquele evento indesejável, agindo sem a atenção que a honra exige; seria visto como ímprobo, incapaz de lidar honestamente com a coisa pública, *até ser dispensado de “qualquer” responsabilidade*.

Sobre o assunto, tivemos a oportunidade de escrever:

“As sociedades de crédito, financiamento ou seguro, dada a sua natureza e a sua finalidade, impõem que nelas depositem irrestrita confiança as pessoas que com elas contratam, e, por isso, pressupõem competência, honestidade e dedicação de quem as dirige, administra ou representa. Indiscutível o interesse público no correto funcionamento dessas empresas, tanto que se sujeitam a rigoroso controle do Estado (...). Em obséquio a esses valores não pode o legislador – com o aval da consciência popular – admitir outra presunção senão a de que quem gerencia tais estabelecimentos, nos doze meses que precedem a liquidação, captando ou mantendo clientes em razão do seu desempenho, é pessoalmente responsável pelo insucesso do empreendimento, enquanto não for exonerado de qualquer responsabilidade: cabia-lhes, para utilizar as palavras da Lei nº 1.808, de 7 de janeiro de 1953, artigo 1º, empregar, no exercício das funções que lhe foram cometidas, a diligência de que todo homem

ativo e probo usa na administração dos seus próprios negócios.

Exige que assim seja a repercussão social da liquidação dessas empresas, que a ela se torna vulnerável em razão do gerenciamento, no mínimo, sofrível. Aqueles que as dirigiram em prazo recente respondem objetiva e solidariamente pelas obrigações de tais empresas”.⁸

Não estávamos sós. No mesmo eito a ensinança provinda da reverenciada pena de Fávila Ribeiro, descrevendo, na hipótese vertente, o caráter acautelatório da inelegibilidade.⁹

Melhor refletindo, no entanto, convencemo-nos do parcial desacerto de nossa exposição, e vimos já há algum tempo divulgando outro pensamento.¹⁰

É que, em primeiro lugar, não é o político incompetente que a lei deve afastar do pleito, mas o desonesto. Aquele incumbe ao eleitor avaliar, de acordo com a apreciação crítica que fizer de suas propostas e do seu trabalho, negando-lhe o seu valioso voto.

Encontramos, na *Cidade Antiga*, de Fustel de Coulanges, a seguinte passagem dedicada a Atenas:

“Os magistrados que não exerciam senão funções de ordem pública eram eleitos pelo povo. Todavia, tomavam-se precauções contra os caprichos da sorte ou do sufrágio universal; cada novo eleito era examinado, quer perante o Senado, quer perante os magistrados que deixavam o cargo, quer perante o aerópago; *não se exigiam provas de capacidade ou de talento, mas procedia-se a um inquérito sobre a probidade do candidato* e de sua família, assim como também se exigia que todo magistrado tivesse seu patrimônio em bens de raiz” (g.n.).

Antonio Carlos Alves Braga, de seu turno, ensinou que ímprobo “é o homem mau, perverso, enganador, corrupto, corruptor, devasso, desonesto, falso; a improbidade, portanto, é atributo negativo da personalidade e do caráter”.¹¹

Ora, mesmo que de um dirigente se possa suspeitar, um defeito de tamanha repercussão não se pode presumir, dando-se à presunção *juris tantum* os efeitos da certeza.

Em segundo lugar, portanto, não é possível contrariar a presunção de que ninguém é culpado até prova em contrário, transmudando-a em presunção de culpa, até que a inexistência desta reste demonstrada, como aqui antes ressaltado.

8. *Direitos políticos*, p. 159.

9. *Direito eleitoral*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, pp. 256 e 257.

10. Assim o fizemos, por exemplo no “I Seminário sobre a reforma política”, promovido pela OAB/SP, no qual falamos, juntamente com outros especialistas, sobre “o abuso de poder nas eleições”, em 2 de julho de 2003; e, sobre o mesmo tema, em palestra proferida a convite da Associação Paulista dos Municípios, em 11 de dezembro de 2003, no Hotel Hilton, em São Paulo.

11. “Ato de improbidade e inelegibilidade”, in *Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral*, 25/9.

Já se deixou consignado, em canção famosa, a que o professor Canuto Mendes de Almeida costumava aludir, que a determinação consoante a qual é *preciso julgar para depois condenar*¹² deriva do senso comum de justiça e de lealdade, presente, pois, também nos leigos.¹³

Entre os juristas, de ser acatada a preleção de Roberto Amaral e Sérgio Sérulo da Cunha:

“Embora haja casos de inelegibilidade independentemente de culpa, decorrente de meras situações objetivas, na hipótese em questão o próprio texto condiciona a recuperação da elegibilidade – enquanto dura o processo de liquidação – à exoneração de qualquer responsabilidade. Por isso ela ofende a presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), e não pode, na sua literalidade, ser considerada compatível com a Constituição. Se, de acordo com a alínea e, não é inelegível quem tenha sido condenado criminalmente enquanto a sentença não transite em julgado, não há como apenar-se aquele que se encontra submetido tão-somente a um inquérito, para eventual fixação de responsabilidade. Mesmo porque ‘Enquanto não concluído o processo de liquidação extrajudicial, não há falar em prejuízo de investidores. Por isso, são estes carecedores de ação contra o Banco Central para haver indenização, fundada na falha de fiscalização dos agentes do réu, por falta de interesse de agir (REsp nº 40.726-5, RSTJ 84/137)’”.¹⁴

Importante, igualmente, a palavra de Joel José Cândido, em monografia sobre a matéria:

“Não cogita a lei de culpa. Não questiona ela de responsabilidade subjetiva e tampouco condiciona tenha sido a liquidação decretada em decorrência de ato de gestão ilegal, já que ela pode, perfeitamente, ocorrer por ato incensurável, como, por exemplo, caso fortuito ou força maior (art. 15, I, c, da Lei nº 6.024/74).¹⁵

Ora, por estas razões, temos dúvida robusta da constitucionalidade desta alínea objeto destes estudos. Veda ela parcela expressiva dos direitos políticos do cidadão (sua capacidade eleitoral passiva, ou direito de ser votado), sem culpa formada, sem certeza jurídica e sem o devido processo legal, baseada, somente, em presunção de ilegalidade que toma por absoluta”.¹⁵

Alberto Rollo e Enir Braga têm a mesma posição:

“A responsabilidade não se presume. Prova-se. E o dispositivo aplica a sanção de inelegibilidade

por responsabilidade presumida. Presume-se que todo diretor ou administrador desse tipo de estabelecimento elencado, somente pelo fato de ter ocupado cargo ou função de relevância, nos doze meses anteriores à decretação da liquidação, seja responsável pela ocorrência de fatos de gestão dolosa, capazes de inabilitá-lo para o desfrute de sua cidadania”.¹⁶

8. Ademais, a condenação criminal e o abuso de poder, inclusive de cargo na administração pública, reclamam, como pressuposto da cominação de inelegibilidade, o trânsito em julgado da decisão, como se lê nas alíneas d, e, e h, do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64, de 1990, do mesmo modo, dele não prescindindo a suspensão dos direitos políticos por improbidade administrativa (Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, à qual se reporta a Lei nº 9.504, de 1997, no § 7º do art. 73, ao tratar das condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais).¹⁷

Também as declarações de inelegibilidade, pela Justiça Eleitoral, em razão de processo instaurado com o ajuizamento de Ação de Impugnação de Registro de Candidato, da mesma maneira, só se exibirão aptas a gerar efeitos materiais (negação do registro, ou seu cancelamento, se já tiver sido feito,

12. A composição denomina-se “Segredo” e é de autoria de Herivelto Martins e Marino Pinto.

13. A prisão sem o trânsito em julgamento da sentença condenatória é excepcional, só sendo decretada na presença de certos requisitos, e não dá ensejo ao molestamento jurídico dos direitos políticos do preso, que, de outra banda, segundo o Acórdão proferido pelo STF, por maioria, no RE nº 179502/6 - Araçatuba/São Paulo, Relator o Ministro Moreira Alves, mantém-se deles privado, o condenado, enquanto beneficiado pela concessão de *sursis*.

14. Roberto Amaral e Sérgio Sérulo da Cunha, *Manual das eleições*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 429 e 430.

15. Joel José Cândido, *Inelegibilidade no direito brasileiro*, Bauru, São Paulo, Edipro, 1999, p. 214.

16. Alberto Lopes Mendes Rollo e Enir Braga. *Inelegibilidade à luz da jurisprudência*, São Paulo, Fiúza, 1995, p. 101. Com a colocação também parece concordar André Luiz Nogueira da Cunha (*Direitos políticos, representatividade, capacidade eleitoral e inelegibilidades*, Juarez de Oliveira, 2004, pp. 105 e 106).

17. A aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.429/92, não obstante a referência seja feita na Lei das Eleições (art. 73, 7º), não pode ser feita pela Justiça Eleitoral, “quanto menos através do rito sumário da representação” (Acórdão TSE nº 15840/MS, Relator Ministro Edson Vidigal - Jurispr. TSE, V. 2, nº 4, p. 242, out./dez. 2000).

ou dizer nulo o diploma, se já expedido) quando cobertas as respectivas decisões pela autoridade da coisa julgada (Lei Complementar nº 64/90, art. 15).

Para que sejam retirados, ainda que provisoriamente, direitos fundamentais adquiridos pelas pessoas – como são os referentes à cidadania – é imprescindível que a eficácia do pronunciamento judicial torne-se imutável, firmando a presunção absoluta de que todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor ao acolhimento ou à rejeição do pedido, foram deduzidas e repelidas (Código de Processo Civil, art. 474).

O dispositivo legal em questão, inversamente, antecipa os efeitos de uma decisão importantíssima, prejudicial a um administrador, sem sequer cogitar de elementos firmes que a pudessem ensejar, como requer o processo civil comum no caso da tutela antecipada, ou, pelo menos, da medida cautelar.

Pior que isso, inviabiliza a ampla defesa, porque não se pode defender quem não é acusado de conduta irregular definida, mas que sofre as consequências causadas simplesmente pela constatação do fato de haver alguém participado recentemente da diretoria da empresa que veio a ser objeto de liquidação.

Não é só. Ao negar a elegibilidade do administrador, *durante* o processo de liquidação, *até que seja exonerado de qualquer responsabilidade*, despreza a disposição aqui tratada, o fato de que os recursos recebidos fora da Justiça Eleitoral, *com efeito suspensivo*, neutralizam a eficácia da decisão prejudicial ao recorrente, não podendo a legislação eleitoral modificar essa realidade, com a qual deve lidar.

Parece, *in casu*, cabe redizer, que o *cidadão* só readquiriria a elegibilidade quando transitasse em julgado a decisão que proclamasse a apontada exoneração, não a sua responsabilidade (por ter sido *irresponsável* na direção da empresa), o que é inadmissível.

