

REVISTA DO

ADVOGADO

 AAASP 75 *anos*

Nº 138 | JUN | 2018

DIREITO
POLÍTICO E
ELEITORAL





AASP
Associação dos Advogados
São Paulo | Desde 1943

REVISTA DO **ADVOGADO**

ANO XXVIII | Nº 138 | JUN | 2018

DIRETORIA

Presidente	Luiz Périssé Duarte Junior
Vice-Presidente	Renato José Cury
1ª Secretária	Viviane Girardi
2º Secretário	Rogério de Menezes Corigliano
1º Tesoureiro	Mário Luiz Oliveira da Costa
2º Tesoureiro	Eduardo Foz Mange
Diretora Cultural	Fátima Cristina Bonassa Bucker
Diretor Adjunto	André Almeida Garcia
Diretora Adjunta	Silvia Rodrigues Pereira Pachikoski

REVISTA DO ADVOGADO

Conselho Editorial: André Almeida Garcia, Antonio Carlos de Almeida Amendola, Eduardo Foz Mange, Elaine Cristina Beltran Camargo, Fátima Cristina Bonassa Bucker, Flávia Hellmeister Clito Fornaciari Dórea, José Alberto Clemente Junior, Juliana Vieira dos Santos, Luiz Périssé Duarte Junior, Mário Luiz Oliveira da Costa, Paula Lima Hyppolito dos Santos Oliveira, Pedro Ernesto Arruda Proto, Renata Mariz de Oliveira, Renato José Cury, Ricardo de Carvalho Aprigliano, Ricardo Pereira de Freitas Guimarães, Rodrigo Cesar Nabuco de Araujo, Rogério de Menezes Corigliano, Ruy Pereira Camilo Junior, Silvia Rodrigues Pereira Pachikoski e Viviane Girardi

Ex-Presidentes da AASP: Walfrido Prado Guimarães, Américo Marco Antonio, Paschoal Imperatriz, Theotonio Negrão, Roger de Carvalho Mange, Alexandre Thiollier, Luiz Geraldo Conceição Ferrari, Ruy Homem de Melo Lacerda, Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, Diwaldo Azevedo Sampaio, José de Castro Bigi, Sérgio Marques da Cruz, Mário Sérgio Duarte Garcia, Miguel Reale Júnior, Luiz Olavo Baptista, Rubens Ignácio de Souza Rodrigues, Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, José Roberto Batochio, Biasi Antonio Ruggiero, Carlos Augusto de Barros e Silva, Antonio de Souza Corrêa Meyer, Clito Fornaciari Júnior, Renato Luiz de Macedo Mange, Jayme Queiroz Lopes Filho, José Rogério Cruz e Tucci, Mário de Barros Duarte Garcia, Eduardo Pizarro Carnélos, Aloísio Lacerda Medeiros, José Roberto Pinheiro Franco, José Diogo Bastos Neto, Antonio Ruiz Filho, Sérgio Pinheiro Marçal, Marcio Kayatt, Fábio Ferreira de Oliveira, Arystóbulo de Oliveira Freitas, Sérgio Rosenthal, Leonardo Sica e Marcelo Vieira von Adamek

Diretor Responsável: Renato José Cury

Jornalista Responsável: Reinaldo Antonio De Maria (MTb 14.641)

Coordenação-Geral: Ana Luiza Távora Campi Barranco Dias

Capa: Karina M. V. Boas - AASP

Revisão: Elza Doring, Milena Bechara e Paulo Nishihara - AASP

Editoração Eletrônica: Altair Cruz - AASP

Administração e Redação: Rua Álvares Penteado, 151 - Centro - cep 01012 905 - São Paulo-SP
tel (11) 3291 9200 - www.aasp.org.br

Impressão: Rettec, artes gráficas

Tiragem: 84.100 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 2018 - 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. Pídese 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, 151 - Centro - cep 01012 905 - São Paulo-SP.

SUMÁRIO

- 5 Nota do Coordenador.
Geraldo Agosti Filho
- 7 Os caminhos da cidadania e do voto no Brasil, um panorama histórico.
José Antonio Dias Toffoli
- 21 Direito Político e Eleitoral.
Tarcisio Vieira de Carvalho Neto
- 31 Novos tempos, novos desafios... ou seriam velhos?
Ana Claudia Santano
- 40 A propaganda eleitoral antecipada.
Arthur Rollo
- 50 A controvérsia não equacionada.
Carlos Eduardo Frazão
- 63 Inelegibilidades e “desinelegibilidades” supervenientes.
Carlos Gonçalves Junior
- 73 Competência da Justiça Eleitoral para os crimes eleitorais e conexos.
Denise Provasi Vaz
Francisco Felipe Lebrão Agosti
Davi Szuvarcfuter
- 84 *Crowdfunding* nas eleições de 2018.
Fernando Neisser
Paula Bernardelli
- 93 Um convite à reflexão.
Geraldo Agosti Filho
- 96 Tratamento de dados pessoais e a propaganda eleitoral na internet.
Hélio Freitas de Carvalho da Silveira
Marcelo Santiago de Padua Andrade
- 106 A inelegibilidade por doações tidas por ilegais.
Henrique Neves da Silva
Fernando Neves da Silva
- 116 A tutela preventiva como instrumento capaz de garantir o devido processo eleitoral.
Juliana Rodrigues Freitas
Luiz Fernando Casagrande Pereira
- 130 Registro de candidatura.
Luis Gustavo Motta Severo da Silva
- 138 Inelegibilidade decorrente de desaprovação de contas públicas.
Orlando Moisés Fischer Pessuti
- 151 Candidatura sem partido, uma análise de constitucionalidade.
Ricardo Penteado
Francisco Octavio de Almeida Prado Filho
- 160 Combatendo as *fake news* no processo eleitoral.
Rodolfo Viana Pereira
Renê Moraes da Costa Braga
- 170 Ação por captação ou gastos ilícitos de recursos.
Sílvio Salata
Maria Silvia Madeira M. Salata
- 179 Eleições: direito à informação *versus* esquecimento.
Tais Gasparian
- 187 A autonomia partidária e as intervenções judiciais.
Vânia Aieta
Glauco Wamburg
- 194 Da inelegibilidade por rejeição de contas por parte de prefeitos municipais.
Walber de Moura Agra
Jéssica Maria Mendonça de Lima Melo

Nota do Coordenador

Geraldo Agosti Filho
Advogado.

Da bola de cera à urna eletrônica II.

A Associação dos Advogados de São Paulo honra-me pela segunda vez com a agradável incumbência de coordenar a edição desta *Revista do Advogado*; a primeira foi no ano de 2010, quando coordenei a *Revista do Advogado* nº 109.

Com esta publicação, a Associação dos Advogados de São Paulo dá ao Direito Eleitoral e Político uma publicação relevante, buscando contribuir firmemente para o aprimoramento do Estado de Direito no Brasil.

O processo eleitoral no Brasil nasce da tradição portuguesa de eleger os administradores dos povoados sob o domínio luso.

A primeira eleição de que se tem notícia ocorreu em 1532, para eleger o Conselho Municipal da Vila de São Vicente, município situado no litoral paulista. Inicialmente os votos eram depositados em bolas de cera chamadas de pelouros; depois vieram as urnas de madeira, as de ferro e as de lona. Até chegar aos dias de hoje, com o voto informatizado, realizado em urnas eletrônicas que possibilitam a apuração das eleições de forma quase imediata.

As próximas eleições gerais (presidente da República, 2/3 do Senado, deputados federais e deputados estaduais e distritais) serão realizadas em 7 de outubro, sob novas regras.

A transmissão pela televisão do julgamento da Ação Penal nº 470 ("Mensalão"), que tramitou pelo Supremo Tribunal Federal, seguida da divulgação por toda a imprensa da "Operação Lava Jato", que tramita na Vara Federal especializada em Curitiba, somadas ao *impeachment* do último presidente da República eleito, com o seu afastamento definitivo, e denúncias contra o atual presidente da República (vice-presidente eleito) são fatos que geraram forte indignação na sociedade e, por essa razão, exigiram alterações substantivas no processo eleitoral e partidário. As mudanças foram realizadas pelo Poder competente, o Congresso Nacional.

No romance de Giuseppe Lampedusa, *Il Gattopardo*, o príncipe Falconeri diz: "A não ser que nos salvemos, dando-nos as mãos agora, eles nos submeterão à República. Para que as coisas permaneçam iguais, é preciso que tudo mude".

O Congresso Nacional, como no romance, fez as alterações no processo eleitoral e partidário, mas, prevaleceu o *esprit de corps*, a mudança na legislação atendeu ao interesse dos atuais parlamentares, as alterações aprovadas dificultam a eleição dos novos candidatos.

Como exemplo da mudança das regras, alterou-se o prazo para a realização das convenções partidárias, esse fato acarretará o atraso do início da campanha eleitoral. A campanha eleitoral, no ano de 2014, iniciou-se no dia 6 de julho; para a próxima eleição, será a partir do dia 16 de agosto próximo. A propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão para a eleição de 2014 iniciou em 19 de agosto daquele ano; para esta eleição próxima, será em 31 de agosto. A transmissão obrigatória por emissoras de rádio e televisão da propaganda partidária foi suprimida. Essas mudanças, somadas ao fim da contribuição empresarial às campanhas eleitorais (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650) e à distribuição para os partidos políticos de verba pública denominada Fundo Especial de Financiamento de Campanha no valor de R\$ 1,7 bilhão de reais, por meio da cúpula dos partidos, são instrumentos que inviabilizam, de maneira legal, a renovação da representação do povo nas Casas Legislativas.

Esta revista apresenta aos eleitores 20 importantes e oportunos pensamentos a respeito do Direito Eleitoral e Político, e propõe uma reflexão crítica sobre o tema, podendo acrescentar um novo olhar diante de suas transformações.

Agradeço a todos que, de alguma maneira, colaboraram para a edição desta revista, especialmente os funcionários da AASP e os colaboradores que aqui trouxeram, com os seus escritos, ideias, pensamentos e reflexões sobre o Direito Eleitoral e Político.

Esta publicação é uma tribuna livre.

O

s caminhos da cidadania e do voto no Brasil, um panorama histórico.¹

José Antonio Dias Toffoli
Vice-presidente do Supremo Tribunal Federal.

Sumário

1. Introdução
 2. O voto no período colonial e no Império: impactos da reforma eleitoral realizada pela Lei Saraiva (1881)
 3. O voto na Primeira República e o Código Eleitoral de 1932
 4. O voto na Segunda República, a Lei Agamenon (1945) e o regime militar
 5. A Nova República: a Emenda Constitucional nº 25, de 1985, e a Constituição de 1988
 6. Considerações finais
- Bibliografia

1 Introdução

Nos termos do art. 14, *caput*, da Constituição de 1988, a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos. Nas palavras de nosso homenageado, ministro Celso de Mello – cuja atuação na Suprema Corte é marcada pela defesa, pela concretização e pela universalização dos ideais republicanos e dos direitos fundamentais –,

1. Este artigo foi originalmente publicado no livro *Reforma Política Brasil República: Em homenagem ao Ministro Celso de Mello* (PEREIRA, 2017, p. 67-87).

“a cláusula tutelar inscrita no art. 14, *caput*, da Constituição tem por destinatário específico e exclusivo o eleitor comum, no exercício das prerrogativas inerentes ao *status activae civitatis*” (ADI nº 1.057-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 20/4/1994, DJ de 6/4/2001).

A hora do voto é um daqueles raros momentos, se não o único, em que há a perfeita consumação do princípio da igualdade.

O voto, pois, é a manifestação da soberania e da vontade do povo, que, ao optar por determinado candidato, está, também, aderindo a determinada linha ideológica ou política governamental e, com isso, influenciando na formação da vontade do governo. Conforme salienta Jorge Miranda,

“o sufrágio é o direito político máximo, porque, através dele, os cidadãos escolhem os governantes e, assim, direta e indiretamente, as coordenadas principais de política do Estado (ou das entidades descentralizadas em que se situem)” (MIRANDA, 2007, p. 300-301).

A hora do voto é um daqueles raros momentos, se não o único, em que há a perfeita consumação do princípio da igualdade, sendo todos os cidadãos – ricos, pobres, de qualquer raça, opção sexual ou credo – formal e materialmente iguais entre si. São formalmente iguais, porque a Constituição Federal dá o direito de voto a todos os maiores de 16 anos, inclusive os analfabetos. E são materialmente iguais entre si, porque o voto de cada qual tem o mesmo valor. Mas nem sempre foi assim.

Em homenagem a nosso querido decano, ministro Celso de Mello, grande estudioso e admirador da História, seja da humanidade, do Direito, do Brasil ou do Supremo Tribunal Federal (STF), traço um panorama histórico do direito de voto no Brasil, desde o período colonial até os dias de

hoje, enfatizando as principais reformas eleitorais que trataram do tema, a fim de compreendermos as especificidades históricas de nosso país, marcado por momentos de exclusão e de inclusão dos eleitores, conforme sua classe social, renda, gênero, idade, escolaridade, dentre outros critérios de distinção, até chegarmos ao momento atual do sufrágio universal, previsto na Constituição de 1988.

Em períodos de grandes abstenções nas eleições – segundo dados do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), o número de eleitores que não compareceram às urnas no primeiro turno das eleições de 2016 para prefeito, somado aos dos que votaram em branco ou anularam o voto, foi de aproximadamente 40,3 milhões de pessoas (27,9% do eleitorado apto) –, vale a pena fazer uma retrospectiva das importantes lutas que marcaram a conquista do direito de voto no Brasil, pois ela representa a busca no aprimoramento de nossa representação política e da necessária participação cidadã.

2 O voto no período colonial e no Império: impactos da reforma eleitoral realizada pela Lei Saraiva (1881)

Desde o período colonial, já havia nas primeiras vilas e cidades uma tradição democrática expressa no direito do voto. As eleições eram reguladas pelas Ordenações do Reino e tinham caráter estritamente local. O sufrágio era universal, não havendo qualificações prévias (FERREIRA, 2001, p. 45), e o povo elegia os eleitores, os quais escolhiam, entre os “homens bons”,² os juizes, os vereadores e os procuradores.

Em 1821, foram realizadas as primeiras eleições gerais, regidas pelo Decreto de 7 de março de 1821, que adotava o método estabelecido na Cons-

2. Segundo Jairo Nicolau, “O homem bom precisava preencher certos requisitos: ter mais de 25 anos, ser católico, casado ou emancipado, ter cabedal (ser proprietário de terra) e não possuir ‘impureza de sangue’” (NICOLAU, 2012, p. 13).

tuição Espanhola de Cádiz (1812), inspirada na Constituição Revolucionária Francesa (1791). Tratava-se da eleição dos representantes do povo brasileiro nas Cortes de Lisboa e “o povo votava em massa, inclusive os analfabetos, não havendo qualquer restrição ao voto” (FERREIRA, 2001, p. 101).

Em 19 de junho de 1822, José Bonifácio de Andrada e Silva expede a Decisão nº 57 do Reino – considerada a primeira lei eleitoral brasileira –, estabelecendo as instruções das eleições indiretas em dois graus para a Assembleia Geral Constituinte de 1823. Na eleição de primeiro grau, para votar, era necessário ser casado ou ter a idade mínima de 20 anos, excluídos os assalariados (exceto os guarda-livros e primeiros caixeiros de casas de comércio, os criados da Casa Real que não fossem de galão branco, e os administradores de fazendas rurais e fábricas) e os mendigos. Já para ser eleitor

de segundo grau (aqueles que escolhiam os parlamentares), exigia-se idade mínima de 25 anos e “ser homem probo e honrado, de bom entendimento, sem nenhuma sombra de suspeita e inimizade à Causa do Brasil, e de decente subsistência por emprego, ou indústria, ou bens” (Capítulo II, Item 6, Decisão nº 57 do Reino). O voto passava a se assentar sobre bases econômicas, sendo privilégio daqueles mais abastados, como os proprietários de terras ou os altos assalariados.

Ressalte-se que, nas eleições para os cargos da administração municipal, “votavam apenas os **homens bons**, a nobreza, como se chamavam os proprietários” (PRADO JÚNIOR, 1999, p. 30). Nesse período, o poder da Coroa fazia-se presente, perante o vasto território brasileiro, a partir da aliança com os proprietários rurais, por meio das câmaras municipais. A clássica obra de Carneiro Maia é recheada de bons exemplos, os quais demonstram esse prestígio das câmaras municipais perante a Coroa.³ Isso porque a economia da Colônia e, em consequência, o poder político encontravam-se nos grandes proprietários rurais, e eles definiam e dominavam o sistema eleitoral vigente. Eis aqui a origem da força das nossas elites locais.

A força das municipalidades brasileiras e seu protagonismo ficaram ainda mais destacados por ocasião da independência e da outorga da Constituição de 1824, que foi ratificada pelas câmaras municipais. As vilas e cidades foram alçadas a “interlocutoras válidas a exprimirem a vontade de uma nação que ainda não havia encontrado formas superiores de manifestação” (BASTOS, 1988, p. 216).

A respeito da Carta de 1824, em artigo publicado na *Folha de S. Paulo*, já tive a oportunidade de escrever:

“Elaborada após o encerramento da assembleia constituinte de 1823, a Constituição imperial foi a resposta possível a um clima de impasse. De um lado, liberais escravagistas eram também defensores do federalismo com um poder central fraco.

3. Conforme descreve o autor: “as camaras mais adiantadas começaram a intervir nos negocios publicos com certa energia constituindo-se guardas da lei e do direito dos povos, muitas vezes em antagonismo com a autoridade dos proprios governadores. Já em 1556 a da Bahia tinha dado um exemplo de independencia, recusando a uma fidalga protegida dos governadores a posse da ilha de Itaparica, que[,] com quanto tivesse obtido de sesmaria, não a cultivara por si nem por seus herdeiros, como dispunha o Regimento.

Nesse mesmo anno, alliando-se ao clero e ao povo espezinhadados pelo governo de D. Duarte da Costa e tropelias de seu filho D. Alvaro, mancebo imprudente e de máus costumes, dirigiu à Côrte representações energicas, enviando para ali um procurador da cidade, e instando pela demissão do governador geral, que afinal veio a ser substituído por Mem de Sá.

Pouco depois, a rainha Catharina, de Portugal, endereçava a essa mesma camara em termos benevolos uma carta soccorrendo-se de sua influencia para auxiliar os padres da companhia na conversão dos indios. Sempre solicita pela liberdade dos povos, mais tarde propoz ainda a referida camara ao governo da Côrte, bem que não fosse attendida, a conveniencia de reduzir-se a quantia da alçada do Ouvidor geral, e de passar-se esta para um tribunal presidido pelo governador, e do qual faria parte a mesma camara.

Pelo que deixa ver o Sr. Varnhagen parece também que a camara da Bahia não annuiu á aclamação de Phelipe II, quando em 1580 Portugal passou ao dominio da Hespanha, visto ter-se effectuado aquelle acto sem a formalidade do julgamento, que só em 1582 teve lugar perante a mesma câmara por insistencias da Côrte.