Outro é o sistema, consentâneo com o nosso ordenamento, empregado na letra g, do mesmo inciso, que inclui, no rol dos inelegíveis:

“Os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão.”

Como se vê, somente quando a irregularidade insanável – assim considerada pela Corte Superior Eleitoral aquela que promana de ato de improbidade¹⁸ – for reconhecida por decisão *não mais sujeita a recurso* na esfera extrajudicial, é que a sanção é aplicada, desde que não tenha sido posta a questão à apreciação do Judiciário antes da impugnação do registro,¹⁹ porque, em caso tal, *suspende-se a inelegibilidade* à espera da manifestação imodificável do juízo competente, diversamente do mandamento prepósteros contido na alínea i, para o qual a pena não supõe a condenação, e a demora do processo, por motivos alheios à vontade do interessado (tido por *inelegível*), vem em seu prejuízo.

Isso significa que a retidão de caráter, ou seja, a honradez, a conduta conforme a moral e os bons costumes, é que é presumida, não havendo como dispensar o anterior e definitivo julgamento que se oponha a essa presunção para desconsiderá-la. O § 9º do artigo 14 da Constituição Federal fala em defesa da moralidade e da probidade – dever de todos, não só do administrador público – certamente atento a essa consideração, como o nosso sistema jurídico em vigor demonstra.

9. Além disso tudo, mais uma questão atinente à norma sob comentário – que reconhece, em condições insustentáveis, efetiva responsabilidade por gerenciamento indigno – compromete a sua aplicabilidade.

Como antes lembrado, a Constituição exige que o legislador complementar, ao elencar as inelegibilidades de sua competência, fixe o prazo de sua duração, o que aqui não fez.

Em decorrência de sua omissão, teríamos posta a cominação de inelegibilidade por tempo indeterminado, isto é, enquanto não viesse a isenção de responsabilidade, que, inclusive podendo ter sido injusta (constatada, alfim, a ausência de qualquer responsabilidade), viria a ser aplicada indefinidamente (se de qualquer responsabilidade não fosse o interessado exonerado), ou, pelo menos, poderia

18. Confira-se, por exemplo, o Acórdão nº 12.702, de 24/9/1992, Relator Ministro José Cândido.

19. Súmula nº 1 do Tribunal Superior Eleitoral.

incidir por prazo superior ao da improbidade administrativa (que é, no máximo, de 10 anos, na modalidade mais grave, de acordo com o art. 9º da Lei nº 8.429/92), que mais severa do que a *só inelegibilidade*, também acarretaria a suspensão do *direito de votar*. Seria um disparate que a punição menos rigorosa (só inelegibilidade) arrastasse a punição por mais tempo que a mais grave (suspensão dos direitos políticos, também, pois, da elegibilidade, por comprovada improbidade no exercício de função pública).

Esse mesmo enfoque encontra-se nas citadas obras de Roberto Amaral e Sérgio Sérulo da Cunha – que anotam a ofensa ao princípio da *quantificação da inabilitação*²⁰ – e de Alberto Rollo e Enir Braga, que, no reproche, vergastam a regra que acoimam de “primeiro caso conhecido de sanção perpétua no direito brasileiro”.²¹

A extensão da penalidade, na sua exata medida, deveria vir expressa na regra legal para não malferir a Constituição.

E mais: conhece-se o período de inelegibilidade (e a *elegibilidade* é a regra, segundo entendimento dominante que entre nós vigora) já na previsão abstrata da lei, e a partir da ocorrência da situação em

que essa restrição tem início, detectando-se, com o termo *a quo*, também o termo *ad quem*. Dessarte, encontramos, v.g., na letra *b* do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/90, tempo, em parte variável, de inelegibilidade de acordo com as circunstâncias do caso concreto (durante o período remanescente do mandato em curso), mas uma vez iniciado o aludido prazo, sabe o inelegível precisamente o lapso pelo qual a suportará.

No caso em pauta não acontece dessa forma, sendo que o período de inelegibilidade se inicia com o processo de liquidação sem que o apenado tenha indícios de sua duração que poderá ser exagerada, fora dos parâmetros que o sistema oferece, ligada que fica à celeridade ou morosidade do processo, para não falarmos na possibilidade da eternização da cominação.

10. Assim, a norma contida na letra *i* do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, padece do vício da inconstitucionalidade, nos termos expostos, inadmitindo aplicação.

20. Ob. cit., p. 430.

21. Ob. cit., p. 101.



As restrições eleitorais à propaganda política e às emissoras de rádio e televisão

Ricardo Penteado

Advogado eleitoral; professor na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; membro do Instituto de Direito Político e Eleitoral – IDPE

Sumário

1. Limites à propaganda partidária;
2. A propaganda partidária e a eleição;
3. As propagandas partidária e eleitoral;
4. Limites às concessionárias de comunicação;
5. O entendimento do Tribunal Superior Eleitoral;
6. A crítica aos atos de governo;
7. O paradoxo;
8. O poder de polícia;
9. O lugar da crítica;
10. Conclusão.

Dois temas eleitorais convocam discussão em nome da liberdade de expressão de pensamento, protegida pela Constituição Federal. Um deles diz respeito ao chamado “*direito de antena*”, garantido aos partidos políticos, a quem a Constituição Federal franqueia o acesso gratuito ao rádio e à televisão para a realização de propaganda política. Em contraponto, entretanto, a lei ordinária restringe a temática desse programa político, cuidando de estabelecer proibições que serão analisadas adiante.

O outro tema que se aborda diz respeito às restrições à liberdade de manifestação das emissoras que exploram os meios de comunicação concedidos pelo poder público (rádio e televisão), que ficam proibidas de difundir opinião ou de veicular crítica a respeito de candidatos, partidos políticos

ou coligações depois do dia 1º de julho do ano das eleições.

Em princípio, as proibições em apreço poderiam parecer estanques, dada a diversidade dos sujeitos delas destinatários. Mas ambos os temas tratam de restrições à liberdade de manifestação de pensamento e são cuidados pela Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97) debaixo de um só título: “*Propaganda Eleitoral*”.

Abordemos, inicialmente, as restrições impostas aos partidos políticos e depois disso partiremos para a segunda análise.

1. Limites à propaganda partidária

É boa a norma constitucional que garante aos partidos políticos o acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei (CF, art. 17, § 3º). Nestes tempos, chamados de “*Idade Mídia*”, não seria mesmo viável admitir a existência de partido político sem o recurso da comunicação de massa. De resto, num país com distribuição variada de rendas, só mesmo a gratuidade desse acesso aos meios de comunicação é capaz de garantir a todas as agremiações políticas o exercício igualitário desse direito democrático de comunicação ideológica.

É verdade que a Constituição deixou um espaço para o legislador ordinário implementar outras disciplinas ao chamado “*direito de antena*”, dele se ocupando a Lei dos Partidos Políticos (art. 46 da Lei nº 9.096/95), que confere às agremiações com

representação na Câmara dos Deputados um tempo maior do que o mínimo de dois minutos semestrais garantidos aos demais partidos (art. 48 da LPP).

2. A propaganda partidária e a eleição

Convém não confundir esta propaganda partidária gratuita com aquela outra que é disciplinada pela Lei das Eleições, concernente à chamada “propaganda eleitoral gratuita”. O diploma que se analisa aqui, por ora, é o que disciplina a propaganda partidária, cuja veiculação ocorre em todos os semestres, *menos* naquele em que têm lugar as eleições.

Ora bem, a pretexto de implementar o comando constitucional que franqueia o rádio e a televisão aos partidos, a Lei dos Partidos Políticos – LPP (Lei n.º 9.096/95) tratou não só de distribuir este “*acesso*” aos meios de comunicação concedidos pelo poder público como se dedicou à **disciplina de conteúdo** dessa propaganda partidária.

É do artigo 45 da LPP que vem determinação de que a propaganda partidária deva tratar da difusão dos programas partidários (inc. I); transmissão de mensagens aos filiados sobre a execução do programa partidário, dos eventos com este relacionados e das atividades congressuais (inc. II); e divulgação da posição do partido em relação a temas políticos-comunitários (inc. III).

Até aqui a lei ordinária não andou mal. Com efeito, se o papel do partido político é, de acordo com definição *weberiana*,¹ o de orientar uma ação organizada à conquista do poder político dentro de uma comunidade, não parece estranha a esta atividade – ou cerceadora dela – a temática exemplificada nos incisos do artigo 45 da LPP.

O que chama a atenção é a **vedação temática que segue**, em particular aquela que proíbe a “*divulgação de propaganda de candidatos a cargos eletivos*”, sendo certo que as Cortes Eleitorais do país, seguindo orientação do Tribunal Superior Eleitoral, entendem ser propaganda eleitoral aquela que, segundo o Ministro Eduardo Alckmin, “leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que apenas postulada, a ação política que se pretende desenvolver ou razões que induzam concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício da função pública”.²

Assim é que a propaganda partidária pode tratar de temas “*político-comunitários*” – conceito extre-

mamente aberto para abranger quase toda e qualquer questão política –, mas a lei ordinária tratou de excomungar um assunto: as eleições e as candidaturas, mesmo que postuladas.

Por mais estranho que isto possa parecer, o partido político, que é o veículo associativo por via do qual se viabilizam as candidaturas a serem sufragadas pela sociedade, está proibido de tratar do tema que constitui, em síntese, a sua própria razão existencial!

Na doutrina eleitoral sobra justificação para a restrição de que trata a LPP, pretextando os defensores da norma que ela prestigiaria o princípio da isonomia, marcando de modo uniforme o início do “*processo eleitoral*” em data única para todos os concorrentes.

O espaço deste artigo é pouco para dizer que o aparecimento de candidaturas, lideranças políticas e articulações sociais não tem data para começar e nem para acabar. Felizes foram, aliás, as palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, que disse que não caberia extrair da norma que limita propaganda eleitoral a imposição de “um regime de abstinência ou mutismo político ao País, como se as candidaturas devessem surgir de inopino, por força de ditados do além. A lei não inibe – e a Constituição não permitiria que fizesse – que, a qualquer tempo, haja manifestações, ainda que ostensivas, de um cidadão – autoridade pública ou não – com manifesta simpatia, solidariedade ou promessa de apoio eventual à candidatura de outro”.³ É verdade, cumpre ressaltar, que as palavras de Pertence referiam-se a situação outra, que não envolvia manifestação partidária em rádio e televisão. Fica, entretanto, o conceito de saúde constitucional.

Parece-nos, pois, que o anátema imposto à matéria eleitoral na propaganda partidária não só contraria a natureza do processo político que o “*direito de antena*” quer tutelar, como arrosta as garantias constitucionais à liberdade de manifestação de pensamento, diversas vezes prestigiada pela Constituição Federal no artigo 5º (incs. IV, V e IX) e no artigo 220, em especial o seu § 2º, que veda toda e qualquer

1. M. Weber, “*Economia e società* (1922)”, Comunità Milano, 1961, pp. 241-42, 718-28 do II volume, *apud Dicionário de Política*, Bobbio, Mateucci e Pasquino).

2. Acórdão nº 15.732 do TSE.

3. REsp nº 19.502 - GO.

censura de natureza política, ideológica e artística.

De resto, se fosse possível à lei partidária restringir assunto eleitoral, até mesmo o exercício da crítica “político-comunitária” – que é pretensamente garantida – restaria prejudicado. É que no ambiente em que se admite a reeleição, é sempre eleitoral o *dizer mal* da atual administração, ocupada por virtual candidato à recondução ao cargo. Se a propaganda é possível para o bem, também o é para o mal; se ela é positiva ou negativa, é óbvio que a excomunhão do tema eleitoral bloqueia as duas mãos desta via de sentido duplo que polariza a situação e a oposição.

Malgrado nosso entender, advirta-se que são várias as decisões condenatórias de propagandas partidárias em que se apresentava um filiado, no mais das vezes pré-candidato a mandato eletivo, dizendo respeito ao que lhe parecia convir ao futuro da sua cidade, do seu Estado ou do País. É claro que a par do discurso ser pertinente a tema político-comunitário, nele se divisaram efeitos eleitorais, na medida em que não se executam obras e serviços públicos senão através de representantes populares, escolhidos em eleição. Daí por que advieram tantas condenações.

O resultado disso é o enorme estímulo à criatividade do *marketing* político, cujo desafio passou a ser o de “*dar recado eleitoral*” sem falar da eleição ou da candidatura. Uma vez que é impossível ao partido político calar-se a respeito do tema, um festival de sutilezas, sugestões oblíquas, mensagens subliminares e criações mentais cerebrinas passaram a marcar a expressão do pensamento político no rádio e na televisão, cuja atuação foi forçada a mal disfarçar a “*marginalidade*” do discurso.

Convenha-se que o que se assiste hoje em programação de televisão e rádio, no campo da propaganda partidária, é um arremedo de obediência à lei, causado, no mais das vezes, pela impossibilidade criada pela própria lei. Tem-se, pois, uma situação no mínimo esquizofrênica: o tema político é permitido, mas a eleição deve ser anatematizada. Como no Mito de Cassandra ao reverso,⁴ a lei deu voz aos Partidos Políticos, mas lhes negou assunto.

3. As propagandas partidária e eleitoral

Não pode escapar desta análise a semelhante proibição que faz a Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97), que no seu artigo 36 também proíbe propaganda eleitoral antes do dia 6 de julho do ano do pleito. Conquanto seja também uma norma restritiva, é fácil ver que esta última não aniquila a liberdade que quer disciplinar. Observa-se, assim, que a semelhança das vedações está só na aparência, posto serem diferentes os alvos de proibição de um e outro diploma legal.

De fato, uma coisa é limitar a campanha eleitoral, propriamente dita, nas dimensões e recursos que são infinitos nos seus modos e meios; outra é a não admissão do falar em eleições ou candidaturas na propaganda partidária.

Ao legislador pareceu que a lei deveria impor uma data de início para a campanha eleitoral, promovendo, assim, igualdade de oportunidades para cada um dos candidatos que pretendam disputar os mandatos eletivos. É bom que se diga que melhor andava o Código Eleitoral, neste tocante, ao fixar a data de início da propaganda eleitoral a partir da escolha do candidato em convenção. Com a Lei das Eleições, a data do início da propaganda passou a ser uma só para todos os partidos, o que condena os candidatos já escolhidos em convenções ao transi-tório opróbrio, no ansioso aguardo da data do início da propaganda, malgrado sua escolha possa acontecer 20 dias antes dela começar.

De todo modo, o campo de abrangência da proibição de realização temporária de propaganda eleitoral da Lei das Eleições diz respeito às modalidades de propaganda distintas daquelas que se exerce no rádio e na televisão. É que o início da propaganda nos meios concedidos de comunicação só tem lugar aos 45 dias das eleições e não **a partir** do dia 6 de julho do ano eleitoral. Assim, dado que a propaganda eleitoral no rádio e na televisão só é exercida **depois** do 45º dia anterior ao das eleições, a regra que permite propaganda eleitoral apenas depois do dia 6 de julho (três meses antes da eleição) só pode dizer respeito a outros veículos e modalidades.

Convém ressaltar, neste ponto, que o acesso dos partidos políticos ao rádio e à televisão é totalmente vedado, a não ser nos espaços reservados pela Lei dos Partidos Políticos e pela Lei das Eleições. Assim, se aos partidos políticos não se franqueia o

4. Cassandra recebeu de Apolo o dom de prever o futuro, mas foi condenada a que ninguém lhe desse ouvidos.

acesso aos meios de comunicação do rádio e da televisão, senão no espaço que a Constituição lhes reserva, é ainda mais absurdo cercear a manifestação partidária quanto ao assunto eleitoral que consiste no interesse primeiro de qualquer agremiação política.

São distintas, cabe insistir, as vedações da Lei das Eleições que proíbem a propaganda antes do dia 6 de julho da **vedação de conteúdo** quanto à propaganda partidária, que, por sua natureza, não poderia ser cerceada quanto à temática eleitoral.

Baldados os esforços para se reconhecer a inconstitucionalidade desta proibição, não seria demais recomendar ao legislador ordinário que melhor compatibilizasse a Lei dos Partidos Políticos com a dicção constitucional que garante as atividades partidárias nos meios de comunicação.

4. Limites às concessionárias de comunicação

Se provoca discussão a imposição de limites quanto ao discurso partidário, o que não dizer das limitações que a lei eleitoral impõe às emissoras de rádio e televisão que, na sua atividade normal, também sofrem uma interferência legal de conteúdo de programação.

Não é tarefa fácil dar ao artigo 45 da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97) uma interpretação consentânea com as regras constitucionais que asseguram a livre manifestação de pensamento (art. 5º, inciso IV, da CF), da expressão intelectual, artística e científica (art. 5º, inciso IX, da CF) e que garantem, ainda, a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social (§ 1º do art. 220 da CF).

É que a Lei das Eleições proíbe às emissoras de rádio e televisão a difusão de opinião favorável ou contrária a candidato, partido ou coligação, a partir do dia 1º de julho do ano das eleições (inc. III do art. 45). Veda a lei, igualmente, que estes meios de comunicação dêem tratamento privilegiado ou veiculem programas com alusão crítica a candidato, partido político ou coligação (incs. IV e V do art. 45).

Dir-se-ia manifesta a incompatibilidade das restrições eleitorais com a saudável regra constitucional de acordo com a qual “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social” (§ 1º do art. 220).

Sem embargo desta dificuldade, as Cortes Eleitorais seguem firmes na esteira de orientação do Tribunal Superior Eleitoral que afasta amiúde as insistentes alegações de inconstitucionalidade dos dispositivos ordinários acima referidos, reiterando decisões que geram protestos inconformados, providos especialmente dos meios radiofônicos e televisivos.

Convém frisar – antes de avançar na exegese que segue – que a regra restritiva da lei eleitoral teve por destinatárias apenas as emissoras de rádio e televisão, deixando “*a salvo*” da sua incidência os demais meios de comunicação (jornais, revistas, cinemas, teatros, etc.), sendo certo que a imunidade destes meios tem, ao nosso ver, uma subjacente explicação lógica.

Nossa opinião é a de que o legislador ordinário – conquanto tenha se arriscado na imposição de regras à livre manifestação de pensamento – não ousou restringir a atividade da imprensa escrita uma vez que percebeu que ela está fora do alcance do Estado, distinguindo-se daqueles outros meios de comunicação que são outorgados pelo último em concessão de serviço público, como acontece com o rádio e a televisão.⁵

Assim, por entender que os **meios concedidos** de comunicação prestam um serviço público que é exclusivo do Estado, sentiu-se o legislador à vontade para subordiná-los a uma regra preordenada a preservar o ambiente eleitoral da influência que pudesse ser operada pelas concessionárias, no uso de um recurso (a concessão) que, ao cabo e ao fim, é público.

No entanto, considerando a intransigência do § 1º do artigo 220 da CF, que protege, **sem ressalvas**, “qualquer veículo de comunicação social” do embaraço à plena liberdade, poderia o legislador subordinar as concessionárias a um temporário silêncio de opinião no período eleitoral?

5. O entendimento do Tribunal Superior Eleitoral

Não faltou quem alegasse que o legislador ordinário jamais poderia fazer o que fez e afirmasse que

5. “Artigo 21 da CF: Compete à União:

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens”.

é **abusiva** a inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei das Eleições que encilhou amarras de opinião às emissoras de rádio e televisão. Em contrapartida, foi firme e convicta a decisão unânime do Tribunal Superior Eleitoral a esse respeito: afastou-se a alegada violação à Lei Maior na medida em que se reconheceu na norma restritiva da liberdade a constitucional tutela do equilíbrio de tratamento de candidaturas, jóia preciosa da coroa da democracia, instituição que só tem valor uma vez que o voto e a vontade do eleitor estejam livres da influência do abuso de poder, inclusive aquele praticado pelos meios de comunicação concedidos.

É inegável, deveras, que uma emissora, em especial de televisão, tem formidável capacidade de mobilização de massas e com isso o poder de causar grande impacto eleitoral. E dado que este domínio de comunicação, circunstancialmente concentrado em mãos privadas, é capaz de atuar através de um veículo público (a concessão), de modo a influenciar um resultado eleitoral, parece justo e apropriado que o Estado, interessado na aplicação da isonomia constitucional, se preocupe em disciplinar o exercício dessa liberdade.

Foi como decidiu o Tribunal Superior Eleitoral – sem ênfase, é verdade, na análise do aspecto concernente ao instituto da concessão – ao apontar que não se vislumbraria inconstitucionalidade no artigo 45 e incisos, da Lei das Eleições, porquanto o referido dispositivo estaria preordenado a “preservar a igualdade entre os candidatos e a legitimidade das eleições, valores esses que também têm proteção constitucional”.⁶

Ocorre, entretanto, que a letra da lei deixa clara a atitude tomada pelo legislador que aparenta ter descambiado da preocupação de disciplinar a liberdade para **suprimi-la de vez**. Deveras, preocupado com o abuso do “*direito de comunicação*” – chamemos assim –, o legislador acabou por proibir o próprio uso do referido direito. Convém transcrever, a esta altura, o quanto diz a lei no aspecto da nossa discussão (art. 45 da Lei nº 9.504/97):

“A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário:

(...)

III – veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes;

IV – dar tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação;

V – veicular ou divulgar filmes, novelas, minisséries ou qualquer outro programa com alusão ou crítica a candidato ou partido político, mesmo que dissimuladamente, exceto programas jornalísticos ou debates políticos”.