Por fallecimento do governador Lourenço da Veiga em 1581 foi aquella mesma camara que, providenciando ácerca de sua successão, tomou a si, juntamente com o bispo e o Ouvidor geral, o espinhoso encargo de dirigir interinamente o governo do paiz” (MAIA, 1883, p. 36-37).

De outro, conservadores – muitos deles antiescravagistas, como José Bonifácio de Andrada – eram favoráveis a uma monarquia centralizada, a única resposta contra os movimentos separatistas que mostrariam suas garras no período da Regência.

Um exemplo desse equilíbrio paralisante está na escravidão, que se manteve no Brasil a despeito de não figurar no texto constitucional.

Apesar de sua origem autocrática, foi a Constituição votada em todas as Câmaras Municipais brasileiras, como bem recorda Paulo Bonavides [...].

A respeito dos direitos políticos, a Constituição de 1824 manteve o sistema de voto indireto em dois graus. Podiam votar e escolher os eleitores os homens com pelo menos 25 anos de idade e com renda mínima de 100 mil réis por ano. Já para ser eleitor, a renda anual mínima era de 200 mil réis.⁴

Durante o Império, as mulheres não tinham direito ao voto e os escravos não eram considerados cidadãos. No entanto, permitia-se que os analfabetos votassem, ora com autorização expressa da legislação, ora com autorização indireta, permitindo-se a ausência de assinatura nas cédulas ou que elas fossem assinadas por outrem. Conjugava-se o voto censitário, baseado na renda, com o voto dos analfabetos, o que possibilitava uma maior participação política.

Segundo análise de José Murilo de Carvalho, “[p]ara os padrões da época, a legislação brasileira era muito liberal” (CARVALHO, 2001, p. 29), uma vez que a renda exigida era considerada baixa, permitindo que a maioria da população brasileira trabalhadora votasse. Conforme aponta o autor, “de acordo com o censo de 1872, 13% da população total, excluídos os escravos, votavam” (idem, p. 31).

Nesse período, as eleições eram uma disputa pelo domínio político local e o voto, um ato de obediência forçada ou de lealdade ou gratidão. Vários eram os especialistas em burlar as eleições: o cabalista fornecia as provas para a comprovação da renda legal exigida; o fósforo fazia-se passar

pelo eleitor fictício; e o capanga eleitoral era o responsável pela proteção dos partidários e pela ameaça e pelo amedrontamento dos adversários (idem, p. 34). Era o tempo das “eleições a bico de pena”, nas quais se incluíam nas atas fraudulentas até mesmo os votos de eleitores falecidos ou fictícios.

As primeiras eleições gerais no Brasil transcorreram sem a interferência de partidos políticos. Durante o Brasil Colônia, a ideia mais próxima de posições partidárias – embora os grupos políticos mais se aproximassem de simples facções, para usar a expressão de Afonso Arinos – se configurava no debate entre o grupo republicano, defensor da independência, e o dos corcundas, portugueses regressistas.

Relativamente ao período imperial, afirma Samuel Dal-Farra Napolini que, nos primeiros anos de sua vida independente, a nação brasileira não conhecia partidos propriamente ditos (NASPOLINI, 2006, p. 136). Foi durante o período regencial (1831-1840), em razão da ausência temporária do Poder Moderador, que surgiram, com força, as primeiras tendências de opinião relativamente estáveis:

“[...] os restauradores unir-se-iam paulatinamente à ala moderada do pensamento liberal brasileiro (regressistas), advogando sobretudo a centralização do poder no Rio de Janeiro, enquanto uma maior autonomia para as províncias e uma interpretação ampliada das liberdades públicas reconhecidas pela Constituição de 1824 eram princípios defendidos pela corrente oposta, a dos liberais autênticos” (idem, p. 137).

Desses grupos surgem os dois grandes partidos do Império, os partidos Conservador e Liberal, que divergiam, sobretudo, em relação ao grau de centralização política do Império e ao poder deferido às províncias. Note-se, a propósito, que,

4. O Decreto nº 484, de 25 de novembro de 1846, atualizou os valores para 200 e 400 mil réis, respectivamente.

durante a monarquia parlamentarista do segundo reinado (1840-1889) – um período de grande instabilidade política –, se sucederam 37 gabinetes diferentes (FERRAZ, 2012, p. 12).

O voto indireto – adotado no Brasil desde 1821 – estava em discussão, tendo sido superado na França (1831), na Espanha (1837) e em Portugal (1838). Após dez anos de poder dos conservadores, D. Pedro II incumbiu o Partido Liberal, que sempre sustentara a adoção das eleições diretas, da responsabilidade pela reforma eleitoral. Para tanto, escolheu, em 1878, o liberal Visconde de Sinimbu para a Presidência do Conselho de Ministros. O ministério de Sinimbu, no entanto, foi dissolvido em razão do impasse a respeito da forma como se realizaria a reforma eleitoral, se por lei ordinária ou por reforma à Constituição de 1824, a qual poderia colocar em risco a monarquia.

A Lei Saraiva é considerada o embrião da criação da Justiça Eleitoral.

Com a saída de Sinimbu, foi escolhido outro liberal, José Antônio Saraiva, que, mantendo o fundamento da eleição direta, decidiu fazer a reforma por lei, e não por emenda constitucional. Para redigir o projeto, convidou o então deputado Rui Barbosa. Demonstrando-se um político bastante habilidoso, José Antônio Saraiva conseguiu aprovar o Decreto nº 3.029, de 9 de janeiro de 1881, que ficou conhecido como Lei Saraiva.

Com a edição da referida lei, adotou-se, pela primeira vez, o voto direto no Brasil – uma vitória dos liberais. Implementou-se, ainda, relevante mudança no processo de alistamento dos eleitores, transferindo-se a responsabilidade para a realização do cadastro dos eleitores das juntas paroquiais para os juízes. A Lei Saraiva é, por isso, considerada o embrião da criação da Justiça

Eleitoral, tendo em vista que inseriu, ainda que de forma tímida, a participação de magistrados no pleito eleitoral.

Em contrapartida, os analfabetos foram proibidos de se alistar como eleitores, dos quais se exigia que tivessem uma renda de pelo menos 200 mil réis, sendo bastante rígidos os critérios de comprovação de renda. A partir da Lei Saraiva, estabeleceu-se o que Rui Barbosa chamou de “censo literário”, excluindo-se, pela primeira vez na história eleitoral do Brasil, os analfabetos do sufrágio. Assim, estabeleceu a lei:

“Art. 8º - No primeiro dia útil do mez de Setembro de 1882, e de então em diante todos os annos em igual dia, se procederá á revisão do alistamento geral dos eleitores, em todo o Imperio, sómente para os seguintes fins: [...]

II - De serem incluídos no dito alistamento os cidadãos que requererem e provarem ter adquirido as qualidades de eleitor da conformidade com esta lei, e souberem ler e escrever.

§ 1º - A prova de haver o cidadão atingido a idade legal será feita por meio da competente certidão; e a de saber ler e escrever pela lettra e assignatura do cidadão que requerer a sua inclusão no alistamento, uma vez que a lettra e firma estejam reconhecidas por tabellião no requerimento que para este fim dirigir”.

Como se vê, o projeto não proibiu, de imediato, os analfabetos de votar, ficando impedidos a partir da revisão do alistamento que aconteceria em 1882.

A restrição, na verdade, era uma concessão necessária à garantia da aprovação das eleições diretas (GRAHAM, 1997, p. 255). O excesso de participação popular e o crescimento do movimento abolicionista começavam a preocupar. A elite rural temia o crescente número de libertos com direitos políticos. Para haver eleições diretas, era importante “reduzir o eleitorado à sua parte mais educada, mais rica e, portanto, mais independente” (CARVALHO, 2001, p. 36). Segundo o

censo realizado, em 1872, “apenas 17% da população sabia ler e escrever” (NICOLAU, 2012, p. 60).

Segundo se observa nos debates legislativos da época, a qualificação dos eleitores era uma forma de se promover a lisura das eleições. Nas palavras do parecer da comissão encarregada de examinar o projeto da reforma eleitoral, a participação “de uma massa de cidadãos mais fracos e menos civilizados, fez progressivamente baixar o nível da capacidade do corpo eleitoral” (Câmara, anais, sessão de 25/5/1880, p. 234).

Reagiram à reforma os deputados liberais José Bonifácio, o Moço, e Joaquim Nabuco. Para Nabuco, o projeto queria “não alargar o voto, não reformar a Constituição no sentido liberal, mas no sentido reacionário, tirando dos seus alicerces a primeira pedra das nossas liberdades. E para quê? Para constituir-se uma aristocracia!” (NABUCO, 1983, p. 108). No mesmo sentido, Bonifácio protestava que, “[a]o passo que em todo o mundo civilizado a democracia celebra as suas festas populares pelo alargamento do voto, que tende a tornar-se universal”, no Brasil, “queremos celebrar as nossas, condenando ao ilotismo político a máxima parte da população de um país livre” (ANDRADA E SILVA, 1978, p. 68).

Já Rui Barbosa, autor do projeto, defendia a cláusula de saber ler e escrever como justa, útil, civilizadora e, sobretudo, liberal (BARBOSA, 1943, p. 238). Eis a defesa dos legisladores às restrições:

“Sr. Teodoro Souto: [...] o voto deve pertencer sómente aquelles que têm uma certa somma de conhecimento, de ilustração, assim como de independência para exercê-lo. [...] A ignorância é um obstáculo que cada um póde vencer, e da obrigatoriedade e gratuidade do ensino primário resulta para o estado o direito inauferível de privar o voto do analfabeto.

Sr. Rui Barbosa: [...] Eis o que o projecto arreda. Não é o elemento trabalho, o elemento probidade, o elemento povo; é o elemento arbítrio, o elemento corrupção, o elemento phosphoro” (Câmara, anais, sessão de 19/6/1880, p. 36-37).

Conquanto a Lei Saraiva seja aclamada como democrática e como uma grande vitória do escla-recimento e da liberdade (GRAHAM, 1997, p. 242) ao adotar o voto direto no Brasil, caminhou, por outro lado, em sentido inverso ao da tendência mundial da época. Nas palavras de Raymundo Faoro, “o povo se manifestaria diretamente, mas não todo o povo, senão o apto a representar o país, pelos rendimentos, cultura e propriedade” (FAORO, 2001, p. 429). Na década de 1870, países como a França, os Estados Unidos, a Dinamarca, o Canadá e a Alemanha já haviam adotado o sufrágio universal masculino (NICOLAU, 2012, p. 32).

Com a exclusão dos analfabetos e critérios mais rígidos e detalhados de comprovação da renda, “em 1886, votaram nas eleições parlamentares pouco mais de 100 mil eleitores, ou 0,8% da população total. Houve um corte de quase 90% do eleitorado” (CARVALHO, 2001, p. 39).

Essa restrição teve efeito duradouro: a vedação do sufrágio pelos iletrados só deixou de existir mais de cem anos depois.

Como bem aponta Richard Graham, “[p]or trás de todas essas discussões, assomava o medo do fim iminente da escravidão” (GRAHAM, 1997, p. 253). Não podemos esquecer que, no período colonial e no Império, o acordo tácito entre a monarquia e os escravocratas, com a criação do Exército nacional, garantiu a unidade e a paz nacionais, mantendo a unidade da América portuguesa. Os escravos – força de trabalho do país – não votavam e não eram considerados cidadãos. No entanto, no final do Império, com o avanço dos movimentos abolicionistas, a liberdade dos escravos era iminente. A proibição do comércio de escravos africanos, em 1850, e a sanção, em 1871, da Lei do Ventre Livre já apontavam para isso. Com a conquista do voto direto, era preciso, urgentemente, excluir “a massa dos cidadãos fracos e não civilizados”. Coincidência? Sete anos depois da Lei Saraiva (1881) e a proibição do voto dos iletrados, foi abolida a escravidão no Brasil (1888). Após a abolição, vem a queda do Império (1889).

3 O voto na Primeira República e o Código Eleitoral de 1932

Com a República, os principais cargos de poder do país passaram a ser eleitos diretamente pelo povo. O Decreto nº 6, de 19 de novembro de 1889, do governo provisório de Deodoro da Fonseca, aboliu o voto censitário (“censo pecuniário”), mas o direito de voto era assegurado apenas aos homens maiores de 21 anos que soubessem ler e escrever. Permaneciam excluídos os analfabetos, as mulheres e os mendigos.

Com essas restrições, acrescidas ao fato de o alistamento e o voto não serem obrigatórios, as eleições durante a Primeira República (1889-1930) tiveram baixa taxa de comparecimento. Nas eleições de 1894, para presidente da República, votaram 2,2% da população (CARVALHO, 2001, p. 40). Em 1912, para a Câmara dos Deputados, o comparecimento foi de 2,6% (NICOLAU, 2002, p. 35). Na eleição para a Presidência da Primeira República em 1930, 5,6% da população foi às urnas (CARVALHO, 2001, p. 40).

Com a República, os principais cargos de poder do país passaram a ser eleitos diretamente pelo povo.

Sobressai, nesse período, conforme retratado por Victor Nunes Leal, a chamada “política dos governadores”, cujo elo primário era a “política dos coronéis”. Com o coronelismo, e seu inerente sistema de reciprocidade, dá-se a manipulação do voto pelos chefes locais, em torno dos quais se arregimentavam as oligarquias locais. Ainda estavam presentes os cabalistas, os fósforos, os capangas e as “eleições a bico de pena”.

Com o “voto a descoberto”, o eleitor apresentava duas cédulas eleitorais, as quais eram assinadas perante a mesa eleitoral e, depois, datadas e rubri-

cadas pelos mesários. Uma cédula era depositada na urna e a outra ficava em poder do eleitor. Com isso, as lideranças tinham um controle absoluto do voto dos eleitores, pois bastava exigir a cédula como prova do voto dado.

Surgiu, contudo, na República Velha, a chamada “política do café com leite”, resultado da aliança entre as elites oligárquicas dos Estados de São Paulo e de Minas Gerais, a qual tinha como base o “coronelismo”, que se manifestava, nas eleições, na forma do “voto de cabresto”.

Paralelamente, em 1922, houve a Revolta dos 18 do Forte de Copacabana, a primeira revolta tenentista. Durante a Revolta Paulista de 1924 – outro movimento tenentista –, a cidade de São Paulo, quando Artur Bernardes governava sob estado de sítio, foi bombardeada pela força aérea do Exército brasileiro, em um contexto em que a força militar de São Paulo era similar à do Exército nacional. A força militar derrotada uniu-se aos oficiais gaúchos comandados por Luís Carlos Prestes, dando início ao movimento da Coluna Prestes, que reuniu todo esse movimento tenentista que pregava a volta de um poder central mais forte, uma reforma política eleitoral e a criação de uma Justiça Eleitoral. Posteriormente, em meados de 1930, Luís Carlos Prestes aderiu ao Partido Comunista.

Em março de 1930, elege-se um paulista para presidente da República, Júlio Prestes. São Paulo insistiu em um candidato paulista para substituir Washington Luís, “paulista” de Macaé (RJ), quebrando o acordo entre as elites mineira e paulista. O candidato da oposição, Getúlio Vargas, à frente da Aliança Liberal, com o apoio dos “tenentes” das revoltas de 1922 e 1924, comandou o movimento armado composto de civis e militares dos Estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Paraíba, que ficou conhecido como a Revolução de 1930. Esse movimento culminou com a deposição de Washington Luís – que se recusou a renunciar, sendo preso e deportado para a Europa – e com o

impedimento da posse de Júlio Prestes, assumindo Getúlio Vargas o governo provisório.

Com a Revolução de 1930, ganhou força a voz de Assis Brasil, que, desde 1893, já defendia a busca pela “verdade do voto” e pela “verdadeira representação”, visando a conferir maior legitimidade aos resultados das eleições e a expurgar do processo eleitoral as práticas deletérias da velha política oligárquica brasileira. No Manifesto da Aliança Libertadora do Rio Grande do Sul ao País, Assis Brasil bem resumiu o caos do processo eleitoral na época:

“Ninguém tem certeza de ser alistado eleitor;

Ninguém tem certeza de votar, se porventura foi alistado;

Ninguém tem certeza de que lhe contem o voto, se porventura votou;

Ninguém tem certeza de que esse voto, mesmo depois de contado, seja respeitado na apuração da apuração, no chamado terceiro escrutínio [...]” (ASSIS BRASIL, 1983, p. 312).

Conforme asseverado na Exposição de Motivos da Subcomissão Legislativa, que preparava o projeto do Código Eleitoral (CE), formada por Assis Brasil, João Crisóstomo da Rocha Cabral e Mário Pinto Silva, havia uma

“aspiração geral no Brasil de se arrancar o processo eleitoral, ao mesmo tempo, do arbítrio dos governos e da influência conspurcadora do caciquismo local” (PORTO, 1989, p. 234).

Assim, como resultado da Revolução de 1930, durante o governo provisório, foi editado o CE (Decreto nº 21.076, de 1932), o qual trouxe uma série de mudanças no processo eleitoral, como o voto secreto, o direito de voto das mulheres, a obrigatoriedade do alistamento e do voto e o primeiro modelo de representação proporcional do país. Foi criada, ainda, a Justiça Eleitoral, que passou a ser o órgão da nação responsável pela organização, pela fiscalização e pelo julgamento das eleições.⁵ Uma nota, aqui, para uma particularidade da nação brasileira: são pouquíssimas as nações no mundo que

deferem ao Poder Judiciário a organização e a administração do processo eleitoral. Na grande maioria dos países, a organização das eleições compete a órgãos estatais que atuam como uma agência reguladora ou ao Legislativo, ou, ainda, ao próprio Poder Executivo.

Uma garantia histórica do CE de 1932 foi o direito de voto às mulheres, embora esse não fosse obrigatório. Nos termos do art. 2º do Código, “[é] eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma deste Código”. Ainda estavam excluídos os mendigos, os analfabetos e os praças de pré (art. 4º).

O debate a respeito do voto feminino iniciou-se, em verdade, na Constituinte de 1891, mas a ideia encontrou forte resistência. Foram apresentados projetos de lei em 1917 e em 1919 também com o intuito de instituir o sufrágio feminino, os quais não lograram êxito.

Clóvis Bevilacqua, por exemplo, defendia que a mulher era cidadã brasileira e que, quando a Constituição de 1891 declarava, no art. 70, serem eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistassem na forma da lei, ela estava abrangendo o homem e a mulher. Segundo o grande jurista cearense,

“se a Constituição quisesse excluir a mulher dos direitos conferidos pelo art. 70, princípio, tê-la-ia incluído nas exclusões constantes do § 1º. Não o

5. O desenho da Justiça Eleitoral constituiu peculiar e criativo sistema de controle das eleições, conjugando a tecnicidade e a imparcialidade do Judiciário com a temporariedade do exercício da função eleitoral. Embora permanente a instituição, ela não tem quadro próprio. Seus magistrados não passam de quatro anos consecutivos no exercício da função eleitoral e, assim, não atuam sucessivamente em duas eleições para os mesmos cargos. Esse prazo tão curto faz com que haja uma oxigenação na Justiça Eleitoral, evitando-se relações políticas ilegítimas. Essa fluidez de comando é extremamente relevante e importante e – penso – o grande segredo do bom funcionamento da Justiça Eleitoral no Brasil. Por exemplo: eu atuei como presidente do TSE nas eleições de 2014 e o ministro Gilmar Mendes nas eleições de 2016. Assim, jamais duas eleições consecutivas são presididas pelo mesmo magistrado no Brasil. Como já ressaltava Fávila Ribeiro, esse modelo institucional da Justiça Eleitoral é eficiente medida de sabedoria política de nosso país e dos nossos legisladores (RIBEIRO, 1988, p. 157).

fez; logo, está ela compreendida no princípio da cláusula” (PORTO, 1989, p. 215).

Com efeito, na década de 1920, o Poder Judiciário já garantia, em ações judiciais, a inclusão de mulheres na lista geral de eleitores, tendo garantido, inclusive, na época, a candidatura de uma mulher.

No plano estadual, em 1927, o Estado do Rio Grande do Norte partiu na frente e concedeu, por lei, o direito de voto às mulheres. A primeira mulher, com base nessa disposição legal, a ser incluída na lista geral de eleitores foi Celina Guimarães Viana, professora da Escola Normal de Mossoró (idem, p. 216). Também no Rio Grande do Norte foi eleita a primeira prefeita do Brasil, Alzira Soriano, que, em 1928, se elegeu prefeita da cidade de Lages.

Na América Latina, o Brasil foi o segundo a reconhecer esse direito, após o Equador (1929), e o fez antes de países como a França (1944), a Itália (1946) e a Bélgica (1948) (NICOLAU, 2002, p. 37-38).

Interessante a seguinte observação de Jairo Nicolau (2012, p. 76):

“as duas decisões mais importantes para a ampliação do sufrágio no Brasil – o fim do voto censitário (1889) e o voto feminino (1932) – decorreram de decretos expedidos por governos provisórios e não de deliberações tomadas pelo Legislativo”.

Com efeito, tanto em 1891 como em 1932 governos provisórios realizaram, por decreto, importantes reformas político-eleitorais no país, com profundas alterações no direito de voto.

Permaneceram excluídos do processo eleitoral, no entanto, os analfabetos, sob a seguinte justificativa de João C. da Rocha Cabral, um dos redatores do Código:

“São óbvios os motivos pelos quais devemos manter a exclusão dos analfabetos do exercício do voto. Eles não poderão expressá-los como quer a ciência e a técnicas eleitorais. Admiti-los seria que-

brar os princípios fundamentais do sigilo e, portanto, a liberdade do voto” (NICOLAU, 2012, p. 77).

A Constituição de 1934 manteve as conquistas do CE e seguiu com a orientação de ampliar a participação política, reduzindo a idade mínima do eleitor de 21 para 18 anos. Além disso, tornou obrigatório o voto para as mulheres que exercessem função pública remunerada.

As eleições de 1933, organizadas pelo recém-criado Tribunal Superior de Justiça Eleitoral, foram aclamadas como “eleições verdadeiras”, mas o contingente de adultos cadastrados para votar ainda foi baixo: 3,9% da população (1,438 milhão, em uma população de 36,974 milhões) (NICOLAU, 2002, p. 38). Já nas eleições do ano seguinte (1934), houve uma ampliação significativa do número de eleitores inscritos, chegando a 2,66 milhões de eleitores, o que equivalia a 7% da população (NICOLAU, 2012, p. 80).

Em 1937, com a desculpa do risco de vingar no Brasil ou o comunismo ou o integralismo, Getúlio Vargas decreta o Estado Novo, interrompendo-se a incipiente experiência democrática da década de 1930. Foram dissolvidos os partidos políticos e fechados o Congresso Nacional e a Justiça Eleitoral. Onze anos passariam sem eleições no Brasil. Como ressalta Jairo Nicolau, “foi o período mais longo, desde a Independência, sem eleições para a Câmara dos Deputados” (NICOLAU, 2002, p. 42-43).

4 O voto na Segunda República, a Lei Agamenon (1945) e o regime militar

Em maio de 1945, chegavam ao fim o regime do Estado Novo e a ditadura implantada por Vargas. O Decreto-Lei nº 7.586, de 28 de maio de 1945 – que, por ter no ministro da Justiça, Agamenon Magalhães, um dos seus idealizadores, ficou conhecido como a “Lei Agamenon” –, fixou o dia 2 de dezembro do mesmo ano para a realização das eleições para presidente da República e para

o novo Congresso Nacional. O voto passou a ser obrigatório para os brasileiros alfabetizados de qualquer sexo maiores de 18 anos.

A Lei Agamenon restabeleceu, ainda, a Justiça Eleitoral em nosso país e exigiu dos partidos políticos a organização e a atuação em âmbito nacional, pondo fim, além disso, às candidaturas avulsas. A partir de então, os partidos políticos passaram a ser intermediários exclusivos entre a soberania popular e o exercício do mandato eletivo. Apenas 72 horas após a sanção e a promulgação da Lei Agamenon, no dia 1º de junho de 1945, o TSE instalou-se e iniciou seus trabalhos no Palácio Monroe (antiga sede do Senado da República), sob a presidência do ministro José Linhares, também presidente do STF.

Reinstalada, a Justiça Eleitoral organizou em seis meses uma eleição geral, desde o cadastramento do eleitor, que já não mais existia, em razão do período ditatorial do Estado Novo, até a instituição das mesas, o preparo de toda a regulamentação das eleições, o cômputo dos votos e a declaração dos eleitos.

Diante das dúvidas suscitadas em representação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e em consulta formulada pelo Partido Social Democrático (PSD) acerca da extensão dos poderes do Congresso a ser eleito, o TSE editou a Resolução nº 215, de 2 de outubro de 1945, cujo relator foi o ministro Antônio Sampaio Dória, dispondo o seguinte:

“O Parlamento Nacional, a ser eleito em 2 de dezembro de 1945, além de suas funções ordinárias, terá poderes constituintes, apenas, sujeito aos limites que ele mesmo prescrever”.

Diante da renúncia de Getúlio Vargas, no final de outubro de 1945, o ministro José Linhares – presidente do STF e do TSE – assumiu a Presidência da República e permaneceu no cargo até 31 de janeiro do ano seguinte. Em 12 de novembro de 1945, para afastar de vez as dúvidas sobre os poderes do Congresso Constituinte, José Linhares editou a Lei Constitucional nº 13, estabelecendo

que os representantes eleitos para a Câmara dos Deputados e para o Senado Federal teriam poderes ilimitados para votar a Constituição do Brasil, e a Lei Constitucional nº 15, de 26 de novembro de 1945, segundo a qual o Congresso Nacional teria poderes ilimitados para elaborar e promulgar a Constituição do país.

Durante o regime militar, o presidente da República e os governadores eram eleitos indiretamente.

No dia 2 de dezembro de 1945, o país pôde novamente ir às urnas e elegeu o presidente da República e o Congresso Constituinte de 1946 – um grande marco da democracia no Brasil. Pela primeira vez, 13,4% da população votou, ultrapassando-se a vetusta participação eleitoral de 1872, antes da Lei Saraiva. Esse contínuo crescimento do número de eleitores também ocorreu nas eleições de 1950 (15,9%), de 1960 (18%) e 1962 (26%) (CARVALHO, 2001, p. 146).

Mas a experiência democrática, mais uma vez, foi seguida de um período de exceção, a partir de 1964. Durante o regime militar, o presidente da República e os governadores eram eleitos indiretamente. Foram realizadas seis eleições indiretas para presidente da República (1964-1985), as três primeiras pelo Congresso Nacional (1964 – Castello Branco; 1966 – Costa e Silva; 1969 – Garrastazu Médici) e as três seguintes pelo colégio eleitoral composto de deputados federais, senadores e de delegados eleitos pelas Assembleias Legislativas dos Estados (1974 – Ernesto Geisel; 1978 – João Baptista de Oliveira Figueiredo e 1985 – Tancredo Neves).

Foram mantidas as eleições diretas para os Legislativos federal e estaduais e para os executivos municipais, exceto para as capitais. Os prefeitos das capitais eram nomeados pelos governadores,

com o assentimento da Assembleia Legislativa. Durante a presidência de Costa e Silva, foi sancionada a Lei nº 5.449, de 4 de junho de 1968, declarando 68 municípios (até o final do regime militar, foram mais 25 municípios) como de interesse nacional (NICOLAU, 2012, p. 109). Esses municípios ficavam, principalmente, em áreas de fronteira ou em cidades estratégicas, como, por exemplo, Santos e São Sebastião (em razão dos portos), Duque de Caxias (área militar com a refinaria da Petrobras) e Angra dos Reis (por causa das usinas nucleares). Nos municípios de interesse nacional, os prefeitos eram nomeados pelo governador do Estado, mediante prévia aprovação do presidente da República.

Curiosamente, permaneceu a tendência de crescimento do eleitorado iniciada em 1945 (CARVALHO, 2001, p. 167). Segundo José Murilo de Carvalho, “em 1960, nas eleições presidenciais, votaram 12,5 milhões de eleitores; nas eleições senatoriais de 1970 votaram 22,4 milhões; nas de 1982, 48,7 milhões” (idem, p. 167). Ressalte-se que, em julho de 1965, foi aprovado um novo CE, substituindo o de 1950, que determinou a obrigatoriedade do voto para as mulheres que não exerciam profissões lucrativas. Como bem lembra Jairo Nicolau, “foi a primeira vez, desde a introdução do voto feminino no país, em 1932, que a obrigatoriedade vigeu para todas as mulheres” (NICOLAU, 2012, p. 113).

Durante esse período, foi adotado o bipartidarismo no país, com os partidos Arena, da situação, e MDB, da oposição. Os militares interferiam no processo eleitoral com artifícios como o voto de sublegenda, instituído em novembro de 1965, para as eleições para senador e prefeito. Por esse sistema, o partido podia apresentar até três nomes para disputar o cargo, e os votos dos candidatos de cada partido eram somados, sendo atribuída a totalidade dos votos ao candidato mais votado do partido, mesmo que tivesse obtido menos votos do que os demais adversários.

Com o crescimento do MDB nas eleições de 1974, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 8, de 14 de abril de 1977, chamada de “Pacote de Abril”, que determinou a realização de eleições indiretas para um dos senadores, os quais passariam a ser eleitos pelo colégio eleitoral que elegia os governadores. Esse sistema foi adotado nas eleições de 1978, quando seriam escolhidos dois senadores por Estado. Como a Arena era o partido majoritário, seus senadores foram eleitos em praticamente todos os Estados, com exceção do Estado da Guanabara, onde o MDB era o partido majoritário. Esses senadores, eleitos indiretamente, ficaram conhecidos como “senadores biônicos”.

5 A Nova República: a Emenda Constitucional nº 25, de 1985, e a Constituição de 1988

Em 1984, a redemocratização do país era inevitável. A campanha das Diretas Já dominava as ruas. As eleições presidenciais estavam previstas para janeiro de 1985, mas seriam realizadas por intermédio de um colégio eleitoral, formado por senadores, deputados federais e representantes das assembleias legislativas. O movimento popular buscava, então, aprovar uma emenda à Constituição – chamada de Emenda Dante de Oliveira (PEC nº 05/1983) – que permitia a realização de eleições diretas. Apesar do grande movimento social, com ampla participação da população e de lideranças sindicais, civis, artísticas e estudantis, com grande cobertura da imprensa, na sessão da Câmara dos Deputados de 25/4/1984, não foram alcançados os dois terços de votos necessários para a aprovação da emenda.

Sem dúvida, contou para a derrota a última decretação de estado de emergência na história do país, pelo governo Figueiredo, por meio do Decreto nº 89.566, de 18 de abril de 1984, no Distrito Federal, em Goiânia e em nove municípios do entorno da capital do país, exatamente com

o objetivo de isolar Brasília, com o bloqueio de estradas e controle de aeroportos, evitando que caravanas de pessoas de todo o país entrassem na capital, além de o Exército assumir o controle da segurança pública, reprimindo as manifestações de rua. Foi também proibida a transmissão, via rádio e televisão, da sessão da Câmara dos Deputados que apreciou a emenda.

Apesar da frustração com a derrota da emenda, na eleição indireta para a presidência, realizada por um colégio eleitoral de maioria governista, acabou sagrando-se vencedor o candidato da oposição, Tancredo Neves, um civil que tinha a preferência da população, o que pôs fim ao ciclo dos governos militares. Na véspera da posse como presidente da República, Tancredo foi hospitalizado, vindo a falecer em 21 de abril de 1985. Em seu lugar, assumiu o vice-presidente eleito, José Sarney, que assumiu a responsabilidade pela implantação da Nova República.

Com o fim do regime militar, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 25, de 15 de maio de 1985, que definiu a data de 15 de novembro para as eleições diretas para prefeitos. A referida emenda constitucional, enfim, concedeu o direito de voto para os analfabetos, adotando o sufrágio universal no Brasil, nos seguintes termos: “São eleitores os brasileiros que, à data da eleição, contem dezoito anos ou mais, alistados na forma da Lei” (art. 147). Determinou, ainda, que “[a] Lei disporá sobre a forma pela qual possam os analfabetos alistar-se eleitores e exercer o direito de voto” (147, § 4º).

Essa medida acabou com a restrição fixada pela Lei Saraiva (1881), que perseverou no Brasil por mais de um século. Segundo Jairo Nicolau, o Brasil foi o último país a estender o direito de voto aos analfabetos. Segundo aponta,

“[e]m outros países, a exigência de que os eleitores fossem alfabetizados (ou tivessem um grau mínimo de escolaridade) não foi tão frequente como as restrições de renda e propriedade. Na Europa, apenas Portugal condicionou o direito

de voto nas eleições nacionais à alfabetização, exigência que foi suprimida em 1974. Já na América Latina, em muitos países os analfabetos só conquistaram o direito de voto no século XX: Uruguai (1918); Venezuela (1946); Bolívia (1952); Chile (1970); Equador (1978); e Peru (1979)”.

Com a Constituição de 1988, nossa base democrática foi ainda mais ampliada.

Todavia, nas eleições de 1985, apenas 65 mil analfabetos (0,3% dos eleitores) se cadastraram, o que se deu provavelmente em razão da exiguidade de tempo para o cadastramento (maio a agosto) (NICOLAU, 2012, p. 128).

Em 1986, o TSE, durante a presidência do ministro Néri da Silveira, realizou o recadastramento eletrônico de todo o eleitorado, criando ainda um número de inscrição único e nacional. Com o recadastramento, houve um crescimento de 18% do eleitorado, passando de 58,871 milhões, em 1982, para 69,309 milhões, em 1986 (NICOLAU, 2002, p. 62).

Com a Constituição de 1988, nossa base democrática foi ainda mais ampliada. O princípio republicano de que o povo se autogoverna, escolhendo seus representantes, concretizou-se pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto do cidadão, com igual valor para todos. O voto passou a ser obrigatório para os maiores de 18 anos e facultativo para os analfabetos, para os maiores de 70 anos e para os que têm entre 16 e 18 anos.

A partir daí a expansão do eleitorado nacional foi uma constante. Na eleição de 1989, votaram 72,2 milhões de eleitores; na de 1994, 77,9 milhões; na de 1998, 83,4 milhões, correspondentes a 51% da população (CARVALHO, 2001, p. 201). Atualmente, temos mais de 144 milhões de eleitores, o que equivale a cerca de 72% da população brasileira.

6 Considerações finais

O sistema eleitoral brasileiro é um reflexo da formação histórica e política do país. De 1822, ano da primeira legislação eleitoral brasileira, até as eleições municipais de 2016, foram 194 anos de vida eleitoral.

Não são muitos os países que têm uma tradição de eleições tão longa e tão constante como a nação brasileira. Desde o período colonial, já havia nas primeiras vilas uma tradição democrática expressa no direito do voto. Vimos, no entanto, que esse direito, durante nossa história, ora foi restringido, ora foi ampliado, tendo sido, além de instrumento de participação do cidadão, em certos momentos, instrumento de coerção social.

A cidadania brasileira percorreu caminhos nada fáceis. No Império, o Brasil teve um número de eleitores proporcionalmente maior do que durante a Primeira República. Embora o voto fosse censitário, os analfabetos votavam. Em 1881, o voto passou a ser direto e, como a abolição da escravatura era questão de tempo, vedou-se então o voto dos iletrados. Na primeira eleição da República, o voto deixou de ser baseado na renda, mas, com a impossibilidade de o analfabeto votar, só 3% da população votou para presidente da República. As mulheres só conquistaram o direito de voto em 1932. Somente em 1945, o eleitorado chegou a mais de 13% da população brasileira, mas ainda não era possível se falar em sufrágio universal no Brasil. Finalmente, nas eleições municipais de 1985, os analfabetos votaram pela primeira vez na nossa história republicana. No que tange à Presidência da República, a universalização ocorreu após a Constituição de 1988, nas eleições presidenciais de 1989. Atualmente, o percentual de votantes é de 72% da população brasileira – são mais de 144 milhões de eleitores. Somos a quarta maior democracia do mundo em número de eleitores, após a Índia, os Estados Unidos e a Indonésia.

Em razão da grande quantidade de analfabetos no país, essa sempre foi a barreira mais expres-

siva para a ampliação da base democrática no Brasil. Argumentos relacionados à “incapacidade”, à “imaturidade” e à “ignorância” do povo foram utilizados para alijar grande parcela da população do processo eleitoral. Foi assim com os pobres, os mendigos, os escravos, os iletrados e as mulheres.

Preocupa-me ver que hoje os mesmos argumentos voltam ao debate político no que tange ao fim da obrigatoriedade do voto, associando-se o fim da obrigatoriedade à melhoria da qualidade dos políticos eleitos: se o voto não fosse obrigatório, votariam apenas os mais capazes, interessados, informados, estudados, os quais, por sua vez, elegeriam candidatos supostamente de melhor qualidade. Voltamos, infelizmente, à defesa de uma cidadania de elite, do exercício do voto pelos mais capazes, o que levaria, inevitavelmente, a um menor comparecimento às eleições.

A consolidação do regime democrático brasileiro deve vir acompanhada de progressivos esforços normativos para a ampliação da participação dos cidadãos nas eleições, de modo que essas reflitam, com a maior precisão possível, a vontade popular. E essa identidade será tanto mais real quanto mais ampliado for o exercício do sufrágio. É nesse sentido que a Justiça Eleitoral tem, nos últimos anos, buscado facilitar e estimular a participação de índios, de presos provisórios e de deficientes físicos no processo eleitoral.