É bem verdade que a utilização indevida dos meios de comunicação em benefício de candidato ou partido político pode implicar até mesmo na cassação de seu registro ou do mandato, visto que legislador constitucional preocupou-se em estabelecer hipótese de desconstituição do mandato eletivo, desde que a “*normalidade e legitimidade das eleições*” venham a ser conspurcadas pela “*influência do poder econômico*”. Nesta direção, as disciplinas traçadas pelos parágrafos 9º e 10 do artigo 14 da Constituição Federal admitem a desconstituição do mandato eletivo, sendo certo, ainda, que o artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90 prevê, dentre as formas de abuso, o uso indevido dos meios de comunicação. Faltou, quem sabe, apenas a concessão de modo igualmente gravoso, não bastando, neste caso, mera aplicação de multa pecuniária.

Mas convenha-se que o inciso III do artigo 45 acima não trata da hipótese de abuso de direito, mas sim da proibição absoluta do **próprio uso** desse direito que, durante o período previsto em lei, fica vedado mesmo quanto às normais faculdades de manifestação de pensamento que são próprias de meios de comunicação concedidos.

Ora, numa visão talvez simplificadora, diz-se que o abuso é o uso de poderes, faculdades, situações, causas ou objetos para além dos seus limites. Fávila Ribeiro ensina que o abuso consiste na “*incontinência, na liberdade, no exercício de direito ou de competência funcional transviando-se em desmando de uso*”.⁷

Mas a possibilidade do abuso não inviabiliza o uso, de sorte que a lei não poderia proibir o normal com o receio do anômalo.

6. A crítica aos atos de governo

É verdade que não são poucos os julgados que advertem para o cuidado com que se deve ministrar

6. Acórdão nº 21.272 do TSE.

7. *Abuso de poder no direito eleitoral*, Forense, p. 22.

o artigo 45 da Lei das Eleições, tendo recomendado o Ministro Sepúlveda Pertence que a norma devesse ser dosada *cum grano salis*, em especial no ambiente em que se tornou possível a reeleição, situação em que se põe a salvo da proibição o julgamento opinativo dos atos administrativos, ainda que o mandatário executivo concorra à reeleição.

Seria mesmo absurdo que os meios de comunicação não pudessem criticar atos de governo, passando a Nação a viver num silencioso sepulcro de idéias e pensamentos, mergulhada em delirante abstração asceta.

7. O paradoxo

De todo modo, ainda que a norma seja aplicada com o cuidado recomendado, é inegável que contém uma proibição de “*difundir opinião favorável ou contrária a candidato*”, o que resulta em curioso paradoxo: a pretexto de proteger a democracia – razão de existir do processo eleitoral – a Lei das Eleições veda a livre manifestação de pensamento e da crítica, que é, em suma, um dos almejados produtos do Estado Democrático de Direito.

Assim, conquanto impressione e sensibilize a intenção de se preservar a igualdade e o processo eleitoral do eventual abuso dos meios de comunicação, é desconfortável, para dizer o mínimo, admitir a prevalência absoluta de uma eventualidade eleitoral anômala sobre a liberdade de manifestação intelectual, que a Constituição trata como essencial ao Estado Democrático de Direito.

Nem por isso se afirma aqui que o artigo 45 da Lei das Eleições é inconstitucional. Ao contrário, propõe-se dar a ele uma interpretação que não apenas busque compatibilizá-lo com a Constituição Federal, como o circunscreva a um âmbito de incidência mais restrito.

Assinalou-se acima ser adequada a preocupação do legislador constitucional de disciplinar a atuação dos meios de comunicação concedidos e, em contrapartida, criticou-se o fato de que esta disciplina não pode chegar a aniquilar o direito que se quer reger.

Lembra-se aqui de buscar, no Direito Constitucional e no Direito Administrativo, os parâmetros de equilíbrio entre o exercício da liberdade e o resguardo do interesse coletivo que se busca promover em nome da Democracia.

8. O poder de polícia

Diz-se que através da Constituição e das leis os cidadãos recebem uma série de direitos, cumprindo que o seu exercício seja compatibilizado com o bem-estar social, sendo que a atividade estatal de condicionar a liberdade, ajustando-a aos interesses coletivos, é própria do chamado “*poder de polícia*”.⁸

Parece-nos, portanto, que é precisamente este o campo de atuação da Lei das Eleições, que se depara com uma liberdade – consagrada constitucionalmente – e quer adequá-la a um ambiente especial onde prevalece um interesse coletivo (equilíbrio eleitoral).

Mas é advertência conhecida a de que o poder de polícia não pode aniquilar a liberdade a pretexto de discipliná-la. Ao contrário, a atuação do poder de polícia reconhece a liberdade e lhe impõe regras que a conformam aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.

9. O lugar da crítica

Trazendo à baila estes contornos do poder de polícia, é de se verificar se acaso as proibições criadas pela Lei das Eleições desbordam ou não dos limites da atuação estatal no exercício do poder de polícia.

Ao nosso ver, contudo, o artigo 45 da Lei das Eleições, na sua unidade sistemática de disposições, ordenadas nos seus diversos incisos, está de acordo com os limites do poder de polícia e se conforma com as garantias constitucionais.

Entendemos, pois, que a crítica, a opinião e a divulgação de fatos relacionados aos partidos e coligações não estão proscritas dos meios de comunicação concedidos pelo Poder Público como querem alguns julgados que não admitem manifestações desse jaez em qualquer lugar ou momento.

É que a proibição de difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido e coligação (inc. III) não pode ser analisada senão ao lado de uma subsequente regra do mesmo artigo, segundo a qual é também proibido (inc. V):

“Veicular ou divulgar filmes, novelas, minisséries ou qualquer outro programa com alusão ou crítica a candidato ou partido político, mesmo que dissimuladamente, exceto programas jornalísticos ou debates políticos”.

8. Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 12ª ed., Malheiros, p. 662.

Conquanto o dispositivo acima pareça alargar as vedações antes mencionadas, contém ele importantíssima ressalva que afasta da incidência normativa de abstenção os “*programas jornalísticos ou debates políticos*”.

Assim é que a liberdade de manifestação de pensamento não está aniquilada, como pode sugerir a leitura isolada do inciso III do artigo 45 da Lei das Eleições, mas está disciplinada e circunscrita, no exercício regular do poder de polícia estatal, ao campo da crítica em programas jornalísticos e também, como não poderia deixar de ser, nos debates entre candidatos que são televisionados ou radiodifundidos.

É neste aspecto, portanto, que dissentimos da maioria dos julgados das Cortes Eleitorais que não fazem distinção entre a atividade jornalística (coberta pela exceção da regra restritiva) do resto da programação normal das emissoras de rádio e televisão.

Em nosso entender, a crítica e a opinião não foram proibidas, mas direcionadas para o ambiente jornalístico (no sentido estrito), de forma que se façam reconhecer sem disfarces ou dissimulações, com a subscrição evidente da autoria e do agente difusor da manifestação de pensamento.

No espaço jornalístico, em que são apresentados fatos, análises e as críticas respectivas, desde que as últimas sejam próprias da editoria e de responsabilidade da emissora concessionária, não se vê como proibir, dada a ressalva do inciso V do artigo 45 a manifestação intelectual que é imprescindível ao Estado Democrático de Direito.

Entendemos, pois, que a ressalva do inciso V do artigo 45 tempera de constitucionalidade os demais incisos proibitivos que, analisados isoladamente, seriam mesmo inconstitucionais.

Evidente que a atividade jornalística não pode, por seu turno, desbordar do uso regular do direito para o abuso, de modo que mesmo nos jornais televisivos ou radiofônicos, resta vedada a adesão aberta em campanhas eleitorais contrárias ou a favor.

Aplicam-se, de qualquer modo, as regras que reprimem o abuso de poder ou uso indevido dos meios de comunicação social, mas resguarda-se,

como se propõe, a manifestação editorial em campo jornalístico que é o local próprio para as críticas de natureza política no ambiente do processo eleitoral.

10. Conclusão

É de extrema delicadeza o ambiente em que se resguardam as liberdades de pensamento e de manifestação. Sintetizando o entender de Colliard, José Afonso da Silva diz que se trata de liberdade de conteúdo intelectual e supõe o contato do indivíduo com seus semelhantes pelo qual “o homem tenda, por exemplo, a participar a outros suas crenças, seus conhecimentos, sua concepção do mundo, suas opiniões políticas ou religiosas, seus trabalhos científicos”.⁹

No caso da limitação temática da propaganda eleitoral, cremos que o legislador ordinário, ao ocupar o espaço normativo que lhe era reservado para traçar disciplinas que foram reclamadas pela Constituição Federal, não atentou para os limites de sua atuação e acabou interferindo em liberdades clássicas que seriam intangíveis por sua natureza constitucional pétreia.

Com efeito, no tocante ao “*direito de antena*”, não poderia o legislador ir além da disciplina a respeito do “*acesso*” aos meios de comunicação (distribuição de tempo, condições de periodicidade, etc.), evitando a interferência quanto ao conteúdo, ressalvadas aquelas disciplinas exemplificativas de contexto, que dizem respeito à natureza partidária da programação franqueada, que tem na própria Constituição os parâmetros de existência.

Convém, pois, que a legislação seja revista no que toca aos aspectos de constitucionalidade duvidosa, sem deixar de se prestigiar o equilíbrio da igualdade.

Já no que diz respeito aos limites impostos aos meios de comunicação, entendemos que são dignos de atenção os inconformados protestos das emissoras de rádio e televisão, muito embora não se vislumbre inconstitucionalidade na própria lei, de acordo com a interpretação sistemática acima sugerida. Merece reflexão renovada, entretanto, a jurisprudência construída em torno da disciplina legal em apreço, padecendo de desatenção às garantias constitucionais aqueles julgados que proibiram manifestações opinativas ou críticas, sem observar o âmbito editorial da ressalva contida na parte final do

9. Claude-Albert Colliard, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 1972, apud José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*.

inciso V do artigo 45 da Lei das Eleições. Talvez conviesse ao legislador estabelecer uma disciplina mais clara quanto ao abuso dos meios de comunicação concedidos pelo poder público, desde que

praticados os ilícitos pelas próprias emissoras, cabendo criar penas específicas e, quem sabe, mais severas, quando o ilícito cometido demonstre potencial nocivo ao resultado eleitoral.



Justiça Eleitoral: rapidez e eficiência

Roberto Rosas

Advogado; membro do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; professor titular da Universidade de Brasília; ex-ministro do Tribunal Superior Eleitoral

1. Não é de hoje a preocupação do brasileiro com as eleições. Di-la com ênfase e humor a crônica de Machado de Assis com o título *Balas de Estado*. Nela, o cronista fala nas eleições daquele ano (1885) e das dúvidas do eleitor, indeciso, ou necessariamente sem opção eleitoral. E o cronista perguntava ao sacristão da igreja: se era por um ou por outro candidato. Respondeu o simplório cidadão – “Eu sou aqui da igreja”.