Nesse tocante, os partidos políticos também desempenham relevante papel social, devendo promover, por meio de instituto ou fundação de pesquisa, a educação política da população, direcionando para essa finalidade, no mínimo, 20% dos valores recebidos do fundo partidário, conforme previsão do art. 44, inciso IV, da Lei nº 9.096/1995.

Enfim, o voto não deve ser uma forma de expressão apenas dos mais capacitados. O voto é um direito de todos os cidadãos, independentemente de suas qualidades, pois todos são atores na condução dos destinos da nação quando elegem seus representantes, dos quais podem e devem cobrar

que defendam, garantam e ampliem seus direitos e interesses.

O direito de votar é uma conquista histórica que deve caminhar avante. Foi nesse sentido que avançou a Constituição Cidadã de 1988

e é assim que devemos continuar marchando. Nossos esforços devem seguir na busca da cidadania plena e da verdadeira representação popular. Em vez de elitizar o voto, precisamos, isso sim, popularizá-lo. ■

Bibliografia

ANDRADA E SILVA, José Bonifácio. *Discursos parlamentares*. Brasília: Senado Federal, 1978.

ASSIS BRASIL, Joaquim Francisco de. *A democracia representativa na República: antologia*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1983.

BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde. V. VI, 1879, T. I, 1943.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FERRAZ, Sérgio Eduardo. *O Império revisitado: Instabilidade Ministerial, Câmara dos Deputados e Poder Moderador (1840-1889)*. Tese (Doutorado) – Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

FERREIRA, Manoel Rodrigues. *A evolução do sistema eleitoral brasileiro*. Brasília: Senado Federal, 2001.

GRAHAM, Richard. *Clientelismo e política no Brasil do Século XIX*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1997.

MAIA, João Azevedo de Carneiro. *O Município: estudos*

sobre a administração local. Rio de Janeiro: Typ. de G. Leuzinger & Filhos, 1883.

MIRANDA, Jorge. Os direitos políticos dos cidadãos na Constituição portuguesa. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 15, n. 60, jul./set. 2007.

NABUCO, Joaquim. *Discursos parlamentares*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1983.

NASPOLINI, Samuel Dal-Farra. *Pluralismo político: subsídios para análise dos sistemas partidário e eleitoral brasileiros em face da Constituição Federal*. Curitiba: Juruá, 2006.

NICOLAU, Jairo. *História do voto no Brasil*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

_____. *Eleições no Brasil: do Império aos dias atuais*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

PEREIRA, Erick Wilson (Org.). *Reforma Política Brasil República: Em homenagem ao Ministro Celso de Mello*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2017.

PORTO, Walter Costa. *O Voto no Brasil: da Colônia à 5ª República*. v. 1. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 1989.

PRADO JÚNIOR, Caio. *Evolução política do Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1999.

RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

Direito Político e Eleitoral.

Democracia intrapartidária à luz da jurisprudência do TSE – a delicada questão da duração razoável das comissões provisórias.

Tarcisio Vieira de Carvalho Neto
Ministro do Tribunal Superior Eleitoral. Doutor e mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD/USP). Professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB). Subprocurador-geral do Distrito Federal. Advogado.

Sumário

1. Localização do objeto e problematização
 2. Partidos políticos e democracia
 3. Democracia intrapartidária
 4. O controle pela Justiça Eleitoral da democracia intrapartidária
 5. A vinda à baila da EC nº 97/2017 e a reafirmação da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral
 6. Síntese conclusiva
- Bibliografia

1 Localização do objeto e problematização

A democracia intrapartidária segue sendo um dos mais importantes temas do Direito Eleitoral material contemporâneo.

Enquanto a falta de democracia interna nos partidos políticos tem sido apontada como uma das causas de suposta crise da democracia representativa, a autonomia partidária veio de ser reafirmada no contexto da vinda à baila da Emenda Constitucional nº 97, publicada em 5/10/2017.

Na fricção entre os valores da democracia interna e da autonomia partidária é que está posicionado o delicado tema da duração temporal das comissões provisórias.

Aquilatar a extensão da autonomia partidária no delineamento da duração dos seus órgãos pro-

visórios, sem desnaturar a boa fórmula democrática ínsita aos partidos, é o desafio que se impõe. Para concretizar a Constituição, é preciso alcançar um fino equilíbrio entre ambas as ideias, para, ao final, responder à seguinte indagação: qual é o prazo razoável de duração das comissões provisórias?

2 Partidos políticos e democracia

Não há democracia à míngua de oposição política.

Caggiano (1995, p. 76-119) explicita que “elemento catalisador dos regimes democráticos, a oposição emerge adequadamente ambientada às sociedades pluralistas, que erigem o direito de participação política ao rol dos denominados direitos do cidadão”. E lança luzes de importância sobre os seguintes institutos: (i) nos partidos políticos; (ii) nos grupos e movimentos; (iii) nos instrumentos da democracia semidireta; e (iv) nos *writs* constitucionais.

Interessa-nos, para os fins da presente investigação científica, realçar a importância dos partidos políticos como atores da oposição, sem prejuízo de outros, a exemplo dos movimentos sociais. Partidos políticos tidos, por alguns, a exemplo de Seiler (2000, p. 5), como “os mal-amados da democracia”.

Em tema de partidos políticos, cortante é a abordagem de Michels (2001, p. 8-10), para quem, dentre os obstáculos à efetivação da democracia, está vertida a questão de que “a democracia conduz à oligarquia”. Segundo o autor alemão, a democracia, enquanto movimento e universo de ideias, atravessa hoje uma crise de que não conseguirá sair intacta porque “está confrontada com limitações e barreiras que não se erguem apenas à sua frente, mas dentro de si mesma e até certo ponto tem condições para as ultrapassar”. Sendo assim, também os partidos políticos estão em xeque.

Goste-se ou não do seu funcionamento no mundo fenomênico contemporâneo, chega a ser

inimaginável a fórmula democrática à míngua de partidos políticos. É como erguer majestosa estrutura, sem vocacionada infraestrutura.

Não há democracia à míngua de oposição política.

Duverger (1987, p. 188),¹ imbatível no assunto em desate, ao tratar da escolha dos dirigentes dos partidos, confirma a existência de uma tendência autocrática no funcionamento das células partidárias. Diz que uma verdadeira “classe de chefes”, mais ou menos fechada, ou seja, “um círculo interior de difícil acesso”, se instala na direção dos partidos e erode, a mais não poder, seu ideal funcionamento. Contudo, para o autor de prestígio universal, não seria satisfatório sustentar um regime sem partidos, mesmo porque até partidos totalitários contribuem para a existência da democracia. Conclui, com admirável tirocínio, que a democracia não está ameaçada pelo regime dos partidos, mas, sim, pelo rumo contemporâneo das suas

1. “Os adversários do regime dos partidos encontrarão muitos argumentos neste trabalho. A organização dos partidos políticos, certamente, não se conforma à ortodoxia democrática. A respectiva estrutura interna é, essencialmente, autocrática e oligárquica; os chefes não são, de fato, designados pelos adeptos, apesar da aparência, mas cooptados ou nomeados pelo centro; tendem a formar uma classe dirigente, isolada dos militantes, casta mais ou menos fechada sobre si mesma. Na medida em que são eleitos, a oligarquia partidária amplia-se, mas não se transforma em democracia, pois a eleição é feita pelos adeptos, que são uma minoria em relação aos que dão seus votos ao partido, quando das eleições gerais. Ora, os parlamentares estão cada vez mais sujeitos à autoridade dos dirigentes internos; isso significa que a massa dos eleitores é dominada pelo grupo menos numeroso dos adeptos e dos militantes, subordinando-se este, por sua vez, aos organismos diretores. Tem-se de ir mais longe: se se admitir que os partidos sejam dirigidos pelos parlamentares, torna-se-lhes ilusório o caráter democrático, porque as próprias eleições traduzem muito mal a verdadeira índole da opinião. Os partidos tanto criam a opinião quanto a representam; formam-na pela propaganda; impõem-lhe um quadro pré-fabricado; o sistema de partido não é só o reflexo da opinião pública, mas a consequência de elementos externos e técnicos (conforme seja a modalidade de escrutínio) que a ela se impõem. O sistema de partidos é menos uma fotografia da opinião do que a opinião é uma projeção do sistema de partidos” (DUVERGER, 1987, p. 555-556).

estruturas internas. O perigo, para o culto francês, não está na própria existência dos partidos, mas na índole autoritária da qual podem se revestir.²

3 Democracia intrapartidária

No Brasil, a Constituição Federal (CF) de 1988 prevê em seu art. 17:

“É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos [...]”.

No plano infraconstitucional, a Lei nº 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos), em seu art. 1º, estabelece que “O partido político, pessoa jurídica de direito privado, **destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo** e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal” (grifo nosso), deixando claras, portanto, as balizas que devem nortear a existência das greis partidárias.

Conquanto o postulado da autonomia partidária, por um lado, impeça o legislador ordinário de

editar normas que impliquem intervenção estatal nessa área específica de reserva estatutária, não há como isentar os partidos da sujeição ao princípio democrático, que deve ser refletido em suas normas, suas estruturas e seus procedimentos. A inobservância do referido princípio na vida interna do partido concorre, de forma decisiva, para desencadear uma crise de representatividade, hoje muito comum nas modernas democracias.

4 O controle pela Justiça Eleitoral da democracia intrapartidária

O tema da democracia intrapartidária vem sendo objeto de profícuos debates no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), tendo o colegiado, recentemente, se posicionado pela impossibilidade de intervenções, destituições e/ou extinções abruptas, sem que fossem assegurados o contraditório e o exercício do direito de ampla defesa.³

No julgamento acima referido, o TSE fixou três premissas importantes, a saber: a) a competência da Justiça Eleitoral para apreciar as controvérsias internas dos partidos políticos, sempre que delas advierem reflexos no processo eleitoral em prazo mais elastecido (art. 16 da CF); b) a possibilidade de sindicância judicial dos atos *interna corporis* que revelem potencial risco de ofensa ao regime democrático e aos interesses subjetivos; e c) a vinculação das entidades partidárias aos direitos fundamentais, inclusive, em razão da eficácia horizontal desses postulados, com aplicação plena e imediata.

Nos termos do voto proferido pelo ministro Fux, a impermeabilidade absoluta dos atos *interna corporis* emanados dos partidos políticos resultaria em verdadeira autocracia intrapartidária. Em outras palavras, ainda que em um primeiro momento a escolha dos dirigentes – aqui em referência ao comando nacional – se dê por mecanismos revestidos de aparente democracia, verificar-se-ia,

2. “O verdadeiro meio de defender a democracia contra as toxinas que ela mesmo segrega, pelo seu próprio desenvolvimento, não consiste em amputá-las das técnicas modernas de enquadramento das massas e de seleção dos quadros – cirurgia que a reduziria a uma forma vazia, a uma aparência ilusória – mas em canalizá-las para seu próprio uso, pois são, em definitivo, ferramentas, talvez capazes tanto do melhor quanto do pior, como as línguas do velho Esopo. E recusá-las equivale a recusar-se a atuar. Se fosse verdade que a democracia é incompatível com elas, ter-se-ia de concluir que a democracia é incompatível com as condições de nossa época. Todos os discursos sobre os benefícios de artesanato e os malefícios da grande indústria não obstam que a era artesanal esteja encerrada e vivamos na era da produção em série: todas as saudades dos partidos de quadros do século XIX, individualistas e centralizados, mais os anátemas contra os partidos maciços atuais, centralizados e disciplinados, não impedem que só os segundos é que correspondem à estrutura das sociedades contemporâneas” (DUVERGER, 1987, p. 460).

3. Confira-se o que decidido no MS nº 0601453-16.2016.6.00.0000, relatado pelo ministro Luiz Fux, apreciado na sessão de 29/9/2016, no qual foi impugnado, justamente, ato de destituição de comissão provisória municipal pelo órgão central do partido, de nível nacional, inclusive, com data retroativa.

já no estágio seguinte, uma concentração de poder quase absoluta em uma única pessoa (ou em pequeno grupo de pessoas), suprimindo-se, de forma inaceitável, a voz daqueles que estão na base.

E o que é mais grave: considerando-se que o exercício do poder político se legitima, no nosso sistema, pela atuação dos partidos, em última análise, o regime democrático estaria nas mãos de uma autocracia totalitária, refém, portanto, de legendas sem substrato eleitoral consistente, à deriva no mar revolto dos interesses ocultos e, por vezes, inconfessáveis.

“A Constituição Federal não autoriza os dirigentes partidários a promoverem arbitrárias intervenções.”

Nesse sentido, converge a doutrina de Aras (2011, p. 41), para quem a autonomia não se confunde com blindagem. Afirmo o autor que a

“[...] ditadura intrapartidária constitui desvio de conduta política intolerável, passível de fiscalização, controle e correção pela via judicial, com o exercício do direito de ação e a garantia da universalidade e livre acesso à jurisdição, a fim de preservar-se o regime político da democracia e a autenticidade do sistema representativo, garantido pela observância dos princípios da legalidade estrita e intrínseca, do devido processo legal e dos corolários do juiz natural, do contraditório e da ampla defesa”.

E prossegue o doutrinador, ao pontuar, embora sob o enfoque primário da fidelidade partidária, mas em tudo aproveitável, que:

“[...] os órgãos de cúpula não podem restringir ou eliminar, sem uma justa causa, a conduta dos seus filiados em detrimento dos estatutos, do ideário programático e da ordem jurídica estabelecida pela Carta de 1988, sob pena de ser comprometido o fortalecimento da democracia

representativa e intrapartidária, de modo a exigir a devida reparação e controle de legalidade intrínseca, mormente com a aferição da razoabilidade e proporcionalidade ínsita à cláusula do *due process of Law*.

[...] Vulneram o regime democrático, por atentar contra a liberdade, as práticas totalitárias de dirigentes partidários que imponham atos e decisões caprichosas, unilaterais, desprovidas de motivação legítima, desarrazoadas e desproporcionais, ou que, por qualquer forma, ignorem, embarcem ou suprimam a vontade dos integrantes do colégio de filiados resultante dos debates das questões políticas e de interesse das respectivas comunidades em que atuam.

[...] As condições e imposições abusivas das cúpulas partidárias se prestam a espúrias manipulações e suprimem a liberdade, a igualdade e a dignidade dos seus filiados, mantendo em situação precária e provisória a estrutura e a organização dos diretórios municipais, com o fito de ensejar a sumária intervenção, dissolução do diretório, a destituição de comissão executiva ou de alguns dos seus integrantes que resistirem às ordens dos ‘donos’ da agremiação, emanadas formalmente dos seus órgãos tidos por ‘superiores’.

[...] A Constituição Federal não autoriza os dirigentes partidários a promoverem arbitrárias intervenções, dissoluções e destituições e a forjarem maiorias deliberativas mediante a sonegação direta de informações aos filiados ou a omissão da devida e prévia publicidade que deve anteceder as reuniões e convenções, com o dia, hora, local, quórum de deliberação e pauta dos assuntos a serem debatidos e decididos” (ARAS, 2011, p. 28-48).

Aliás, como bem ponderou a ministra Cármen Lúcia, relatora, no Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.311-DF, em voto proferido na sessão de 30/9/2015,

“partido político é instrumento de representação, não de substituição do representado pelo representante. Logo, **sem o representado e o com-**

promisso com a representação o partido é uma alma à procura de um corpo” (grifo nosso).

Tal posicionamento recebe os portentosos influxos da doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Confira-se, no particular, o magistério do professor Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 52-53):

“Uma das principais mudanças de paradigma que, no âmbito do direito constitucional, foram responsáveis pelo reconhecimento de uma constitucionalização do direito e, sobretudo, de um rompimento nos limites de produção de efeitos dos direitos fundamentais somente à relação Estado-cidadãos foi o reconhecimento de que, ao contrário do que uma arraigada crença sustentava, não é somente o Estado que pode ameaçar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas também outros cidadãos, nas relações horizontais entre si. Zippe-lius sintetiza bem a insuficiência da dicotomia ação estatal/ação privada: ‘A contraposição não diferenciada entre ações estatais e ações puramente privadas [...] é uma simplificação exagerada: em uma sociedade plural, formam-se, **nos espaços deixados à autonomia privada**, instituições da vida econômica, empresas dos meios de comunicação e outras ‘forças sociais’, que desempenham importantes funções na vida social e que alcançam posições de poder, por força das quais podem influir de forma prejudicial no sistema político’.

Da mesma forma que essas forças sociais podem prejudicar o sistema político, em razão de sua alta concentração de poder, o mesmo ocorre no âmbito jurídico. Essas corporações, ainda que privadas, alcançam uma posição de dominação, sobretudo por meio de concentração financeira, que lhes confere um tal poder de decisão nas suas relações com os indivíduos que qualquer relação jurídica entre ambos, a despeito de se fundar aparentemente na autonomia da vontade, é, na verdade, uma relação de dominação, que ameaça, tanto quanto a atividade estatal, os direitos fundamentais dos particulares”.

Como não poderia ser diferente, prosseguindo no exame colegiado do pedido de liminar, formulado no referido *writ*, o TSE assentou, em conclusão, que

“eventual destituição de Comissões Provisórias se afigura legítima se e somente [se] atender às diretrizes e aos imperativos magnos, **notadamente a observância das garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa**” (grifo nosso).

5 A vinda à baila da EC nº 97/2017 e a reafirmação da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral

Com a vinda à baila da EC nº 97/2017, publicada em 5/10/2017, dúvidas adicionais eclodiram. Ficou no ar a (falsa) impressão de que, doravante, os partidos políticos poderiam dispor, livremente, do prazo de duração das comissões provisórias.

Confira-se o teor do novo texto constitucional (§ 1º do art. 17 da Constituição da República), *in verbis*:

“Art. 17 - É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: [...]

§ 1º - **É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios** e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária” (grifo nosso).

Uma leitura mais açodada do novo texto constitucional poderia levar à (enganosa) conclusão de que os partidos passaram a gozar de autonomia

plena, cabal e irrestrita para estabelecer a vigência dos seus órgãos provisórios, segundo critérios próprios e não passíveis de controle no âmbito externo, interpretação que, no entanto, não resiste a um exame mais criterioso da matéria.

Inicialmente, cumpre esclarecer que os debates havidos no Congresso Nacional e que fomentaram a citada emenda constitucional giraram em torno da vedação de coligações nas eleições proporcionais e do estabelecimento de regras sobre o acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda no rádio e na televisão. É o que consta, inclusive, do próprio ementário do texto promulgado. Não havia, naquele horizonte, ao menos de maneira explícita, discussão posta acerca da duração dos órgãos provisórios, não obstante a redação final dada ao § 1º do art. 17 da CF.