O respeito à vontade de eleitor sempre é o desejo da pureza eleitoral, democrática, transparente, nem sempre. Ao longo da história da Justiça Eleitoral há marcas visíveis na construção democrática brasileira, e outras invisíveis, porém, acentuadas na elaboração democrática.

A Justiça Eleitoral nasceu dos ideais da Revolução de 1930, como tema central – a verdade eleitoral, propugnada por seus arautos, indignados com o passado de arreglos políticos e eleitorais dos grupos dominantes. O voto era mera exibição democrática, pois as conveniências administravam as vitórias e decidiam os pleitos. A criação de uma justiça exclusiva para o processo eleitoral foi uma das soluções, pois a administração da eleição fica entregue às mãos isentas da Justiça, e não dos chefes políticos, administradores das candidaturas, dos votos, dos resultados e da indicação dos eleitos.

2. Após a eleição direta presidencial de 1960 houve grande hiato, pois somente em 1989 realizou-se nova eleição direta presidencial. Assinale-se que o Ato Institucional nº 2, de 1965, extinguiu os partidos políticos, causando enorme prejuízo ao sistema político, pois nunca mais houve a participação permanente dos autênticos partidos políticos, somente melhorando com a eleição geral de 1986,

quando grande número de partidos disputou aquele pleito, então dando grande abertura para novo quadro eleitoral.

Outro significativo fato ocorreu com o recadastramento eleitoral em 1986, quando todo o eleitorado brasileiro foi chamado para a inserção num programa eletrônico de informática do cadastramento eleitoral. O alistamento passou a ser por meio informático, permitindo o confronto com as coincidências, e a duplicidade de inscrições, muito comum entre cidades vizinhas ou entre Estados limítrofes quando o eleitor possuía título em dois lugares. A chamada verdade eleitoral adquiriu grande expressão, e isso é devido ao trabalho excepcional do então Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Ministro José Néri da Silveira, que acreditou no novo sistema, totalmente implementado, e hoje inserido no processo eleitoral.

A eleição presidencial de 1989 teve grande significado, não somente pelo fato acima assinalado, após vinte e nove anos sem esse tipo de pleito, também pelo número de candidatos concorrentes (vinte e dois), após renhida campanha, amplamente transparente, sem qualquer acusação de fraude. Na ocasião integrava o Tribunal Superior Eleitoral, e senti a vibração cívica dominante, de significativa importância.

Tudo isso vem coroado na informatização do voto, isto é, a manifestação da vontade por meio da chamada urna eletrônica, que significa a votação por meio de sinais eletrônicos, sem urna de lona ou necessidade de votos em cédulas individuais, a merecer a apuração humana, passível de erros e fraudes. Já na eleição de 1998 grande parte dos municípios brasileiros teve esse tipo de votação, a propiciar, em 24 horas, o

resultado da eleição presidencial, e em 2002, na noite do pleito já era conhecido o novo Presidente.

3. A Constituição de 1988 manteve a Justiça Eleitoral integrante do Poder Judiciário. Tal observação é da mais alta importância, pois adota-se o controle das eleições como judicial e não administrativo (tipo Junta), ou então atribui-se à Justiça comum esse controle. Esta tendência abandona a longa tradição da Justiça Eleitoral brasileira, pois o seu caráter especial e transitório (para seus membros) dá-lhe a grande peculiaridade do hibridismo entre o sistema tradicional (vitaliciedade, inamovibilidade etc.) para trazer magistrados com esses predicamentos (no TSE – Ministros do STF e do STJ e no TRE – Desembargadores, Juiz do TRF e Juiz Federal), porém, sem permanência irrestrita, e sim por mandato, a dar renovação política. A Carta Magna manteve a boa tradição brasileira.

4. De fundamental importância para o processo eleitoral e político é o capítulo das inelegibilidades (CF, art. 14, § 3º e segs.), pois tais restrições ampliam a moralidade do processo, impedindo a manipulação da máquina administrativa. Com a adoção da reeleição abre-se novo capítulo nas incompatibilidades, pois com a permanência no cargo, haverá sempre debate sobre a sua oportunidade. A instituição da ação de impugnação do mandato eletivo (CF, art. 14, § 10) abriu as opções de rejeição ao abuso do poder econômico, da corrupção e da fraude. Ampliou-se a atuação geral do Ministério Público Federal, pois cabe-lhe a defesa do regime democrático (CF, art. 127), e certamente aí a proteção ao sistema eleitoral, porquanto ainda que haja silêncio dos partidos ou colusão entre candidatos, estará ativo o Ministério Público a evitar a deterioração do processo eleitoral. De capital importância o disposto no artigo 16 da Constituição, impondo a entrada em vigor da lei de alteração do processo eleitoral, após um ano de promulgação. A Emenda Constitucional nº 4/1993 modificou essa redação, atenuando a sua primitiva importância (“a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano de sua vigência”). Pretende-se assim acabar com a chamada lei do ano eleitoral, sempre casuística para resolver problemas individuais.

5. Nesses quinze anos de vigência da atual Carta Magna a Justiça Eleitoral continuou a prestar relevantes papéis ao sistema democrático. Não sofre a

crítica relativa ao Judiciário em geral, pois a chamada morosidade não ocorre porque o processo eleitoral é dinâmico, não admitindo a protelação.

6. Ao fim de um gigantesco pleito nacional (2002), devemos rever as notícias sobre o processo eleitoral e a sua gestora, a Justiça Eleitoral. Estavam aptos milhões de eleitores, e o eleitorado votou com a urna eletrônica, abolidos a cédula de papel, a urna de pano e o espetáculo da apuração em ginásios e escolas. A Justiça Eleitoral está na modernidade, e por isso agiganta-se no quadro político e no Judiciário. Por que tanto sucesso? Algo envolve os seus participantes, obreiros (Juizes, Ministério Público e advogados). Todos conscientes da responsabilidade e da rapidez necessárias ao embate eleitoral. As decisões não podem esperar, principalmente os processos de registro de candidaturas quando os candidatos acreditam no seu êxito e exigem pronta resposta às impugnações. Em tudo preside o interesse político e público. O mandato não pertence ao candidato, ao eleito, e sim ao partido, e este à comunidade, a sociedade devidamente representada.

7. A Justiça Eleitoral tem como objetivo outros móveis não comuns às demais demandas forenses. Não têm valor patrimonial, não estão envolvidas com a liberdade, a família. Mas o escopo do mandato envolve tudo isso, porque os representantes do eleitorado lá estarão nas defesas desses princípios, ideais, etc. Por isso, seus integrantes têm origens diversas e transitórias. Fala-se muito numa Justiça especializada com quadro permanente. Por dois motivos, não. O primeiro diz com a necessária rotatividade. É necessário arejamento das idéias, e das participações, a permitir novas visões. Em segundo, o custo para uma Justiça de grande atividade em certos períodos. Essa sazonalidade não lhe tira o prestígio. Ela deve ter condições materiais permanentes para que, a cada dois anos (eleição municipal e eleição geral) possa atender plenamente.

É importante a exposição de sua estrutura porque temos raros livros sobre Direito Eleitoral para divulgação da sua competência, por isso, adiante tratamos dessa estrutura.

8. A Justiça Eleitoral brasileira é composta do Tribunal Superior Eleitoral, dos Tribunais Regionais Eleitorais, dos Juizes Eleitorais e das Juntas Eleitorais.

O Tribunal Superior Eleitoral é o órgão de cúpula



da Justiça Eleitoral, a ele cabendo, em última instância, o exame das questões eleitorais. A legislação eleitoral, especialmente o Código Eleitoral, dá-lhe a importância necessária, sobretudo na interpretação das normas eleitorais, editando as instruções e resoluções necessárias ao entendimento da legislação eleitoral. A Corte Eleitoral não legisla, tão-só dá, em linguagem mais objetiva e direta, as orientações para os pleitos; sintetiza as normas legais, mesmo porque somente à União Federal cabe legislar sobre Direito Eleitoral (CF, art. 22, I).

9. Os Tribunais Regionais Eleitorais são as instâncias ordinárias (de 2º grau) da Justiça Eleitoral. Sua importância está na ordem direta do conhecimento próximo dos fatos e das controvérsias, tanto que, das suas decisões, admitem-se restritamente recursos, porque interessa à Justiça Eleitoral que os fatos fiquem na instância ordinária, e excepcionalmente alcem ao Tribunal Superior Eleitoral.

10. Os Juízes Eleitorais recebem a competência para os mais variados rincões. O Juiz Eleitoral, Presidente da Junta Eleitoral, pode compor uma comarca, e esta pode ser composta de um ou vários municípios, como um município pode ter vários Juízes Eleitorais, o que, de ordinário, ocorre com as grandes cidades, como Rio de Janeiro, São Paulo e outras. Ali, várias zonas eleitorais têm um Juiz Eleitoral. Então, a Justiça eleitoral está dividida em zonas eleitorais, em primeiro grau. Cada eleitor pertence a uma zona eleitoral, que pode ser pequena, ou ter até mesmo 300.000 eleitores (ex.: São Paulo e Rio de Janeiro). Ao Juiz titular de zona eleitoral cabe apreciar e julgar tudo aquilo referente às questões eleitorais de sua zona. Em geral, essas zonas são mantidas administrativamente pelos Juízes Eleitorais, que, durante as eleições, as presidirão. Ressalte-se que o Juiz Eleitoral deverá ser, sempre, Juiz de Direito, nunca tal jurisdição poderá ser atribuída a qualquer leigo, como ocorre nas Juntas Eleitorais, compostas durante as eleições e integradas por leigos presididos por Juiz de Direito. A Junta Eleitoral tem como missão a apuração do pleito e é a primeira instância da apuração eleitoral. A impugnação contra a apuração deve ser exercida perante a Junta Apuradora. A regra da preclusão incide na omissão do impugnante. O Direito Eleitoral procura reduzir a querela ao momento do fato atacado, e não deixar para outra época, porque ficaria ao sabor do vencido. Logo, se o interessado se omite, não poderá re-

clamar posteriormente (CE, art. 171). Também não se admite a recontagem de votos se não tiver ocorrido recurso após a apuração de cada urna (CE, art. 181). Argumenta-se constantemente que o interessado não tem condições de atender a inúmeras urnas. No entanto, a objeção cede à realidade, porque a apuração, de regra, dá-se em concentrado, e não dispersamente. Mais grave é a regra do artigo 169 do Código Eleitoral, que exige a impugnação urna a urna.

11. O Tribunal Superior Eleitoral é composto por sete membros, no mínimo, podendo ser aumentado nos termos do artigo 96, II, da Constituição Federal (criação de cargos). Desses sete membros, três são eleitos dentre os Ministros do Supremo Tribunal, dois dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça e dois são escolhidos dentre advogados, em lista tríplice elaborada pelo Supremo Tribunal, e nomeados pelo Presidente da República. Não podem integrar esta lista os membros do Ministério Público, aqueles atingidos pela compulsória, e os exercentes de cargos demissíveis *ad nutum*. A escolha de advogado reveste-se de alta preocupação, porque o cuidado da Suprema Corte envolve o exercício de atividade não familiar, como ocorre com os outros cinco membros, magistrados de tribunais, em geral, em exercício há anos, porque escolhidos, por tradição, na antiguidade.

Os magistrados, tanto do STF quanto do STJ, não se afastam de seus Tribunais, porquanto isso exigiria a convocação de substitutos. Imagine-se um Ministro do STF em exercício no TSE, em licença, com a convocação de um Ministro do STJ, e a convocação de um Juiz de TRF, e finalmente de um Juiz Federal. Ademais, a ausência, por licença, de três Ministros do STF alteraria toda a jurisprudência, como ocorria anteriormente, até 1960, quando a licença era pedida pelos Ministros do STF, em exercício no TSE. Aliás, acentua Pontes de Miranda que o excesso de trabalho não é suficiente para a escusa da escolha, porque feriria o princípio da igualdade perante a lei se chamasse outro juiz, que haveria de ter o mesmo trabalho (*Comentários à Constituição*, vol. 4, p. 251).

Não se aplica ao TSE e ao TRE (juristas) a escolha pela Ordem dos Advogados prevista no artigo 94 da Constituição, mesmo porque esse dispositivo trata de Tribunais Regionais Federais e Estaduais. Quando a Carta Magna quis dar essa atribuição à OAB,

nos Tribunais Superiores, indicou expressamente essa circunstância, como ocorreu com o Superior Tribunal de Justiça – artigo 104, II, e com o Tribunal Superior do Trabalho – artigo 111, § 2º.

12. Em cada Estado e no Distrito Federal existe o Tribunal Regional Eleitoral, que é a segunda instância da Justiça Eleitoral.

Ao contrário da Constituição de 1934, que determinava a escolha por sorteio, a atual Constituição compõe o Tribunal Regional Eleitoral mediante eleição de dois Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça. É claro que a lei pode adotar determinado critério de exclusão, como faz a Lei Orgânica da Magistratura, excluindo os dirigentes dos Tribunais (Presidente, Vice e Corregedor). Quando há substituição, ela ocorre para todo o biênio, e não somente para completar o período anterior, porque o Desembargador e os demais membros são escolhidos para período de dois anos, e não escolhidos para período inferior (STF, MS nº 21.272, DJ, 31 de maio de 1991, p. 7.237). Não podem integrar os Tribunais Eleitorais os membros do Ministério Público (CF, art. 128, II, *d*). Além dessa vedação constitucional, outra existe, porque o Membro do Ministério Público Eleitoral participa das sessões. Ora, se os dois advogados forem integrantes do Ministério Público, haverá a supremacia do Ministério Público (TSE, Processo nº 7.555, DJ, 25 de novembro de 1987). Dois Juizes de Direito são escolhidos pelo Tribunal de Justiça. Note-se a exigência da condição de Juiz de Direito, não podendo ser o substituto, ou até do Tribunal de Alçada.

Ainda há o representante da Justiça Federal, eleito dentre os Juizes do Tribunal Regional Federal ou, não havendo TRF, dentre os Juizes Federais no Estado. Alguma dúvida poderia surgir: o Juiz Federal pertence à Região, ou deve ser Juiz lotado no Estado? Se a Constituição refere-se ao TRF com sede na capital do Estado, logo, não existindo, pretende a escolha dentre os Juizes Federais daquele Estado. Ao contrário, se admite a escolha dentre os Juizes Federais da Região, então o TRE poderia ter Juiz Federal lotado em outro Estado, ainda que naquele Estado houvesse Juiz Federal.

Também integram o TRE dois advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados em lista tríplice pelo Tribunal de Justiça. Nesta hipótese, invocou-se no pressuposto, ainda, o qualificativo de notável saber jurídico, e, portanto, além de

serem advogados, exige-se que tenham idoneidade moral, ao contrário do exigido até para Desembargador – reputação ilibada (CF, art. 94). Quer a Constituição que os advogados estejam acima da média ou do comum. Como ocorre em qualquer profissão, nem todos são notáveis. Por isso, a escolha deve recair nos mais salientes em conhecimento jurídico e em experiência, bem como naqueles que tenham idoneidade moral, aliás exigência comum em todas as profissões, mas, além disso, do convencional, que essa idoneidade ressalte da convivência, do comportamento, das ações diárias, indiscutivelmente.

Não podem integrar o TRE aqueles além dos 70 anos de idade (TSE, Resoluções nºs 8.480 e 14.120), bem como os aposentados por doença (*Boletim Eleitoral*, 423:703).

13. Os Juizes Eleitorais são Juizes de Direito, em geral titulares de zonas eleitorais, que podem ser partes de um município ou comarca, ou então abranger mais de um município ou comarca. Já as Juntas Eleitorais são compostas de um Juiz e de outras pessoas não integrantes do Judiciário, e têm como função a apuração das eleições; são o primeiro grau da Justiça Eleitoral. Os recursos das apurações são apreciados pela Junta Eleitoral, cabendo o recurso ordinário para o Tribunal Regional.

14. Os Tribunais Eleitorais (TSE e TRE) têm administração própria, com grau de hierarquia, não só jurisdicional, como também administrativa, por força de lei, como na matéria orçamentária, encaminhamento das listas tríplices com indicação de advogados para o TRE e licença para afastamento no período eleitoral. A hierarquia jurisdicional está no próprio sistema recursal, como veremos adiante.

A Constituição fixa regra para a administração do TSE, podendo, pela eleição, ser escolhidos, dentre os três Ministros do STF, o Presidente e o Vice, e, dentre os dois Ministros do STJ, o Corregedor-Geral Eleitoral. A tradição sempre obedeceu à antiguidade no TSE, que é também a antiguidade nos Tribunais de origem, em geral.

No Tribunal Regional Eleitoral a direção é entregue aos dois Desembargadores, por eleição.

A Junta Eleitoral é presidida pelo Juiz de Direito, e a Zona Eleitoral tem como titular o Juiz de Direito.

15. Asseguram-se aos membros da Justiça Eleitoral, desde os integrantes dos Tribunais Eleitorais até os integrantes de Junta Eleitoral, as garantias

dadas aos membros do Poder Judiciário, naturalmente aquelas conferidas por lei, porque os juízes de carreira (Ministros, Desembargadores e Juízes de Direito) já estão beneficiados pelas garantias constitucionais da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (art. 95), mas os advogados que integram os Tribunais e os membros da Junta Eleitoral, que não são integrantes permanentes do Judiciário, são beneficiários dessas demais garantias (v.g., a inquirição de Ministro do TSE ou Juiz do TRE – CPC, art. 411, IV e IX). Ainda cabe acrescentar que os membros do TRE são julgados nos crimes comuns pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, a).

Os membros dos Tribunais Eleitorais têm mandato de dois anos, prorrogáveis por mais um mandato, no total de quatro anos. Esses mandatos são improrrogáveis e irredutíveis. Nada impede que o membro do Tribunal exerça a atividade como subs-

tituto, por todo o biênio do titular, sem ferir o limite máximo dos quatro anos.

Para os Tribunais Regionais compete ao Tribunal de Justiça respectivo elaborar a lista tríplice com o nome dos advogados que ocupam as vagas destinadas à classe. É feita uma lista tríplice e encaminhada ao Tribunal Superior Eleitoral, que a envia ao Poder Executivo, cabendo ao Presidente da República a discricionária escolha.

Em relação às duas vagas de advogado do Tribunal Superior Eleitoral, o Supremo Tribunal Federal elabora lista tríplice para cada vaga, submetendo-a ao Presidente da República, que também age discricionariamente.

16. E o produto dessa Justiça? Não sofre das críticas às demais: lentidão e demora. Rapidez e solução imediata são dois apanágios da Justiça Eleitoral. Se permitisse a delonga, os debates ultrapassariam os mandatos.



Breves anotações sobre partidos políticos

Tito Costa

Advogado em São Paulo; membro da Academia Paulista de Direito; fundador do IBDE – Instituto Brasileiro de Direito Eleitoral; autor de *Responsabilidade de prefeitos e vereadores*, (4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002); *Recursos em matéria eleitoral*, (7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000); e *Crimes eleitorais e processo penal eleitoral*, (Juarez de Oliveira, 2002).

Sumário

1. A Constituição e a Lei dos Partidos;
2. Natureza jurídica;
3. Duplicidade de seu *status*;
4. Controle da Justiça Eleitoral;
5. Fidelidade partidária;
6. Conclusão.

1. A Constituição e a Lei dos Partidos

A Constituição de 1988 reserva um capítulo aos partidos políticos para declarar livre a sua criação, a fusão com outras agremiações partidárias e sua extinção. Eles devem ter caráter nacional, vedada portanto a existência de partidos estaduais como ocorreu em tempos idos. E são dotados de autonomia para elaborar seus estatutos, por via dos quais definem sua estrutura interna, sua organização e seu funcionamento. E importante: cabe aos seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias. São eles, a partir da Carta de 1988, pessoas jurídicas de direito privado, adquirindo personalidade jurídica na forma da lei civil, com o registro de seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral. Em razão dessa nova natureza de sua personalidade, o artigo 16, III, do antigo Código Civil, passou a incluir entre as pessoas jurídicas de direito privado o partido político, segundo alteração introduzida pelo artigo 59 da Lei nº 9.096/95 – Lei dos Partidos Políticos – LPP. Essa referência não tem mais validade em razão do novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em vigor a partir de janeiro de 2003, segundo seu art. 2.044). O artigo 44

desse novo estatuto civil, ao enumerar as pessoas jurídicas de direito privado, não inclui os partidos políticos, mas nem por isso deixam de ser eles pessoa jurídica de direito privado (Constituição, art. 17, § 2º e LPP, art. 1º).

Numa formulação simples poder-se-á dizer que o partido político é o instrumento da ação política. Ou a vida mesma da democracia, como quer Maurice Duverger. Mesmo porque uma das condições de elegibilidade escritas na Constituição é a filiação partidária (art. 14, § 3º, V), sem a qual o cidadão não tem como participar, efetivamente, de funções de regência política do Estado, no dizer do Ministro Celso de Mello, para quem “a essencialidade dos partidos políticos, no Estado de Direito, tanto mais se acentua quando se tem em consideração que representam eles um instrumento decisivo na concretização do princípio democrático e exprimem, na perspectiva do contexto histórico, que conduziu à sua formação e institucionalização, um dos meios fundamentais no processo de legitimação do poder estatal, na exata medida em que o Povo – fonte de que emana a soberania nacional – tem, nessas agremiações, o veículo necessário ao desempenho das funções de regência política do Estado” (STF no processo de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn nº 1.096, publicação no DJU de 22/9/1995).