Anota-se, ainda, que a Procuradoria-Geral da República ajuizou, em 27/12/2017, ação direta de inconstitucionalidade, autuada sob o número 5.875, em face da referida emenda constitucional, na qual impugnou a autonomia plena dos partidos políticos para estabelecer regras sobre a duração de seus órgãos provisórios. A matéria está sob a relatoria do ministro Luiz Fux, tendo sido adotado o rito abreviado do art. 12 da Lei nº 9.868/1999.

Essa iniciativa, por parte da Procuradoria-Geral da República, revela-se salutar, sobretudo, porque a matéria é de interesse de todos os partidos políticos atualmente registrados e que somam impressionantes 35 legendas, além daqueles cujos pedidos de anotação definitiva tramitam no TSE ou que, ao menos, já obtiveram o registro civil e solicitaram a senha de acesso ao Sistema de Apoio a Partidos em Formação (SAPF), perfazendo, este último grupo, um total de 73 siglas em processo de criação.⁴

É também oportuna porque, na esteira da jurisprudência dominante no TSE, o pedido de registro partidário e de anotação estatutária deflagra a competência administrativa da Justiça Eleitoral,

por conseguinte dá azo a processo administrativo no âmbito do qual não se mostra crível a resolução de incidentes de inconstitucionalidade (RPP nº 153-05-DF, DJe de 16/5/2016).

Não havia discussão posta acerca da duração dos órgãos provisórios.

Tal entendimento, aliás, foi o que prevaleceu no julgamento do RPP nº 1417-96-DF, concluído na sessão administrativa de 20/2/2018, no qual o TSE, ao examinar pedido de alteração estatutária já sob a égide da Emenda Constitucional nº 97/2017, reafirmou sua orientação no sentido da validade da Resolução TSE nº 23.465/2015, a qual prevê, em seu art. 39, que “as anotações relativas aos órgãos provisórios têm validade de 120 (cento e vinte) dias, salvo se o estatuto partidário estabelecer prazo razoável diverso”.⁵

4. Informações disponíveis em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Janeiro/brasil-tem-73-partidos-em-processo-de-formacao>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

5. Eis a ementa do julgado, publicada no DJe de 15/3/2018, Rel. Min. Herman Benjamin, redator para o acórdão Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, p. 20-22:

“REGISTRO DE PARTIDO POLÍTICO. ESTATUTO. ALTERAÇÃO. ANOTAÇÃO. REQUERIMENTO. ART. 10 DA LEI Nº 9.096/95. PARTE UM: COMISSÕES PROVISÓRIAS. VIGÊNCIA. PRAZO ELASTECIDO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 97/2017. PARÁGRAFO 1º DO ART. 17 DA CF. NOVA REDAÇÃO. AUTONOMIA PARTIDÁRIA. CAPUT. RESGUARDO DO REGIME DEMOCRÁTICO. PREVISÃO EXPRESSA. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. CONDIÇÃO SUBORDINANTE SOBRE PARÁGRAFOS. LEITURA FRAGMENTADA DO TEXTO. IMPOSSIBILIDADE. SEARA ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE ÓBICE AO EMPREGO DAS TÉCNICAS DE HERMENÊUTICA QUE NÃO RESULTAM EM INVALIDAÇÃO DA NORMA. AUTONOMIA PARTIDÁRIA ABSOLUTA. INEXISTÊNCIA. ORGANIZAÇÃO INTERNA. REGIME DEMOCRÁTICO. DEVER DE SUJEIÇÃO. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA CONSAGRADAS. RESOLUÇÃO-TSE Nº 23.465/2015. HIGIDEZ RECONHECIDA. ÓRGÃOS PROVISÓRIOS. VALIDADE. 120 (CENTO E VINTE) DIAS OU PRAZO RAZOÁVEL DIVERSO. DESCUMPRIMENTO. REITERAÇÃO. PARTE DOIS: ÓRGÃOS PARTIDÁRIOS PROVISÓRIOS. SUBSTITUIÇÃO, ALTERAÇÃO E EXTINÇÃO. INTERESSE PARTIDÁRIO. PECULIARIDADES POLÍTICAS E PARTIDÁRIAS DE CADA LOCALIDADE. BALIZAS QUE NÃO EXIMEM O PARTIDO DE OBSERVAR, NO QUE APLICÁVEL, OS DIREITOS →

Na oportunidade, foi dada interpretação “topográfica” ao aludido § 1º com o preceito contido no *caput* do art. 17 da CF, devido à sua condição de subordinação. Isso porque a posição de um comando legal (ou constitucional) permite ao intérprete compreender a abrangência que o legislador (ou constituinte) quis lhe dar, sem prejuízo, por óbvio, das técnicas consagradas de hermenêutica jurídica.

Não se cogitou, portanto, de invalidação da norma, a qual, especialmente na esfera administrativa, goza de presunção de constitucionalidade, mas de examiná-la por inteiro, evitando-se a leitura fragmentada e desconectada do texto. Rememorou-se o voto-vista proferido pelo ministro Eros Grau, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.685-DF, DJ de 22/3/2006, quando sua

excelência pontuou, com a autoridade que lhe é própria, “**não se interpreta[r] a Constituição em tiras, aos pedaços**”. Afinal, segundo acentuou na sequência,

“a interpretação do direito é interpretação do direito, não de textos isolados, desprendidos do direito. **Não se interpretam textos de direito, isoladamente, mas sim o direito – a Constituição – no seu todo**” (grifo nosso).

Resguardou-se, portanto, o contido no *caput* do art. 17 da Constituição, como valor de maior hierarquia, apto a irradiar seu conteúdo sobre os incisos e parágrafos, o resguardo do regime democrático, a ser observado pelos partidos políticos.

→ FUNDAMENTAIS DOS FILIADOS. HORIZONTALIDADE. RECONHECIMENTO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. INCIDÊNCIA NO TRATO COM OS ÓRGÃOS DE HIERARQUIA INFERIOR (SOBRETUDO PROVISÓRIOS). PRECEDENTES DO TSE. AUSÊNCIA DE GARANTIAS MÍNIMAS NO TEXTO ORA SUBMETIDO À ANOTAÇÃO. ADEQUAÇÃO. IMPRESCINDIBILIDADE. PARTE TRÊS: AJUSTES PONTUAIS DO TEXTO. POSSIBILIDADE. CONCLUSÃO: INDEFERIMENTO. ANOTAÇÃO. ARTS. 41 E 42. DEFERIMENTO. ANOTAÇÃO. ARTS. 14, 38, 39, 40, 43, 59 E 72. PROVIDÊNCIAS.

O caso

1. Na espécie, com base na EC nº 97/2017, que deu nova redação ao § 1º do art. 17 da CF, o PSD apresentou, para anotação neste Tribunal, alteração estatutária aprovada na sua convenção nacional. 2. Na sessão de 19.10.2017, o então relator, Ministro Herman Benjamin, votou pelo deferimento do pedido, tal como formulado, por entender que ‘a análise das alterações estatutárias da agremiação revelou que a única irregularidade consistia no prazo indeterminado de vigência das comissões provisórias’, óbice que teria sido afastado pela superveniência da EC nº 97, de 4.10.2017, com vigência em 5.10.2017, que deu nova redação ao § 1º do artigo 17 da CF, assegurando ‘aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios’.

Natureza do feito

3. O pedido de anotação de alteração estatutária deflagra a competência administrativa desta Corte e, por conseguinte, dá azo a processo no âmbito do qual não se mostra crível a resolução de incidentes de inconstitucionalidade (Precedente do TSE: RPP nº 153-05/DF, de minha relatoria, DJe de 16.5.2016). 4. Constitui impropriedade a leitura fragmentada e desconectada do texto constitucional, sobretudo de preceito secundário (parágrafo) em relação à sua norma primária (*caput*), dada a sua condição de subordinação. Nas palavras do eminente Ministro Eros Grau, em judicioso voto, ‘não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. A interpretação do direito é interpretação do direito, não de textos →

→ isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta textos de direito, isoladamente, mas sim o direito a Constituição no seu todo’ (STF, ADI nº 3685/DF, DJ de 22.3.2006).

5. A natureza administrativa do feito não afasta, portanto, o emprego das técnicas de hermenêutica.

Órgão provisório: vigência

6. Não obstante a redação conferida pela EC nº 97/2017 ao § 1º do art. 17 da CF, naquilo que assegura a autonomia dos partidos políticos para estabelecer a duração de seus órgãos provisórios, tem-se que a liberdade conferida não é absoluta, dada a previsão expressa do *caput* no sentido de que as agremiações partidárias devem resguardar o regime democrático.

7. O TSE, alicerçado na sua competência regulamentar, editou a Resolução nº 23.465/2015, a qual prevê, em seu artigo 39, que ‘as anotações relativas aos órgãos provisórios têm validade de 120 (cento e vinte) dias, salvo se o estatuto partidário estabelecer prazo razoável diverso’.

8. Ao analisar o PA n. 750-72/DF, no qual aprovada essa resolução, esta Corte Superior destacou que ‘não há como se conceber que em uma democracia os principais atores da representação popular não sejam, igualmente, democráticos. Este, inclusive, é o comando expresso no art. 17 da Constituição da República que, ao assegurar a autonomia partidária, determina expressamente que sejam ‘resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana’ (Relator o Min. Henrique Neves).

9. Por repousar precisamente no *caput* do art. 17 da Constituição Federal, a Res.-TSE nº 23.465/2015 mantém sua higidez, não comportando leitura distinta daquela já adotada neste Tribunal Superior.

10. A alteração estatutária proposta, além de não satisfazer anterior determinação desta Corte, ofende a regulamentação contida na citada resolução, pois prevê que a vigência do órgão provisório apenas não poderá ultrapassar a data final de validade do diretório definitivo correspondente, sendo, ademais, passível de prorrogação. É o que se extrai dos §§ 3º e 4º do art. 42 do estatuto, na redação submetida. →

Nessa mesma linha, como leciona Silva (2009, p. 239), há condicionamentos à liberdade partidária defluentes do referido *caput*. Veja-se:

“Não é, porém, absoluta a liberdade partidária. Fica ela condicionada a vários princípios que confluem, em essência, para seu compromisso com o regime democrático no sentido posto pela Constituição. É isso que significa sua obrigação de resguardar a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana”.

E não poderia ser diferente, pois os partidos políticos, na conformação do direito pátrio vigente, foram concebidos (e consagrados) como instrumentos formais e materiais para o legítimo exercício do poder político. Com esse norte, concluiu, em arremate, o emérito professor:

“A ideia que sai do texto constitucional é a de que os partidos hão que se organizar e funcionar em harmonia com o regime democrático e que sua estrutura interna também fica sujeita ao mesmo princípio. A autonomia é conferida na suposição de que cada partido busque, de acordo com suas concepções, realizar uma estrutura interna democrática. Seria incompreensível que uma instituição resguardasse o regime democrático se internamente não observasse o mesmo regime” (grifo nosso).

Idêntico posicionamento pode ser extraído das lições de Canotilho (2003, p. 3.187):

“A organização interna dos partidos políticos deve obedecer, à semelhança de outras organizações sociais constitucionalmente relevantes [...] às regras básicas inerentes ao princípio democrático. Deu-se, assim, guarida, à ideia, defendida por alguns autores de que a democracia dos partidos postula a democracia nos partidos. A democracia interna pressupõe, entre outras exigências, a proibição do princípio do chefe (*Fuhrerprinzip*), a exigência da formação da vontade a partir das bases, o direito dos membros do partido a actuação efectiva dentro do partido, o direito à liberdade de ex-

pressão, o direito à oposição, o direito à igualdade de tratamento de todos os membros”.

Calha citar, ainda, o constitucionalista Bulos (2011, p. 445), que, ao comentar o art. 17, § 1º, da CF, observou, com pertinência, que os partidos políticos, no exercício da sua autonomia,

“[...] podem prescrever em seus respectivos estatutos as normas que lhes aprouver, observadas as prescrições constitucionais e o bom senso. A justificativa para tal realidade é a seguinte: presume-se que o processo de elaboração dos estatutos político-partidários segue os ditames do regime democrático, com todas as consequências que daí decorrem. Desse modo, seria sobremodo ilógico e aviltante uma dada agremiação partidária erigir estatutos sem lastro no pórtico da democracia, desatendendo-lhe nas suas atividades internas” (grifo nosso).

No mesmo sentido, merece destaque também Mezzaroba (2004, p. 182), que registra que a

“característica marcante da Democracia intrapartidária está na formação da vontade do Partido.

→ Órgão provisório: substituição, alteração e extinção
requisitos constitucionais

11. No julgamento do MS nº 0601453-16, de relatoria do eminente Ministro Luiz Fux, sessão de 29.9.2016, o Tribunal Superior Eleitoral, ao analisar a legalidade de ato de destituição de comissão provisória pelo órgão central do partido, estabeleceu importante baliza, em tudo aplicável aos estatutos partidários em geral, consubstanciada na vinculação das legendas partidárias aos direitos fundamentais, inclusive em razão da eficácia horizontal desses postulados, com aplicação plena e imediata, havendo que se estabelecer, no trato com os órgãos de hierarquia inferior, roteiros seguros para o exercício do contraditório e da ampla defesa, em homenagem ao princípio do devido processo legal.

12. A redação proposta nos §§ 1º e 2º do art. 42 do estatuto do partido requerente exprime lacunoso campo interpretativo, ao estabelecer, genericamente, que a substituição, alteração e extinção dos órgãos provisórios atenderá unicamente o interesse partidário, consideradas as peculiaridades políticas e partidárias de cada localidade, sem, contudo, salvaguardar instrumentos democráticos mínimos que materializem a garantia do exercício do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), especialmente quando em curso conflitos internos.

13. De igual forma, a alteração proposta no art. 41 do estatuto, especialmente no inc. III, por fazer remissão à constituição de novas comissões provisórias em decorrência da adoção de decisão sumária de intervenção no órgão provisório anterior.

Conclusão

14. Pedido de anotação indeferido no que toca aos arts. 41 e 42 do estatuto, e deferido quanto aos demais, com adoção de providências, nos termos do voto e com encaminhamento de sugestão ao MPE”.

Ela deve ser tomada em verticalidade ascendente, jamais o inverso”.

Foi justamente a partir dessa concepção e organização de ideias que o TSE, com base na sua competência regulamentar, editou a Resolução nº 23.465/2015, cujo art. 39 previa que “as anotações relativas aos órgãos provisórios têm validade de 120 (cento e vinte) dias”.

Posteriormente, para fins de aperfeiçoamento, foi editada a Resolução TSE nº 23.471/2016, com o seguinte complemento textual à regra do citado art. 39: “salvo se o estatuto partidário estabelecer prazo razoável diverso”.

E, mais à frente, a Resolução TSE nº 23.511/2017, que conferiu a seguinte redação ao art. 61 daquele normativo:

“a regra prevista no art. 39 desta resolução somente entrará em vigor a partir de 3 de agosto de 2017, cabendo aos partidos políticos proceder às alterações dos seus respectivos estatutos até a referida data, para contemplar prazo razoável de duração das comissões provisórias”.

Como se vê, a essência da Resolução TSE nº 23.465/2015, com suas posteriores alterações, repousa precisamente no *caput* do art. 17 da Constituição, o qual, dada a sua condição subordinante sobre os seus parágrafos, não condiz com interpretação distinta daquela já adotada no âmbito do TSE.

Assentou-se, ainda, que, ao assegurar autonomia na definição da estrutura interna dos partidos, bem como no que concerne à duração de

seus órgãos provisórios, o Congresso Nacional, no exercício do poder constituinte reformador, manteve inalterado o preceito maior, atinente ao resguardo do regime democrático, do que se pode concluir, a partir da interpretação sistemática (e “topográfica”), que, por não ser absoluta, essa liberdade há de ser exercida com moderação, sem perder de vista o critério da razoabilidade, conforme previsto na resolução.

6 Síntese conclusiva

Por todo o exposto é que se conclui, em apertada síntese, a despeito da superveniência da Emenda Constitucional nº 97/2017, que o art. 39 da Resolução TSE nº 23.465/2015 permanece hígido, a produzir efeitos com respaldo no próprio texto constitucional, sendo certo que tal preceito deve nortear os estatutos partidários, bem como o exame, pelo TSE, dos pedidos de anotação de suas posteriores alterações.

Fixadas as balizas interpretativas que visam conferir concretude formal e material à essência do regime democrático, com respeito às bases partidárias e seu fluxo ascendente de legitimação da representatividade, sem o qual não há falar em conformação participativa do poder decisório, muito menos em ideologismo agregativo autêntico, os estatutos partidários devem a elas se adequar, o que não vulnera, nem de longe, o caro postulado da autonomia partidária. ■

Bibliografia

- ARAS, Augusto. *Fidelidade e ditadura (intra) partidárias*. São Paulo: Edipro, 2011.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.
- _____. *Emenda Constitucional nº 97*, de 4.10.2017. Altera a Constituição Federal para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, estabelecer normas sobre acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão e dispor sobre regras de transição. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc97.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.
- _____. Tribunal Superior Eleitoral – TSE. *Resolução nº 23.465*, de 17 de dezembro de 2015. Disciplina a criação, organização, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos. Disponível em: <<http://chimera.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2015/RES234652015.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2018.
- _____. *Resolução nº 23.511*, de 23 de fevereiro de 2017. Altera o art. 61 da Res.-TSE 23.465, de 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://chimera.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2017/RES235112017.html>>. Acesso em: 10 mar. 2018.
- CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Oposição na política*. São Paulo: Editora Angelotti, 1995.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- DUVERGER, Maurice. *Los partidos políticos*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1957.
- _____. *Os partidos políticos*. 3. ed. Tradução de Cristiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1987.
- MEZZAROBÀ, Orides. *Introdução ao direito partidário brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- MICHELS, Robert. *Para uma sociologia dos partidos políticos na democracia moderna*. Tradução de José M. Justo. Lisboa: Antígona, 2001.
- RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- SEILER, Daniel-Louis. *Os partidos políticos*. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.

N

ovos tempos, novos desafios... ou seriam velhos?

O caso do controle externo dos partidos políticos no ordenamento jurídico brasileiro.

Ana Claudia Santano

Professora do programa de mestrado em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil (Unibrasil). Pós-doutora em Direito Público Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora e mestre em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad de Salamanca, Espanha. Membro fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (Abradep). Membro da Asociación Iberoamericana de Derecho Electoral (Aide) e da Asociación Internacional de Derecho Administrativo (Aida). Pesquisadora do Observatório de Financiamento Eleitoral, do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP). Autora de diversos trabalhos acadêmicos sobre o tema do financiamento político.

Sumário

1. Introdução
2. O debate sobre o controle externo dos partidos políticos segundo a doutrina comparada
3. Previsões constitucionais que autorizam o controle externo de valores dos partidos políticos no Brasil
4. Alguns dos elementos do controle externo do programa e da atuação dos partidos

Bibliografia

1 Introdução

Na história brasileira, é inegável o fato de que os partidos políticos sofreram em diversos momentos com perseguições e monitoramento de seus atos. Aliás, não faz muito tempo que o último grande atentado contra as agremiações brasileiras foi imposto, por meio do Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965. A extinção abrupta dos partidos de então foi um duro golpe que não ocorreu sem deixar fortes sequelas.

Com a redemocratização do Brasil, nada mais natural do que conferir novamente o protagonismo político a estas organizações. Havia, naquele momento, uma tarefa difícil de reconstruir todo um sistema e deve-se reconhecer que,

sem o apoio e a ajuda dos partidos, isso não seria possível.

No entanto, o Brasil não foi o único país que, após um longo período ditatorial, teve de se reerguer junto com o auxílio dos partidos. Na verdade, na América Latina a terceira onda democratizadora (HUNTINGTON, 1992, p. 3) veio muito após as grandes guerras europeias, também responsáveis por devastar sistemas políticos, provavelmente de forma ainda mais profunda. Tanto lá quanto aqui, as agremiações partidárias foram vitais para o resgate da democracia, tendo que buscar os seus próprios meios de renascimento e administração de uma sociedade cada vez mais complexa, tomando a frente da condução dos assuntos públicos.

Justamente por ter tamanha relevância é que os partidos dividem tanto opiniões. Se, por um lado, eles já vinham sendo alvo de fortes críticas desde o final do século XIX, por outro, as agremiações resistem aos ventos e seguem firmes como atores importantes da democracia, ainda que bastante modificados em sua essência desde a sua origem. As organizações partidárias, nesse sentido, são frequentemente questionadas em seu papel frente ao Estado, principalmente quando essa separação entre elas e o Estado parece ser tão pouco visível e tão pouco percebida aos olhos dos cidadãos.

Porém, também é certo que, se as agremiações mudaram em seu cerne, bem como ocorreu com a sociedade, a própria disposição legal sobre o regime partidário deve também ser “atualizada”, ou até mesmo repensada diante dos desafios que se apresentam nos dias atuais. Ainda que se confie nesse protagonismo tão destacado aos partidos, o fato é que, em tempos que se reclamam mais democracia, mais transparência e mais direitos fundamentais, eles não podem ser isentos de mecanismos de controle externo.

É especificamente esse tema do controle externo das agremiações partidárias que causa verdadeira polêmica quando abordado, pois na esteira de um histórico tão acidentado de intervenções

externas sobre essas associações, é compreensível que ainda se tenha certo receio na adoção de medidas com essa finalidade. Contudo, esse temor está impedindo que se avance o debate, produzindo um efeito reverso, ou seja, ao obstar que se trate sobre a temática do controle externo dos partidos, estar-se-á, ao mesmo tempo, fomentando um ambiente de plena liberdade para a atuação deles que, eventualmente, pode não coadunar com os valores constitucionais da Carta de 1988, gerando ainda mais críticas por parte da sociedade e minando a relação cidadãos-Estado, para além da sua já alta deterioração.

A ideia, infelizmente já amplamente difundida, de que os partidos correspondem a organizações que não atendem às demandas sociais, que não colaboram com a democracia e que, muitas vezes, somente buscam seus próprios interesses por meios eventualmente ilícitos – associando-os quase que automaticamente à prática de corrupção –, faz com que se lesione a própria democracia como sistema político. A desconfiança nas agremiações partidárias gera contestações sobre a capacidade da democracia em reger os assuntos públicos, abrindo espaços para uma patologia eleitoral-representativa já comum em alguns países: o populismo.

O populismo é um fenômeno que, focando as tensões estruturantes da representação, propõe resolver as dificuldades de representar o povo por meio da sua unidade e homogeneidade, a partir de um modelo imaginário. O discurso populista engloba em sua maioria um formato maniqueísta, no qual sempre haverá a indicação de um opositor, que pode ser o estrangeiro, a elite, a oligarquia, o inimigo. O populismo radicaliza a democracia de controle, conduzindo a sociedade para a impolítica, a uma contrademocracia absoluta. Com o afã de vigiar e criticar os ocupantes do Estado, o populismo termina estigmatizando de forma compulsiva e permanente as autoridades governantes. Por outro lado, o populismo também

afeta a soberania de obstrução, ou seja, mostra-se como uma expressão política de crise que pode ser comparada com os partidos antissistema. Parte da base de um sentimento revolucionário e de rejeição do mundo político (ROSANVALLON, 2007, p. 257-262).

Diante disso, esse artigo propõe uma reflexão sobre o cenário populista que se desenha para as eleições de 2018, utilizando-se justamente a estrutura de um partido político para minar a democracia. Note-se que, a partir do monopólio de candidaturas no Brasil, os porta-vozes dessa antipolítica deverão, forçosamente, estar em um partido para proferir suas ideias, e são essas pautas que desafiarão o ordenamento jurídico brasileiro, pois há claramente a inclinação de alguns nomes para discursos que violam o espírito constitucional de 1988. Afinal, o partido político pode auxiliar um candidato na divulgação de ideias tidas como antidemocráticas? Poderá o partido ser um âmbito livre de controle externo quando utilizado indevidamente para atacar a democracia desenhada pela Constituição de 1988? Caberá algum tipo de controle somente sobre o candidato, ou também sobre o partido que o albergou e o ajudou (com estrutura, notoriedade nacional, espaço na mídia e recursos públicos) a proferir seus discursos atentatórios à democracia?

A decisão de regular ou não os partidos é sempre alvo de muita polêmica.

Ressalte-se que este é um artigo de provocação de reflexão, sem o ânimo de resolver estes problemas devido à sua alta complexidade. Não é possível, dentro das dimensões desse comentário, dar respostas satisfatórias aos pontos encontrados para o debate, mas se tentará, ao menos, indicar por onde se deve passar, com vistas à proteção da democracia brasileira.

2 O debate sobre o controle externo dos partidos políticos segundo a doutrina comparada

A decisão de regular ou não os partidos e qual será a intensidade dessa regulação é sempre alvo de muita polêmica, como já dito, pois as linhas que separam a regulação do intervencionismo são tênues, podendo ser utilizadas, inclusive, como forma de seleção de forças políticas no poder. Fogg, Molutsi e Tjernström (2003, p. 169-172) listam alguns tipos de regulações possíveis utilizando a classificação elaborada por Nassmacher: (i) a que privilegia a autonomia dos partidos e a sua autorregulação; (ii) a que opta pela transparência das finanças do partido; (iii) a opção que tudo esteja conectado a uma agência regulatória independente; (iv) a diversificada, que combina uma regulação precisa, com um tipo de “negligência benigna”, incentivos públicos e sanções ocasionais. Por outro lado, os autores opinam que a falta da aplicação das leis sobre as organizações partidárias provavelmente seja mais temerária que a falta de regras, já que geram desilusão e cinismo na democracia.

As agremiações partidárias não se constituem como órgãos de controle, mas destinam-se a controlar os órgãos de poder. O problema que se origina disso é que, justamente por não ser um órgão de poder propriamente dito, os instrumentos de controle terminam não incidindo sobre eles. Dessa forma, segue-se ignorando constitucionalmente o que, nas palavras de Valadés (2005, p. 50), “é um fato político, mas que se deixa crescer como um problema, o que deveria ser, na verdade, uma solução”.

Tendo isso em mente, esse artigo assume que os partidos políticos, devido à sua importância para a democracia, não podem estar completamente livres do alcance da normativa vigente. Devem existir regras que guiem as suas condutas no exercício de suas funções públicas, de modo a evitar

que eles sejam utilizados para fins que, ao final, terminam sendo antidemocráticos, constituindo-se como um espaço de proteção para discursos de ódio, exclusão de minorias, atentados aos direitos fundamentais dos cidadãos, bem como a prática de corrupção.

É certo que, devido à importância das agremiações partidárias no processo político e na sua mediação na concretização da democracia, a sua regulação jurídica se torne imprescindível, a fim de garantir a participação dos cidadãos na atuação do Estado (SOLOZABAL ECHAVARRIA, 1985, p. 157), o que não significa que o Estado possa discriminar uns partidos de outros, mas que se possa, em um contexto de igualdade, acompanhar o seu desempenho no sistema. Esta regulação também deve ser de controle, não repressivo ou instrumental, diante de uma possível atuação ilícita por parte dos próprios partidos. Assim, tem-se que, da mesma forma que houve uma gradual incorporação das agremiações nos ordenamentos jurídicos existentes, com o controle também deve ocorrer isso, o que é aconselhável para que se alcance uma maior efetividade das normas e a sua harmonia com a democracia como um todo (MORODO, 1979, p. 10).

Em se tratando de regulação, limites constitucionais podem colaborar na tarefa de elaborar controles eficazes e, estando na esfera constitucional, estes mecanismos ficam mais protegidos, ou seja, que não estejam totalmente vulneráveis aos movimentos dos próprios partidos. Dessa maneira, ao regular a matéria, a própria Constituição exerce uma função de garanti-la, como também de tutelar a existência de instituições perante uma tentativa de extingui-las. Diante disso, entende-se como recomendável que o texto constitucional não silencie completamente sobre o tema, ainda que deixe espaços de conformação para o legislador infraconstitucional (RODRIGUEZ DÍAZ, 1989, p. 203).

Entretanto, o tema da regulação dos partidos também é muito direcionado pela natureza jurí-

dica que se atribui a eles. Geralmente, as organizações partidárias são associações de Direito Privado, mas com funções constitucionais, aderindo à doutrina que classifica não o ente, mas as tarefas por ele desenvolvidas. Sendo assim, por ser um ente privado, ainda que exerça certas atividades de caráter público, isso pode impedir que o Estado aprofunde as normas de regulação, permitindo que somente sejam delineados os limites que se deseja que tenham os partidos. Contudo, é, de fato, uma decisão importante, uma vez que uma legislação muito densa e detalhada pode representar uma limitação à sua liberdade e também um fomento para o crescimento da judicialização da vida dos partidos (GARCÍA-PELAYO, 1986, p. 52). Por outro lado, ter uma legislação muito liberal pode, na verdade, traduzir-se na inexistência de regramento, deixando-os demasiadamente livres no sistema e, conseqüentemente, sem controle, em uma posição intocável (CASCAJO CASTRO, 1992, p. 164).

Com isso, tem-se que há muitos modelos de controle externo dos partidos possíveis no Direito Comparado. Segundo Kirchheimer, todos os formatos podem ser traduzidos em dois extremos: (i) um modelo agressivo ou repressivo – como o da Alemanha e da Turquia –, que tende a considerar provável ou previsível a inclinação de um partido suspeito à tomada futura de uma medida controversa do ponto de vista antidemocrático (aqui se referindo a uma escala de valores democráticos). Nesse sentido, se há alguma suspeita de que um determinado partido pode ser responsável ideológico de instrumentos que vão contra estes valores democráticos ou da Carta Constitucional, entende-se que isso não é mera probabilidade, mas sim uma real ameaça, tendo, portanto, uma resposta jurídica contundente a fim de evitar maiores danos; (ii) um modelo conservador ou mais comedido, como nos países anglo-saxões (EUA e Austrália), no qual o objeto do julgamento de uma situação envolvendo partidos é bem especificado,

que se origina desde pessoas físicas, assemelhando-se a um juízo penal que alcança os responsáveis também pessoas físicas, mas que, de certa forma, “absolve” o partido (KIRCHHEIMER, 2001, p. 178).

3 Previsões constitucionais que autorizam o controle externo de valores dos partidos políticos no Brasil

A Constituição de 1988 não silenciou sobre o tema do controle das agremiações partidárias. Dispõe-se textualmente no art. 17 que há a livre criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana, observados os seguintes preceitos: (i) caráter nacional; (ii) proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; (iii) prestação de contas à Justiça Eleitoral; e (iv) funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

A Constituição de 1988 não silenciou sobre o tema do controle das agremiações partidárias.

Nesse sentido, tem-se que a regra é a autonomia partidária, com a liberdade de atuação no sistema. Porém, essa liberdade é limitada pela própria letra constitucional, uma vez que há valores a serem resguardados pelos partidos. Assim, as agremiações devem zelar pela soberania nacional; pelo regime democrático; pelo pluripartidarismo e pelos direitos fundamentais da pessoa humana. Portanto, existem textualmente valores a serem tutelados na criação e na atuação dos partidos, sendo isso uma pauta programática mínima que

deve, forçosamente, ser observada por essas organizações.

Esse controle programático dos partidos pode ser feito em dois momentos: (i) na criação, com a simples observância do teor do estatuto (sendo, nesse caso, um controle programático administrativo, considerando que o procedimento de criação de uma agremiação tem essa natureza); (ii) na atuação do partido na esfera pública, já avaliando o comportamento de seus filiados no sistema, ou seja, dirigentes, simpatizantes, candidatos, etc. Aqui, o controle torna-se judicial.

No primeiro caso, uma situação limite é a de impedir a criação de um partido, o que pode, em tese, alcançar o pluripartidarismo e a liberdade de pessoas que, já associadas (lembrando que um partido deve ser registrado antes na esfera civil para, logo, ter seu estatuto na esfera eleitoral), desejam obter o *status* partidário, de modo a obter as proteções e benefícios concedidos pelo ordenamento às agremiações. Além disso, a mera verificação dos estatutos pode ser uma ferramenta muito superficial do controle programático que se objetiva, pois um partido que deseja violar valores democráticos ou agir contrariamente a pautas valorativas mínimas insculpidas na Constituição certamente não colocará isso expressamente em seu estatuto.

Já no segundo caso, no controle judicial, tem-se que o partido já goza da proteção do ordenamento jurídico para a sua atuação por meio da autonomia partidária, o que pode dificultar o controle externo dos atos de seus filiados, simpatizantes e candidatos. Nesse sentido, podem ocorrer duas situações, sendo uma de um comportamento antidemocrático interno ao partido (algo infelizmente corriqueiro e ainda sem consenso no que tange ao seu monitoramento); ou externo à organização partidária, por meio de discursos de ódio, defesa de propostas que excluem e marginalizam minorias, etc.

Se o problema é de falta de democracia interna e de desrespeito aos direitos fundamentais

dos filiados no âmbito interno, o partido (aqui considerado pessoa jurídica de direito privado) não terá como ser o “guarda-chuva” para essas práticas. Na verdade, a proteção está na sobrevalorização da autonomia partidária, que atualmente no sistema brasileiro é praticamente um dogma, um mantra a ser invocado toda vez que se enfrenta a questão.

Agora, se o problema é a utilização do partido (estrutura, prerrogativas, elementos vinculados à sua pessoa jurídica) para ser um canal de divulgação de pautas antidemocráticas; para lançar candidatos que notoriamente defendem propostas excludentes e atentatórias aos direitos fundamentais, dentre outros fatores que, em um futuro, podem (como uma possibilidade) comprometer a própria democracia, nesses casos a agremiação considerada em si mesma pode ser um “guarda-chuva” que impede o seu controle programático, caso o ordenamento jurídico não disponha de ferramentas para tal.

Nesse sentido, frise-se que a Constituição de 1988 trouxe com muita clareza que os partidos têm plena liberdade programática, tendo como limite os direitos fundamentais da pessoa humana. Essa barreira é uma verdadeira medida de controle programático dos partidos antes de sua criação e durante a sua existência, tanto no âmbito interno quanto no externo. Portanto, há, no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de controle externo – judicial constitucional – do programa das agremiações partidárias.

Complementando o texto constitucional, a Lei de Partidos, nº 9.096/1995, dispõe em seu art. 14 que, observadas as disposições constitucionais e as desta lei, o partido é livre para fixar, em seu programa, seus objetivos políticos e para estabelecer, em seu estatuto, a sua estrutura interna, organização e funcionamento. Outra vez mais, é clara a imposição na constituição de valores que devem ser resguardados pelas agremiações.

4

Alguns dos elementos do controle externo do programa e da atuação dos partidos

Não há dúvidas de que o controle programático das organizações partidárias gera um sem-fim de problemas, uma vez que pode também se tornar uma “justiça política”, quando se emprega um procedimento legal para reprimir certa dissidência política, pois o objetivo não é exatamente o controle de atos de pessoas, mas sim a utilização por elas de uma estrutura partidária para a busca de objetivos que vão contra a democracia e os valores constitucionais. É, de fato, uma probabilidade atentatória que se coloca em juízo, uma tendência que pode ou não se concretizar no futuro (KIRCHHEIMER, 2001, p. 558). Deve-se, nessa linha, também considerar que não é fácil encontrar juízes efetivamente imparciais em suas paixões (ainda mais políticas) para realizar o controle que ora se propõe. Já existem problemas dessa natureza em outros temas da seara eleitoral e são questões reais. O juiz é tão humano quanto qualquer outro. Encontrar algum (ou alguns) que não meschem seus próprios ideários políticos com o caso analisado pode ser uma tarefa muito complicada.

Para que esse controle não redunde em detrimento dos direitos e garantias constitucionais dos próprios partidos, é preciso, antes de tudo, estabelecer que, diante de um julgamento sobre um programa partidário e a sua compatibilidade com os valores constitucionais, é necessário comprovar uma relação causal entre uma doutrina ou uma ideologia antidemocrática, o seu reflexo no programa examinado, bem como a atuação (atos ou declarações) de seus filiados, configurando, dessa forma, uma prova visível – e não mera coincidência ou suposição – do descumprimento dos valores insculpidos no texto constitucional. Nesse processo de comprovação, é importante avaliar as metas propostas pelo partido *sub judice*, pois o simples pensamento ou desejo de implementar

medidas antidemocráticas não pode ensejar a aplicação do controle que, eventualmente, culmine na extinção da agremiação. Agora, se estas metas se mostram como verdadeiras estratégias de modificações do ordenamento que violem garantias fundamentais individuais, que comprometam a democracia e que gerem conflito com os valores constitucionais, a determinação de extinção dessa agremiação parece estar devidamente fundamentada, como forma de defesa da democracia (GARCÍA ROCA, 2002, p. 326).

Nesse sentido, é importante haver um esforço na direção de fixar alguns critérios abstratos e gerais para a realização desse controle externo sobre os partidos, para que não se banalize o mecanismo, bem como não permita a sua utilização para a seleção de forças no sistema. Ainda que se esteja caminhando no campo político, decidir sobre a repressão política de uma determinada agremiação é um dos diversos caminhos que podem ser tomados, devendo, portanto, ser a *ultima ratio* na atuação das instituições para a preservação da democracia.

É importante haver um esforço na direção de fixar alguns critérios abstratos e gerais para controle externo sobre os partidos.

Aliado a isso, o próprio sistema brasileiro oferece um procedimento interessante para a salvaguarda dos direitos partidários diante do controle externo de seu programa. O ordenamento eleitoral constitucional confere às organizações que cumprem os requisitos legais um *status* de partido. Não é qualquer agremiação no Registro Civil

que pode ser considerada juridicamente um, mas somente aquelas que se submetam aos critérios dispostos em lei. Somente após o registro do seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral (TSE) é que se adquire o direito de participar do processo eleitoral; receber recursos do Fundo Partidário, do Fundo Especial de Financiamento de Campanha e ter acesso gratuito ao rádio e à televisão, o que não é pouco.