Atento à importância do partido político na vida democrática é que o constituinte de 1988 conferiu-lhe *status* constitucional (art. 17 da Lei Maior). Complementando essa sua estatura advinda da Carta política, veio a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, que começa por definir o partido como

pessoa jurídica de direito privado, destinada a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal. Denomina-se ela Lei dos Partidos, ao contrário da anterior (Lei nº 5.682, de 21/7/1971, que era “Lei Orgânica dos Partidos”, revogada juntamente com todas as leis que a modificaram, nos termos do art. 63 da Lei nº 9.096/95). A Resolução nº 19.406/95, do TSE, em obediência ao que diz o artigo 61 da Lei, traz instruções sobre fundação, organização, funcionamento e extinção dos partidos.

2. Natureza jurídica

Já se sabe que o partido político é hoje, no Brasil, pessoa jurídica de direito privado (ver Código Civil, art. 16, com a redação nova que lhe deu a Lei nº 9.096/95, art. 59), e tem por finalidade assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal. Sistema representativo é aquele consagrado no parágrafo único do artigo 1º da nossa Lei Maior, segundo o qual todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. Nos seus excelentes *Comentários à Constituição de 1988*, o saudoso Wolgran Junqueira Ferreira lembra que o exercício do poder, por meio de representantes eleitos, “é a República indireta ou representativa, nascida da Revolução Francesa, na qual se confere ao povo, por via do processo eleitoral, o poder do governo aos representantes ou delegados da comunidade”. E o exercício do poder “diretamente” se verifica na “República Democrática, semi-direta ou mista, que restringe o poder do Congresso Nacional, reservando-se ao pronunciamento direto da Assembléia geral dos cidadãos os assuntos de maior importância” (*Comentários*, Campinas-SP, Julex Livros, 1989, vol. 1, p. 89). Diante da clareza do texto constitucional, assim como do artigo 1º da Lei dos Partidos, na definição de sua natureza jurídica, cessam de vez as discussões sobre o tema, sobretudo em razão da definição anterior, contida na revogada Lei nº 5.682/71, por isso que, na prática, o partido nunca chegou a ser, precisamente, como dizia a referida lei revogada, pessoa de direito público. Nesse sentido, e apenas a título de curiosidade, ver nosso estudo publicado no *Boletim Eleitoral do TSE*, nº 189, p. 510. A propósito de democracia representativa, registre-se observação de Norberto

Bobbio: “Uma democracia de eleitores, tal como ocorre na democracia representativa, não recebe sua legitimidade do povo – que, como entidade coletiva, não existe fora de uma praça ou assembléia –, mas sim da soma de indivíduos a quem se atribui a capacidade eletiva. De fato, na base da democracia representativa, ao contrário do que ocorre na democracia direta, não está a soberania do povo, mas sim a dos cidadãos” (cf. *Antologia sobre o pensamento de Bobbio*, organizada por José Fernandez Santillán – *apud* Ministro do TSE Luiz Carlos Madeira, na *Revista do TRE do Rio Grande do Sul*, nº 17, julho/dezembro de 2003).

Essa circunstância de ser o partido pessoa jurídica de direito privado enseja discussões a respeito de seu posicionamento, por exemplo, na relação processual em ações de mandado de segurança. O artigo 1º da Lei nº 1.533/51, cuja redação foi alterada pela Lei nº 9.259/96, excluiu o partido político do elenco das pessoas consideradas **autoridade**, para os efeitos da lei. Isso não pode ter como consequência um posicionamento radical de nossos tribunais no sentido de, pura e simplesmente, excluir qualquer ato emanado de direções partidárias de sua impugnação por via da ação de mandado de segurança. O tema tem sido debatido à exaustão. O próprio Tribunal Superior Eleitoral subestima o partido como autoridade para fins de mandado de segurança (v.g. Mandado de Segurança nº 2.473, *in* DJU 11/9/1996; Agravo nº 708, *in* DJU 14/11/1997). No TRE de São Paulo algumas vozes sustentaram, com argumentos respeitáveis, a possibilidade de estar o partido no pólo passivo da relação processual do *writ*. Entre elas destacaram-se votos primorosos (vencidos, embora) de juízes como Ana Maria Scartezzini, Carlos Alberto Ortiz e José Kallás – com os quais estamos de inteiro acordo. Entretanto, no Acórdão de nº 121.351, de 16/8/1994, tendo como relator José Kallás, representante da Justiça Federal no TRE-SP, ainda que por maioria de votos, ficou firmada posição de reconhecimento do partido político como autoridade coatora, na relação processual em ação de mandado de segurança. Lembrando lição do constitucionalista português Gomes Canotilho, diz o aresto que a função de mediação política dos partidos “conduz a reconhecer-lhes uma qualidade jurídico-constitucional que distingue as associações partidárias das simples associações privadas. Como elementos funcionais de uma ordem

constitucional, os partidos situam-se no ponto nevrálgico em que convergem o poder de Estado juridicamente sancionado e o poder da sociedade politicamente legitimado”.

No caso dos partidos brasileiros, digo eu, eles existem para assegurar a autenticidade do sistema representativo, referido na Constituição. A leitura do inciso LXIX do artigo 5º da Constituição leva à conclusão inafastável de que a ilegalidade ou o abuso de poder, partindo de autoridade pública ou de “agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público”, pode enquadrar o partido político, perfeitamente, nesse figurino de agente qualificado do Estado com seu *status* de veículo executor do mandamento constitucional abrigado no parágrafo único do artigo 1º da nossa Carta política. Afinal de contas, o partido político não é senão um delegado do Estado. Desempenha um *munus* público para garantir a autenticidade do sistema representativo. Entes de direito privado também são, por exemplo, as escolas particulares cujos diretores, em praticando abusos lesivos a direitos de terceiros, podem ser, e têm sido, considerados autoridade coatora em ações de mandados de segurança. O partido político tem atribuições constitucionais, mesmo como pessoa de direito privado, por via das quais representa ou mesmo substitui o Poder Público. O juiz Souza José, em judicioso voto proferido no TRE-SP a respeito do tema, destaca: “A agremiação política tem, por excelência, sua atuação voltada para o direito público, especialmente nos estágios em que integra o processo eleitoral” (Acórdão nº 121.359, de 29/9/1994).

Assim, e resumindo, sustentamos o cabimento do mandado de segurança contra ato de partido político, praticado por seus legítimos dirigentes, que possa causar lesão a direito de terceiros, mesmo que a Lei nº 9.259/96, dando nova redação ao artigo 1º da Lei nº 1.533/51, o tenha excluído do elenco de autoridades coatoras para efeito desse tipo de ação judicial.

3. Duplicidade de seu *status*

Não resta dúvida quanto a que os partidos políticos são órgãos que exercem função pública no processo eleitoral, e até mesmo fora dele. Têm autonomia assegurada pela Constituição. Ao mesmo tempo, submetem-se ao controle do Poder Judiciário, na fiscalização de seus atos, uma vez que a lei não

pode excluir de sua apreciação qualquer lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV). Curiosa a situação jurídico-legal de nossas agremiações políticas: são, a um só tempo, pessoa de direito privado, pela definição legal, mas atuam como pessoas de direito público quando no desempenho da importante função de órgão da formação de vontade eleitoral do Estado. A propósito, o Ministro Sepúlveda Pertence assim se manifestou no TSE, em processo de que foi relator: “Instrumentos do exercício plural da cidadania, os partidos, enquanto titulares de direitos públicos subjetivos, são associações civis, como tal constituídos (...) com autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento”. Acrescenta que, sendo titulares de direitos subjetivos, são também, e “simultaneamente, órgãos de função pública no processo eleitoral”, sendo imperativo “que se submetam ao controle da Justiça Eleitoral, na extensão em que o determina a lei, sobre a existência e a validade dos atos de sua vida de relação, cuja eficácia interfere no desenvolvimento do processo das eleições” (TSE, Acórdão nº 12.209 – DJU 27/4/1992). Impossível, portanto, dissociar-se uma face da outra de nossas agremiações partidárias. Nessa duplicidade de *status*, verdadeiramente anfibológico, reside uma curiosa inventividade brasileira na criação e conceituação de nossos partidos políticos, a partir da Carta de 1988 e da Lei nº 9.095/95.

4. Controle da Justiça Eleitoral

A autonomia de que se investe o partido político, em decorrência de mandamento constitucional, não o exime de submeter-se, e seus atos, ao controle do Poder Judiciário, quer perante a Justiça Eleitoral, quer perante qualquer outro órgão desse Poder, dependendo da situação posta em debate. A começar, por exemplo, pelo processo de filiação partidária para o que as agremiações têm total liberdade, até mesmo de escolha ou exclusão de pretendentes a correligionários. Mas a lista dos filiados deve ser comunicada à Justiça Eleitoral, nas épocas mencionadas na lei, pelo órgão competente de direção partidária, para arquivamento e publicação na imprensa oficial, o que faz gerar para os inscritos direitos subjetivos inteiramente protegidos pela lei. Os estatutos partidários podem, consoante a lei, estabelecer medidas disciplinares com imposição de penalidades, mas na sua aplicação haverão de

obedecer o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, sob pena de nulidade de atos praticados ao arrepio dessa garantia. E a nulidade só pode ser declarada pelo Poder Judiciário, caso não o seja, antes, no âmbito interno da agremiação, em procedimento administrativo regular, com tramitação nos seus órgãos competentes e com os recursos previstos nos estatutos. Afinal, não se pode excluir da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV).

5. Fidelidade partidária

Eis aqui um tema que tem provocado dúvidas e dificuldades, quer no círculo interno dos partidos, quer mesmo perante a própria Justiça Eleitoral. A Constituição de 1988 entregou aos partidos políticos a tarefa de estabelecer, em seus estatutos, normas sobre fidelidade e disciplina partidárias. Disciplina e fidelidade são atributos que estão intimamente ligados, embora sejam de feições e consequências diversas. No entanto, o capítulo dedicado a esses deveres fundamentais dos filiados, quer seja na Lei dos Partidos, quer seja na Resolução nº 19.406/95 do TSE (Instruções sobre partidos), é muito restrito ao tratar deles.

Fundamentalmente, a infidelidade se manifesta sob dois aspectos: a) deixar alguém o partido pelo qual tenha sido eleito; b) descumprir o agente político, e também o filiado, diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária. A Lei dos Partidos tem preceitos dirigidos especificamente a membros das casas legislativas, obrigando-os a cumprir as diretrizes partidárias, sempre na forma do estatuto. Na sua timidez, quanto a fixar normas mais rígidas sobre a fidelidade, o legislador ainda consegue avançar um pouco em relação a parlamentares, de vereador a deputado estadual, federal e senador: “perde automaticamente” – diz a lei – “a função ou cargo que exerça na respectiva Casa Legislativa, em virtude da proporção partidária, o parlamentar que deixar o partido sob cuja legenda tenha sido eleito” (art. 26 da Lei nº 9.096/95 e art. 44 da Resolução-TSE nº 19.406/95). Além dessa tímida punição legal, é o Estatuto do Partido que deve balizar o comportamento de seus filiados e representantes eleitos, no que diz com o cumprimento do dever de fidelidade.

Registro aqui opinião do Senador José Sarney a respeito do tema: “O grande problema da fidelidade

no Brasil é que ela não pode anteceder a reforma partidária como um instrumento de consolidação de partidos grupais. Como não existe partido, não existe fidelidade. Os partidos são associações para concorrer às eleições. Eles são congressuais, gravitando em torno de governo e oposição. Não têm atividade permanente, suas sedes são no Parlamento; esse modelo não favorece a vida partidária, que é sempre uma escola de liderança e lealdade a princípios” (artigo publicado na *Folha de S. Paulo*, 23/10/1998, p. 2).

a) O abandono do partido pelo eleito por ele é situação que não depende de maiores cuidados na sua apuração. Deixou o partido, depois de eleito, praticou a infidelidade, ao menos em tese, e haverá de submeter-se às consequências que o estatuto impõe em casos tais. Consequências de natureza disciplinar, como previstas no Estatuto ou no Código de Ética do partido, suas leis internas, tais como: desligamento temporário da bancada do partido, suspensão do direito de voto em reuniões internas da agremiação, enfim, tudo o que possa significar uma reprimenda com vistas a manter-se, tanto quanto possível na nossa cultura política deformada, a ordem, a disciplina e a fidelidade dentro da vida partidária. Mas não há falar-se em perda do mandato, por ora, em razão da infidelidade. A não ser que, ao lado de uma falta grave de parlamentar, ou de agente executivo, o fato se associe à prática da infidelidade a ensejar, ambas as práticas, pelo menos em tese, a perda do mandato. A perda do mandato, pela infidelidade, pura e simples, não encontra amparo em nosso sistema jurídico atual, diferentemente do que havia na Constituição de 1969, ainda ao tempo do regime militar. Agora, não. **José Afonso da Silva** lembra que “a Constituição não permite a perda do mandato por infidelidade partidária. Ao contrário, até o veda, quando, no artigo 15, declara vedada a cassação de direitos políticos, só admitidas a perda e a suspensão deles nos estritos casos indicados no mesmo artigo” (*Curso de direito constitucional positivo*, 9ª ed., Malheiros, p. 355). Esse preceito da nossa Lei Maior veio em contraposição ao da Carta dos Militares (1967-69) que permitia a cassação de mandatos eletivos e de direitos políticos. Agora, o parlamentar infiel (ou o titular de mandato executivo) pode sofrer punições de vários calibres, no âmbito partidário, mas não perderá seu mandato em razão da infidelidade. Isso significa

dizer que o texto da Constituição entregando aos partidos políticos o encargo de estabelecer normas de fidelidade acaba por ser inócuo. Em cuidadoso estudo sobre a fidelidade partidária, **Clèmerson Merlin Clève**, da Universidade Federal do Paraná, observa que “o instituto, a par de ser utilizado com moderação, de modo temperado, não pode desviar-se de sua finalidade, que é a manutenção da coesão partidária, para permitir a persecução de objetivos outros que não aqueles legítimos (desvio de finalidade). Nem pode, ademais, transformar o parlamentar em mero autômato, em boca sem vontade, destinado apenas a expressar, sem independência e violentando a consciência e a liberdade de convicção, as deliberações tomadas pelos órgãos partidários, nem sempre constituídos por titulares de mandatos conferidos pelo eleitorado” (*Fidelidade partidária*, Curitiba, Juruá, 1998, p. 26). A observação se ajusta tanto para os casos de abandono do partido, como de descumprimento de diretrizes estabelecidas pelos órgãos de direção partidária. Em verdade, estamos diante de um preceito constitucional que não opera efeitos, até mesmo em face da tolerância dos partidos políticos quanto à infidelidade explícita de seus representantes, tanto nos legislativos quanto nos executivos, ao abandonarem a legenda pela qual se elegeram.

Qual seria a punição para o retirante do partido pelo qual se elegeu? A perda do mandato? Quem a decreta? Essas indagações acabam por ficar sem resposta em razão da impossibilidade de providências concretas nesse sentido que dependem de expressa previsão constitucional e de lei específica. Pois, o Estatuto dos partidos não é lei e nem poderá impor a perda do mandato do infiel. Em primeiro lugar porque se ele deixou o partido, perde este competência para impor-lhe qualquer sanção, especialmente a perda do mandato. Em segundo lugar porque eventual perda de mandato, por tal fato, não é hipótese prevista em lei, menos ainda na Constituição. No âmbito municipal, de acordo com o em parte ainda vigente Decreto-Lei nº 201/67, não há no seu texto qualquer referência a respeito. Ademais, como se justificaria um pronunciamento de parlamentares municipais filiados a vários partidos políticos sobre conduta de um “infrator” ligado a uma outra agremiação? Nem competência ou legitimação para tanto teria a Câmara de Vereadores, como instituição político-constitucional. Imagine-se, então, que

ao Judiciário caberia a apreciação da matéria. Também não. Sem lei específica que regulamentasse a questão, não se pode admitir a interferência da justiça, ainda que por solicitação do partido político prejudicado pela deserção. Em resumo: a infidelidade partidária, consistente no abandono da legenda pela qual alguém tenha logrado eleger-se, permanece *letra morta* no texto constitucional, na medida em que, delegando aos partidos políticos o seu disciplinamento, não os municia convenientemente para tanto. O estatuto partidário, por si só, não é bastante para a tarefa. Observa o saudoso **José Bispo Sobrinho**, em seus comentários à lei dos partidos, que a autonomia conferida aos partidos, pela Constituição, “não é tão ampla assim, como parece à primeira vista”. E acrescenta: “As normas de disciplina partidária e as penalidades aos infratores podem ser estabelecidas, inclusive executadas quando for o caso. Porém, no âmbito do exercício da função partidária ou até mesmo pela falta para com os deveres partidários do filiado, nunca podendo atingir o mandato eletivo do representante do partido em qualquer Casa Legislativa”. E mais: “Embora o titular de mandato eletivo represente o partido político na Casa Legislativa, o mandato lhe foi outorgado pelo povo, de quem emana o poder nos termos da Constituição (art. 1º, parágrafo único). Portanto, qualquer agressão ao mandato eletivo, exercida no Legislativo ou no Executivo, somente é possível com previsão constitucional específica, nunca por lei infraconstitucional ou por qualquer outra norma estatutária”. E ainda complementa esse prestigiado estudioso do direito eleitoral e partidário: “Não significa que o titular de mandato eletivo não deva ser punido pelo partido político por infringir suas normas. Mas essa punição só tem sentido se for aplicada apenas no âmbito partidário, como advertência, suspensão, ou até expulsão do partido, de acordo com a gravidade da infração, garantido o direito de ampla defesa do infrator” (José Bispo Sobrinho, *Comentários à Lei dos Partidos Políticos*, DF, Brasília Jurídica, 1996, p. 64).

b) Descumprimento de diretrizes partidárias. É a outra hipótese de manifestação de infidelidade partidária. Além do programa do partido, registrado no TSE, cujas diretrizes são de cumprimento obrigatório pelos filiados, especialmente pelos titulares de mandatos eletivos, outras regras de conduta podem ser fixadas pelos órgãos de direção.

Entre estas, por exemplo, a votação em determinados assuntos que digam com a orientação até mesmo filosófica de normas programáticas ou estatutárias da agremiação partidária. Observe-se, por importante, que diante de determinada situação concreta, em que o partido assuma posição contrária a questão de natureza política, econômica, social, etc., ou favorável a ela, a diretriz deve ser fixada por meio de providências internas bem claras, previamente adotadas, de modo a não suscitar dúvida quer quanto ao tema, quer quanto à forma como foi ela tornada obrigatória. Assim, o partido, por meio de sua Comissão Executiva, ou de todo o Diretório ou de Convenção (municipal, regional ou nacional, conforme o caso e segundo previsão estatutária), deve convocar, por edital, reunião do órgão respectivo, com a finalidade de fixar diretrizes, com especificação clara de quais sejam elas e para que fim se destinam, de tudo dando conhecimento regular aos seus filiados e parlamentares, para cumprimento, sob pena de infração disciplinar, com todas as consequências daí decorrentes. Impossível, portanto, em nosso entender, que diretrizes sejam fixadas de improviso, em circuito interno do partido, sem divulgação, ao sabor de interesses de grupos e não com vistas ao interesse maior da agremiação e de parcela da própria sociedade que o partido representa, por intermédio de seus mandatários eleitos. Em assim não sendo, não se há de falar que tenham sido “legitimamente” estabelecidas, como

quer a Lei (art. 25 da Lei nº 9.096/95). É preciso atentar, também, para que diretrizes sejam fixadas em perfeita consonância com as normas programáticas e estatutárias. Ou seja, a ação parlamentar, especialmente ela, há de compatibilizar-se, sempre, com a doutrina, a filosofia, a própria orientação política do partido.

6. Conclusão

Os partidos políticos, segundo a Constituição de 1988 e a Lei que os disciplina (Lei nº 9.096/95), são pessoas jurídicas de direito privado. São órgãos que, embora de natureza privada, exercem função pública no processo eleitoral. Estão sujeitos, em sua atuação, ao controle do Poder Judiciário. A fidelidade partidária, sua apuração e o reconhecimento de sua importância na vida democrática, é matéria entregue aos próprios partidos (Constituição, art. 17, § 1º). Ela se manifesta especialmente sob dois aspectos: a) deixar o eleito o partido pelo qual foi diplomado; b) descumprir diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária. Os estatutos partidários devem incluir, obrigatoriamente, em seus textos, as regras para cumprimento da fidelidade partidária. Tão importante quanto a inclusão no Estatuto será o rigoroso cumprimento da obrigação da fidelidade, assim como a severa fiscalização dos partidos no que diz com esse fundamental dever que não apenas os prestigia, como também os faz respeitados perante a sociedade.



Associação dos Advogados de São Paulo
Rua Álvares Penteado, 151 • Centro
cep 01012-001 • São Paulo • SP
fone (+11) 3291 9200 • www.aasp.org.br