Desta forma, pode-se adotar um sistema de escala na aplicação de sanções no controle externo dos partidos – inclusive para outros casos, como já é feito pela jurisprudência¹ –, ou seja, detectada uma ameaça aos valores constitucionais por meio da atuação de um partido, é recolhido o conjunto de evidências para a realização do controle judicial sobre o seu programa. Este controle, por ter como base o texto constitucional, entende-se que deve ser feito, em um primeiro momento, pelo TSE (já que engloba a agremiação como um todo único), e logo pelo Supremo Tribunal Federal (STF), já sopesando os valores constitucionais diante dos elementos colhidos anteriormente sobre a atuação da organização partidária.

Na esfera do TSE, configurada a violação de valores por parte dos filiados do partido, abre-se a oportunidade para que os próprios filiados resolvam a questão internamente, sanando a situação. Isso privilegia a autonomia partidária e também resguarda o direito dos demais que não estão envolvidos na situação. Não resolvida a violação de valores, submete-se novamente ao TSE, a fim de que esse suspenda o *status* do partido em questão. Não regularizada a situação, remete-se o caso para o STF, o qual decidirá sobre a extinção definitiva ou não da agremiação.

Claro que muitos fatores ainda merecem atenção na conformação desse controle externo, principalmente no que tange à experiência histórica de cada país e ao distanciamento no tempo das ameaças concretas. Também não cabem dúvidas de que é um tema de prova, pois uma vez incli-

1. Aqui eu me refiro à sanção de extinção de partidos em caso de não apresentação das contas anuais, tal como consta na Constituição de 1988.

nado a um modelo mais agressivo na defesa da democracia, é ao mesmo tempo dar azo à vulnerabilidade das provas que se apresentam para essa avaliação, já que uma ameaça “concreta” pode ser objeto de muitas interpretações. Por outro lado, o conjunto probatório pode ser reforçado quando o modelo de controle é mais conservador, pois exige dos julgadores maior atenção no exame dos indícios e das evidências que podem levar o partido à extinção. Nesse caso, há uma inclinação à verificação dos atos das pessoas físicas, não exatamente da guarida que o partido pode estar dando aos filiados que proferem discursos do ódio, como ocorre no primeiro (GARCÍA ROCA, 2002, p. 330).

Na hipótese que se desenha para o sistema brasileiro, entende-se que tanto a Justiça Eleitoral quanto o STF devem estar envolvidos, independentemente do nível do partido que praticou os atos atentatórios aos valores constitucionais. Isso porque a agremiação tem autonomia, mas também deve ter controle de sua própria organização, e se seus mecanismos internos de liderança de seus filiados falham, é o ente como um todo que deve responder pelo não cumprimento de suas obrigações constitucionais.

Outros detalhes envolvendo o procedimento a ser adotado nessas situações também devem ser pensados e reservados à esfera legislativa. Ainda que se sustente que a Constituição de 1988 traga os elementos que autorizam e possibilitam o controle externo dos partidos, o fato é que se trata de uma medida excepcional que ou deve ter o seu rito disposto por lei – respeitando as prerrogativas do Poder Legislativo, mas assumindo os riscos da ocorrência de uma inércia do Congresso ou mesmo de uma “sabotagem” da missão constitucional de tutela dos valores pelos partidos –; ou se pensa em alguma forma já disposta no ordenamento que comporte o processamento desses casos. Contudo, reconhece-se que esse ponto merece maior reflexão, o que não é possível nos limites deste

ensaio. O que parece claro é que a matéria não pode ser objeto de resolução do TSE, por transbordar muito o espaço normativo da Justiça Eleitoral.

Por último, porém não menos importante, deve-se pensar sobre quais condutas poderão auxiliar na configuração do descumprimento dos valores constitucionais. Claro está que as condutas a serem “tipificadas” dependerão da natureza do controle que se queira fazer. No caso aqui traçado, um candidato com remota oportunidade de vitória proferir discursos e trazer uma pauta atentatória aos direitos fundamentais da pessoa humana remonta a uma situação bem distinta do que outro que possui reais chances de vitória com um discurso igual ou mais contundente. Ressalte-se que o que se objetiva não é silenciar os discursos, evitar que pautas assim entrem no debate público, mas sim que um partido seja utilizado ou conivente com isso, ainda que atente contra a Constituição. A liberdade de expressão é preservada quando não se impede o que se diz, ainda que o “mercado livre” de ideias aqui se constitua em uma polêmica importante. No entanto, o que se objetiva é que uma agremiação partidária, devido à sua importância e protagonismo, não seja uma ponte entre o que profere (e fere) tais ideias contrárias aos direitos fundamentais e a sociedade, não dando voz àqueles que não são tão leais com a democracia e que, se possível, acabariam com ela. Mesmo que a organização partidária consinta com esse comportamento de seus filiados, por mais que tenha natureza de Direito Privado, esse canal de propagação de ideias nocivas à democracia não pode ser isento de controles.

O que, sim, é certo – ao menos para a autora deste ensaio – é que, mesmo não sendo simples, tampouco é impossível provar a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de um partido a partir de um controle sobre os atos de seus militantes. As organizações partidárias devem caminhar juntas à democracia e não se constituírem como ambientes livres para resguardar ataques contra ela. ■

Bibliografia

- CASCAJO CASTRO, José Luis. Controles sobre los Partidos Políticos. In: GONZÁLEZ ENCINAR, José Juan (Coord.). *Derecho de Partidos*. Madrid: Espasa-Calpe, 1992.
- FOGG, Karen; MOLUTSI, Patrick; TJERNSTRÖM, Maja. Conclusions. In: AUSTIN, Reginald; TJERNSTRÖM, Maja (Ed.). *Funding of Political Parties and Election Campaigns*. International IDEA: Stockholm, 2003. p. 169-179.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *El Estado de Partidos*. Madrid: Alianza, 1986.
- GARCÍA ROCA, Javier. La problemática disolución del partido de la prosperidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas. *Revista española de derecho constitucional*, año 22, n. 65, p. 295-334, may./ago., 2002.
- HUNTINGTON, Samuel P. *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*. US: University of Oklahoma Press, 1992.
- KIRCHHEIMER, Otto. *Justicia política: empleo del procedimiento legal para fines políticos*. Comares: Granada, 2001.
- MORODO, Raúl. Partidos y Democracia: Los Partidos Políticos en la Constitución Española. In: MORODO, Raúl et al. *Los Partidos Políticos en España*. Barcelona: Labor Politeia, 1979. p. 5-16.
- RODRIGUEZ DIAZ, Ángel. *Transición Política y Consolidación Constitucional de los Partidos Políticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- ROSANVALLON, Pierre. *La contrademocracia*. La política en la era de la desconfianza. Buenos Aires: Manantial, 2007.
- SOLOZABAL ECHAVARRIA, J. J. Sobre la Constitucionalización de los Partidos Políticos en el Derecho Constitucional y en el Ordenamiento Español. *Revista de Estudios Políticos*, n. 45, p. 155-164, may./jun., 1985.
- VALADÉS, Diego. *El control del poder*. Buenos Aires: Ediar; Universidad de México, 2005.

A propaganda eleitoral antecipada.

Arthur Rollo

Doutor e mestre pela PUC-SP. Professor titular da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Advogado especialista em legislação eleitoral.

Sumário

1. Conceito de propaganda eleitoral e distinção em relação às demais espécies de propaganda política
2. A propaganda eleitoral antecipada
 - 2.1. Pedido explícito de voto
 - 2.2. Valor da multa a ser aplicada pela propaganda eleitoral antecipada
 - 2.3. Prévio conhecimento
3. Conclusões
- Bibliografia

1 Conceito de propaganda eleitoral e distinção em relação às demais espécies de propaganda política

A propaganda eleitoral consiste na modalidade de manifestação de pensamento através da qual partidos, coligações e candidatos pedem diretamente o voto do eleitor, com vistas às eleições. Trata-se de espécie de propaganda política, juntamente com a propaganda intrapartidária e a propaganda partidária, e costumeiramente está associada à divulgação de ideias, opiniões, princípios, pensamentos, propostas e teorias, visando captar a simpatia do eleitor.

A propaganda eleitoral visa distinguir o candidato, o partido e a coligação postulantes dos demais, mediante o destaque de suas ideias, propostas, teses, qualidades e aptidões, e também pode desmerecer seus adversários, ressaltando suas deficiências e características que os desfavorecem. Implica certamente o convite à reflexão e

ao cotejo de características dos postulantes para a elaboração do voto, dentro da consciência de cada eleitor. Sua realização está protegida pelo art. 220 da Constituição Federal (CF), desde que devidamente identificada e feita sob a responsabilidade dos partidos, coligações ou candidatos.

A propaganda eleitoral pode ser feita na modalidade positiva, pedindo diretamente para votar no postulante, ou negativa, pedindo diretamente para não votar em alguém.

Na lição de Joel José Cândido (2005, p. 149):

“Propaganda Política é gênero; propaganda eleitoral, propaganda intrapartidária e propaganda partidária são espécies desse gênero. Propaganda Eleitoral ou Propaganda Política Eleitoral é uma forma de captação de votos usada pelos partidos políticos, coligações ou candidatos, em época determinada por lei, através da divulgação de suas propostas, visando à eleição de cargos eletivos”.

A propaganda partidária tem o propósito de divulgar os ideários partidários, as ações e eventos do partido, bem como a forma de administrar e de atuar de seus membros que já ocupam cargos públicos.

A propaganda intrapartidária, por sua vez, é facultada pelo § 1º do art. 36 da Lei nº 9.504/1997:

“Ao postulante a candidatura a cargo eletivo é permitida a realização, na quinzena anterior à escolha pelo partido, de propaganda intrapartidária com vista à indicação de seu nome, vedado o uso de rádio, televisão e outdoor”.

Essa espécie de propaganda também é denominada de pré-convencional, porque consiste em divulgações restritas ao âmbito do partido ou da coligação, a fim de que o postulante seja ungido candidato pelos convencionais de sua agremiação. Além do âmbito de sua difusão ser restrito, também existe limitação de ordem temporal, que

a restringe à quinzena anterior à realização das convenções.

Como o prazo das convenções se inicia no dia 20 de julho e termina no dia 5 de agosto do ano da eleição,¹ a propaganda intrapartidária só poderá ser veiculada entre os dias 5 e 21 de julho. O que determina o início da propaganda intrapartidária é a data designada para a convenção, nos termos da convocação realizada conforme o estatuto do partido respectivo. O seu período, portanto, varia de agremiação para agremiação.

O que determina o início da propaganda intrapartidária é a data designada para a convenção.

A propaganda intrapartidária não pode ser realizada através de rádio, televisão, *outdoor* e internet, que são formas amplas de divulgação à população em geral. Os meios de veiculação devem ser compatíveis com o âmbito restrito da sua difusão, destinada exclusivamente aos convencionais. Formas amplas de divulgação podem traduzir o objetivo de realizar propaganda eleitoral antecipada, ensejando a punição por parte da Justiça Eleitoral, porque na propaganda intrapartidária existe o pedido de voto direto visando à convenção. Esse pedido de voto direto, ainda que visando à convenção, se for divulgado amplamente, pode desnaturar-se para a propaganda antecipada.

Nos termos da resposta dada à Consulta TSE nº 1.673, a propaganda intrapartidária pode ser feita por meio: da remessa de mensagens eletrônicas, dirigidas exclusivamente aos filiados; da remessa de cartas, exclusivamente aos filiados; da utilização de faixas e cartazes, em locais próximos às convenções ou prévias;² da distribuição de folhetos aos filiados, nos limites do partido.

De acordo com a resposta a essa mesma Consulta, é vedada na propaganda intrapartidária: a

1. Art. 8º, *caput*, da Lei nº 9.504/1997, com redação alterada pela Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015.

2. Que devem ser retirados imediatamente após a convenção, conforme previsto no art. 2º, § 2º, da Resolução TSE nº 23.551/2017.

participação de não filiados nas prévias e convenções; a divulgação do resultado das prévias pela internet; a veiculação de matérias pagas em meios de comunicação.

A propaganda intrapartidária, veiculada sob a forma de faixas e cartazes afixados nas imediações do local em que será realizada a convenção partidária, não possibilita que tais artefatos sejam espalhados por toda a cidade, a pretexto de divulgação destinada aos convencionais. Ainda que a lei não estabeleça parâmetros objetivos que limitem territorialmente a divulgação, existem decisões judiciais restringindo a veiculação a uma distância máxima de um quilômetro do local da convenção. Essa distância pode ser demasiada, em se tratando de cidades pequenas. Deve haver bom senso do aplicador da lei, porque a divulgação pré-convencional é um direito daquele que almeja ser candidato que, de outro lado, não pode utilizar essa difusão como antecipação da propaganda eleitoral.

A regulamentação dessa forma de propaganda é realizada por meio das resoluções baixadas pelo c. Tribunal Superior Eleitoral (TSE), por ocasião de cada pleito.³

O TSE já considerou como propaganda antecipada punível a difusão de propaganda intrapartidária por meio de *outdoor*, fixado em caminhão estacionado em via pública em frente ao local da convenção, no precedente AgR-AI nº 3815, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 4/2/2014, DJe de 20/2/2014:

“Os limites da propaganda intrapartidária foram ultrapassados, pois foi realizada propaganda eleitoral antecipada por meio de *outdoor*, fixado em caminhão, estacionado em via pública, em frente ao local designado para a convenção partidária, de forma ostensiva e com potencial para atingir os eleitores.

De acordo com o entendimento adotado nesta Corte Superior: Para fins de configuração de *outdoor*, a que se refere o art. 39, § 8º, da Lei nº 9.504/97, não é exigido que a propaganda eleitoral

tenha sido veiculada por meio de peça publicitária explorada comercialmente, bastando que o engenho ou o artefato, dadas suas características e/ou impacto visual, se equipare a *outdoor*” (REspe nº 2641-05-PI, Rel. Min. Arnaldo Versiani, DJe de 27/5/2011).

Todas essas diferenças, temporais e formais, das modalidades de propaganda política, podem ser sintetizadas no quadro seguinte:

Propaganda política ⁴			
Espécies	Objetivo	Período de divulgação	Formas
Eleitoral	Visa obter o voto do eleitor.	A partir de 16 de agosto do ano eleitoral.	Previstas pela Lei nº 9.504/1997
Intrapartidária	Visa à escolha do postulante em convenção.	Na quinzena anterior à convenção designada. Entre 5 e 21 de julho.	Proibida a veiculação por meio de rádio, TV, <i>outdoor</i> e internet.
Partidária	Visa à divulgação das ideias e ações partidárias.	Não tem restrição de período.	Previstas pela Lei nº 9.096/1995

A propaganda eleitoral pode ser considerada ilícita pelo tempo, pela forma ou mesmo pela origem dos recursos nela empregados. Será considerada ilícita pelo tempo quando for veiculada antes do período permitido, dita propaganda eleitoral antecipada, ou depois do período permitido, porque a propaganda eleitoral lícita tem data para início e para fim.

Será também ilícita a propaganda eleitoral toda vez em que empregar meios proibidos pela legislação eleitoral e que for financiada por recur-

3. A questão vem regulada pelo § 1º do art. 2º da Resolução TSE nº 23.551, Rel. Min. Luiz Fux, baixada para as eleições de 2018: “§ 1º - Ao postulante a candidatura a cargo eletivo, é permitida a realização, na quinzena anterior à escolha pelo partido político, de propaganda intrapartidária com vista à indicação de seu nome, inclusive mediante a fixação de faixas e cartazes em local próximo da convenção, com mensagem aos convencionais, vedado o uso de rádio, televisão e *outdoor*” (Lei nº 9.504/1997, art. 36, § 1º).

4. Quadro extraído da obra: *Eleições no Direito Brasileiro atualizado com a Lei nº 12.034/09*, p. 139, adaptado de acordo com as Leis nº 13.165, de 29 de setembro de 2015, e nº 13.487, de 6 de outubro de 2017.

sos de origem ilícita, como de pessoas jurídicas, sindicatos e igrejas, por exemplo.

A modificação da legislação em relação à propaganda eleitoral antecipada fez cair por terra a jurisprudência eleitoral anterior, que entendia configurada a propaganda eleitoral antecipada quando mencionados: os méritos e qualidades do postulante, a ação política a ser desenvolvida e o cargo almejado.

Embora *outdoor* seja vedado como artefato de propaganda eleitoral, a jurisprudência admite sua utilização na propaganda partidária, como forma de atrair os filiados para eventos do partido. Nesse sentido, *outdoors* contendo mensagem partidária visando atrair filiados, estampando a foto dos pré-candidatos a prefeito e a vice-prefeito, não configuram propaganda antecipada conforme decidiu o TRE-RS no julgamento do Recurso Eleitoral nº 6715, Rel. Dr. Silvio Ronaldo Santos de Moraes, j. 15/3/2016, DJe de 17/3/2016, p. 2.⁵ O TSE afastou a configuração de propaganda extemporânea na divulgação de *outdoor* contendo foto e os seguintes dizeres: “Odélmo Leão e Arnaldo Silva. Juntos pela saúde. Juntos por Uberlândia”, TSE, REspe nº 621, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 14/9/2017, DJe de 29/9/2017.

Ainda que esse tipo de divulgação não traduza a propaganda eleitoral antecipada, poderá configurar abuso dos meios de comunicação social, dependendo da quantidade de *outdoors* empregada e do seu impacto visual perante o eleitorado.

5. “Recursos. Propaganda eleitoral extemporânea. Outdoor. Art. 36-A da Lei n. 9.504/97. Eleições 2016. Exposição de outdoors com imagem de pré-candidatos aos cargos de prefeito e vice, com suposto propósito de captação de votos. Conteúdo sem alusão ao pleito vindeiro ou à eventual candidatura, inexistindo elementos que possam caracterizar propaganda eleitoral antecipada. Componentes do artefato publicitário restritos a atrair filiados para a grei partidária. Ademais, o marco temporal entre as datas de veiculação da imagem e da ocorrência do pleito mitiga os efeitos que poderia causar na intenção de voto do eleitorado. Irrelevante, no caso, eventual análise da recente modificação legislativa trazida pela Lei n. 13.165/15, já que o próprio conteúdo do material contestado afasta o reconhecimento da ocorrência da propaganda extemporânea. Reforma da sentença para julgar improcedente a representação e, por consequência, afastar a condenação ao pagamento de multa.”

O exercício regular do direito de propaganda política consiste em realizar cada uma de suas espécies dentro dos seus respectivos objetivos, períodos de divulgação e formas, definidos pela legislação eleitoral e pelas resoluções baixadas pelo TSE.

2 A propaganda eleitoral antecipada

As definições de propaganda eleitoral antecipada estão previstas nos arts. 36-A e 36-B da Lei nº 9.504/1997. O primeiro traz uma definição negativa, dizendo as situações que não configuram propaganda antecipada, enquanto que o segundo dispositivo traz uma definição positiva, trazendo uma das hipóteses em que ela restará configurada.

Nenhum dos dispositivos, entretanto, esgota o tema, devendo sua interpretação se dar em conjunto com o *caput* do art. 36 da Lei nº 9.504/1997, que permite a veiculação de propaganda eleitoral a partir do dia 16 de agosto dos anos eleitorais.

Propaganda antecipada é aquela através da qual o pré-candidato pede diretamente o voto do eleitor, antes do dia 16 de agosto do ano da eleição. Trata-se de propaganda eleitoral irregular quanto ao tempo, por ser veiculada antes do período permitido, e sujeita o responsável pela sua divulgação, e também seu beneficiário desde que provado seu prévio conhecimento, à multa no valor de R\$ 5.000,00 a R\$ 25.000,00 ou equivalente ao custo da propaganda, se este for maior, conforme prescreve o art. 36, § 3º, da Lei nº 9.504/1997.

A modificação introduzida pela Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015, no art. 36-A da Lei nº 9.504/1997 flexibilizou bastante a pré-campanha, tendo a propaganda antecipada ficado restrita ao pedido direto de voto, que continua sendo interpretado por nossos Tribunais Eleitorais casuisticamente. Acabou aquela hipocrisia de todo mundo saber que o sujeito seria candidato e de ele mesmo não poder confirmar isso, quando questionado.

O objetivo da alteração legislativa foi permitir que os pré-candidatos divulguem essa sua condição e angariem apoios antes mesmo do período de propaganda eleitoral, postergado para ter início apenas em 16 de agosto.

Tanto o art. 36-A quanto o art. 36-B da Lei nº 9.504/1997 trazem hipóteses exemplificativas, cabendo aos Tribunais Eleitorais, de forma casuística, estabelecer em quais situações restará configurada a propaganda eleitoral antecipada. A minirreforma eleitoral de 2015, ao flexibilizar as divulgações pré-eleitorais, acompanhou a jurisprudência pacificada no TSE a respeito do tema.

O objetivo primordial da legislação eleitoral e da Justiça Eleitoral é assegurar que a vontade do eleitor, livre de vícios e de influências perniciosas, seja colhida pelas urnas.

A propaganda eleitoral tem papel fundamental na formação da consciência do eleitor e sua difusão ampla garante que todos, independentemente de condição social e econômica, tenham acesso ao poder. De acordo com Fávila Ribeiro (1990, p. 33), a propaganda eleitoral é fundamental para o amadurecimento das opiniões:

“A dinâmica da ordem política necessita que se entrecruzem ideias divergentes, oferecendo posições contrapostas, dando margem a que no entrelaço de opiniões possam emergir soluções negociadas, para crescente ampliação das conquistas coletivas.

A liberdade política envolve discussão pública, possibilitando o progresso da ordem política seja alcançado pelas discrepâncias no interior da própria ordem política.

Pela liberdade de oposição no contexto da ordem política torna-se viável e regular a alternância no poder, sem riscos para a continuidade do regime político”.

A propaganda eleitoral ampla é a arma de que dispõe o candidato para tornar-se conhecido perante o eleitorado. Quem realiza propaganda eleitoral antecipada, além de estar sujeito ao pa-

gamento de multa, pode vir a cometer abuso do poder econômico, porque estará realizando despesas de campanha antes da expedição do CNPJ de campanha, antes da abertura de conta-corrente específica e antes da época permitida para a arrecadação de recursos, ou mesmo abuso dos meios de comunicação social.⁶ Dependendo, portanto, do vulto das despesas realizadas para a veiculação da propaganda antecipada, poderá restar também configurado o abuso, passível de cassação do registro ou do diploma do infrator.

A propaganda eleitoral ampla é a arma de que dispõe o candidato para tornar-se conhecido.

Qualquer forma de propaganda eleitoral, mesmo que autorizada pela legislação, quando feita antes do dia 16 de agosto do ano da eleição, será considerada irregular. Apenas a partir dessa data é que, do ponto de vista cronológico, passa a propaganda eleitoral a ser lícita.

A lei não prevê expressamente data para o início da incidência de punição pela propaganda eleitoral antecipada. Entretanto, tendo em conta que o objetivo da propaganda eleitoral é a obtenção do voto, não achamos viável a lembrança de um pedido verificado um ano antes da eleição.

6. Nesse sentido: “O uso indevido dos meios de comunicação caracteriza-se, na espécie, pela veiculação de nove edições do Jornal Correio do Vale, no período de março a julho de 2010, nos formatos impresso e eletrônico, com propaganda eleitoral negativa e graves ofensas pessoais a Sebastião Pereira Nascimento e Carlos Eduardo Vilela, candidatos aos cargos de deputados estadual e federal nas Eleições 2010, em benefício do recorrido – único editor da publicação e candidato a deputado estadual no referido pleito. Na espécie, a potencialidade lesiva da conduta evidencia-se pelas graves e reiteradas ofensas veiculadas no Jornal Correio do Vale contra os autores da AIJE, pelo crescente número de exemplares distribuídos gratuitamente à medida que o período eleitoral se aproximava e pelo extenso período de divulgação da publicação (5 meses)” (TSE, Recurso Ordinário nº 938324, Rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 31/5/2011, DJE de 1º/8/2011, p. 231-232).

Achamos razoável que, para fins de interpretação, seja considerado como termo inicial da propaganda eleitoral antecipada o primeiro dia do ano eleitoral. Isso porque fatos anteriores, a nosso ver, cairão no esquecimento, e não terão o potencial de desequilibrar a disputa.

A modificação do art. 36-A da Lei nº 9.504/1997, introduzida pela Lei nº 13.165, de 29/9/2015, praticamente reservou a configuração da propaganda eleitoral antecipada para as situações em que o pedido de voto é direto. O postulante pode dizer que é pré-candidato, pedir apoio político e divulgar as ações políticas passadas e futuras.

Não obstante isso, persiste a proibição de realização de gastos típicos de campanha antes do pedido de registro de candidatura, da obtenção do CNPJ de campanha, da abertura de conta-corrente específica e da arrecadação de recursos eleitorais de fontes lícitas. Isso significa que, ainda que a forma de divulgação não configure propaganda antecipada, pode representar abuso do poder econômico e dos meios de comunicação social, dependendo do volume de gastos empregado e do impacto visual da divulgação.

2.1. Pedido explícito de voto

De acordo com a expressa redação do art. 36-A, *caput*, da Lei nº 9.504/1997, mesmo antes do dia 16 de agosto do ano da eleição, o pré-candidato

pode assim dizer-se, inclusive mencionando o cargo a que pretende concorrer, e também ressaltar seus méritos e qualidades pessoais, que o destaque perante a população, desde que não formule “pedido explícito de voto”. A jurisprudência do TSE é no mesmo diapasão.⁷

Além do tradicional “vote em mim”, o TSE interpretou como pedido direto de voto a concessão de entrevista com os seguintes dizeres: “eu vou ter muita honra de ser prefeito da cidade, se Deus permitir e o povo; a única coisa que eu peço ao povo é o seguinte: ter esta oportunidade de gerir”. De acordo com o ministro relator, Jorge Mussi, tais colocações traduziram pedido direto de voto.⁸

O pré-candidato também pode participar de entrevistas,⁹ encontros e debates no rádio, na televisão e na internet, devendo cuidar de atentar à observância da isonomia em relação aos dois primeiros. Vale dizer, o pré-candidato pode participar de entrevistas no rádio e na TV, desde que não monopolize a programação desses veículos, como costuma acontecer quando sua família ou algum amigo é proprietário da emissora. As emissoras de rádio e televisão devem cuidar de distribuir os convites entre os candidatos de diferentes agremiações, podendo, todavia, dar um pouco mais de ênfase a qualquer deles, desde que justificado no interesse jornalístico.

Estão igualmente permitidos, antes de 16 de agosto do ano da eleição, encontros, seminários e congressos em ambiente fechado, pagos pelos partidos políticos, visando à preparação das eleições, ou seja, à discussão de planos de governo, de alianças partidárias, estratégias de campanha, etc. Por “ambiente fechado” entende-se que tais eventos não podem estar abertos ao público, até porque nesse tipo de evento, que congrega simpatizantes e apoiadores, os discursos costumam ser acalorados e podem ser interpretados como pedido explícito de voto. Também deve haver cuidado na divulgação desses eventos, porque poderá restar configurada a

7. “A propaganda eleitoral extemporânea caracteriza-se somente quando há o pedido explícito de votos, nos termos do art. 36-A da Lei nº 9.504/97 (AgR-REspe nº 22-26/MA, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 7.3.2017 e REspe nº 51-24/MG, de minha relatoria, PSESS em 18.10.2016)” (TSE, REspe nº 25603, Rel. Min. Luiz Fux, j. 5/12/2017, DJE de 8/3/2018, p. 27-28).

8. TSE, Agravo no Recurso Especial Eleitoral nº 10-87.2016, j. 27/2/2018, DJE de 26/3/2018.

9. “Representação. Matéria jornalística. Divulgação na internet. Propaganda eleitoral antecipada dissimulada. Não configuração. A teor do disposto no inciso I do art. 36-A da Lei 9.504, a divulgação de mera entrevista, através de jornal eletrônico, de pré-candidata onde discursa e leva ao conhecimento da população sua plataforma e projetos políticos, sem pedido expresso ou dissimulado de votos, não configura propaganda eleitoral antecipada, inexistindo qualquer ilicitude” (TRE-RO, RP nº 125232, Rel. Dimis da Costa Braga, j. 31/3/2016, DJe de 8/4/2016).

propaganda antecipada se o âmbito da divulgação extrapolar a esfera interna do partido.

O TSE não considerou propaganda antecipada a realização de reunião eleitoral em hotel, no mês de julho do ano da eleição, para divulgação da pré-candidatura, mesmo com animação de artista se não houve pedido direto de voto. Também não importa que tenha havido a menção ao partido, ao cargo a ser disputado, bem como à fotografia do candidato, que são conteúdos albergados “pelas liberdades de expressão e informação”.

Muito embora a lei eleitoral permita expressamente eventos preparatórios da campanha realizados em ambiente fechado, o TSE não considerou propaganda eleitoral antecipada a realização, antes de 16 de agosto do ano da eleição, de eventos de pré-campanha eleitoral, tais como passeatas, com abraços e cumprimentos a populares, e a sua divulgação, através de fotos, nas redes sociais mantidas pelo pré-candidato, por ausente o “pedido explícito de voto”. Nem mesmo as fotos com as mãos espalmadas, em clara alusão ao número do candidato, 55, foram consideradas pedido direto de voto.¹⁰

No mesmo sentido, decidiu o TSE que podem ser promovidas “Caminhadas da Cidadania” por associação de bairro ligada a deputado estadual. Os discursos podem fazer menção a pré-candidatos e a partidos, desde que não haja pedido direto de voto.¹¹

Também está expressamente permitida a realização de prévias partidárias, precedidas das divulgações dos candidatos que as disputarão. A difusão de seus resultados deve ficar restrita ao âmbito partidário. O partido pode, entretanto, destacar na sua propaganda seus filiados de relevo: “O destaque dado a lideranças de expressão não desvirtua a propaganda partidária, desde que sem teor eleitoral ou exclusiva promoção pessoal” (TSE, RP nº 29487, Rel. Min. Herman e Benjamin, j. 16/2/2017, DJe de 9/3/2017).

Estão assegurados os debates legislativos e atos parlamentares, inclusive transmitidos pelos canais

oficiais no rádio, na televisão e na internet, desde que não haja pedido de voto.

Tanto os eleitores quanto os pré-candidatos podem assumir posicionamento pessoal sobre questões políticas na internet e nas redes sociais, até porque eles decorrem da liberdade de manifestação de pensamento do art. 220 da CF.

Pedir apoio para a pré-candidatura não se confunde com pedir o voto do eleitor.

Assegura o art. 23, inciso VII, da Lei nº 9.504/1997, a realização na pré-campanha da arrecadação de recursos por meio de vaquinhas na internet.

O § 2º do art. 36-A da Lei nº 9.504/1997 garante, expressamente, o direito de o pré-candidato divulgar sua pré-candidatura, suas ações políticas passadas e futuras. Vale dizer, o pré-candidato pode dizer a qual cargo pretende concorrer, assim como também divulgar seu currículo, suas realizações passadas e as razões que o motivaram a ingressar ou continuar na vida pública. Tudo isso pode ser feito, desde que não configure pedido direto de voto.

Pedir apoio para a pré-candidatura não se confunde com pedir o voto do eleitor. Pedir que o povo permita a continuidade do trabalho do de-

10. “Consoante o entendimento mais atual desta Corte Superior, de acordo com a moderna interpretação jurisprudencial e doutrinária acerca do art. 36-A da Lei 9.504/97, a publicidade que não contenha expresse pedido de voto não configura propaganda eleitoral (AgR-REspe 1112-65/SP, rel. Min. TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO, DJe 5.10.2017). De acordo com o delineamento fático consignado no acórdão regional, não há falar em propaganda eleitoral extemporânea, tendo em vista que não houve pedido expresse de voto, mas, tão somente, mera menção a genéricos apoios políticos” (TSE, AG no AG no REspe nº 310-56.2016.6.20.0009, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 19/12/2017, DJe de 22/2/2018, p. 119).

11. TSE, Ag. Reg. em REspe nº 1-94.2016.6.25.0009, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 3/11/2017.

putado, conferindo-lhe seu voto, constitui pedido direto de voto, conforme já decidiu o TSE no precedente de Aracati-CE.¹²

Não configura propaganda antecipada o festejo de aniversário do pré-candidato, se não houve o pedido direto de voto, mesmo que exaltadas suas qualidades e condição de postulante. Nesse sentido:

“REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA. FESTA DE ANIVERSÁRIO CONDUZIDA PELO ANIVERSARIANTE. PRÉ-CANDIDATO ÀS ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE 2016. MENÇÃO À FUTURA CANDIDATURA FEITA POR ELE E POR POLÍTICOS ALI PRESENTES. PROMOÇÃO PESSOAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 36-A DA LEI Nº 9.504/1997 COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.165/2015. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. MANTIDA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU.

1. Pela nova redação do art. 36-A da Lei nº 9.504/1997, é permitida a menção à pretensa candidatura e a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos, desde que não haja ‘pedido explícito de voto’.

2. O evento organizado pelo pré-candidato ocorreu após a entrada em vigor da Lei nº 13.165/2015, passando a ser regido por ela.

3. A menção à futura candidatura e a manifestação de apoio por parte de políticos locais não caracterizam o ato como propaganda antecipada, pois não houve pedido ostensivo de voto.

4. Mantida a Sentença do Juízo de 1º Grau” (TRE-PA, Recurso Eleitoral nº 3695, Rel. Lucyana Said Daibes Pereira, j. 29/4/2016, DJe de 9/5/2016, p. 4-5).

Ausente o pedido explícito de voto, que pode ser inferido das circunstâncias se o pré-candidato pede o apoio da população para chegar à Câmara

Federal ou à Assembleia Legislativa, não existe a propaganda eleitoral antecipada. Pode o pré-candidato dizer essa sua condição, mencionar suas qualidades, propostas e até mesmo pedir apoio para a sua pré-campanha e o engajamento de militantes.

2.2. Valor da multa a ser aplicada pela propaganda eleitoral antecipada

A multa decorrente da propaganda eleitoral antecipada deve ser individual, ou seja, havendo mais de um responsável pela sua realização, cada um deverá ser apenado com multa individualmente, no valor de R\$ 5 mil a R\$ 25 mil ou equivalente ao custo da propaganda, se for maior.

Não existe solidariedade na imposição da multa por propaganda antecipada. Nesse sentido a jurisprudência do TSE já está pacificada, como se infere do precedente:

“Não cabe a redução de multa por propaganda eleitoral antecipada já imposta em seu grau mínimo e fundamentada nas circunstâncias averiguadas no caso concreto.

Conforme já decidiu o TSE, existindo mais de um responsável pela propaganda irregular, a pena de multa deve ser aplicada individualmente, e não de forma solidária (AgR-AI nº 7.826, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJE de 24.6.2009). No mesmo sentido: ED-AgR-REspe nº 27.887, rel. Min. José Delgado, DJ de 4.10.2007”.¹³

O valor da multa a ser aplicada, em princípio, sempre será o mínimo. Sua elevação deve ser fundamentada na reiteração da conduta por parte do infrator ou mesmo na visibilidade e repercussão do meio utilizado. Essa fundamentação, sem dúvida, é a garantia da possibilidade de avaliação da proporcionalidade da pena imposta em sede de recurso.

Naqueles casos de propagandas eleitorais antecipadas de alto custo, como aquelas veiculadas pelo rádio e pela televisão, o limite máximo da multa será o custo estimado da propaganda de acordo com o mercado. De qualquer sorte, a apli-

12. Agravo no Recurso Especial Eleitoral nº 10-87.2016, j. 27/2/2018, DJe de 26/3/2018.

13. TSE, AgR-REspe nº 6881, Rel. Min. Henrique Neves, j. 19/9/2013, DJe de 8/10/2013.

cação da multa correspondente ao custo também deverá ser justificada na grande repercussão do meio de propaganda indevidamente empregado.

Além da multa pela propaganda eleitoral antecipada, poderá o candidato beneficiário ser punido por abuso do poder econômico ou dos meios de comunicação social, em casos mais extremos. A Resolução TSE nº 23.551, Rel. Min. Luiz Fux, reproduz, no seu art. 118 e parágrafo único, o art. 367, § 2º, do Código Eleitoral, que possibilita o aumento, em até dez vezes, das multas eleitorais de natureza não penal. Na prática, significa que a multa de R\$ 25 mil poderá ser de até R\$ 250 mil, o que é valor mais do que suficiente para punir infrações dessa natureza.

A variação da multa de R\$ 5 mil a R\$ 250 mil permite ampla discricionariedade do julgador e assegura punição proporcional a qualquer tipo de infração e agravo.

2.3. Prévio conhecimento

A realização da propaganda antecipada acarreta a punição do “responsável pela divulgação” e do candidato beneficiário apenas “quando comprovado seu prévio conhecimento”. O ônus dessa prova cabe ao representante, que deve, nos termos do art. 40-B da Lei nº 9.504/1997,¹⁴ instruir a petição inicial, desde logo, com documentos que demonstrem o prévio conhecimento do representado. Essa prova pode ser feita, por exemplo, a partir da demonstração de que esse reside ou trabalha na mesma rua em que foi veiculada a propaganda irregular, ou mesmo inferida das próprias circunstâncias e, principalmente, da notoriedade da veiculação, que demonstrem “a impossibilidade de o beneficiário não ter tido conhecimento da propaganda”.¹⁵

Diante da ausência da demonstração, *ab initio*, do prévio conhecimento, caberá à Justiça Eleitoral intimar o beneficiário para remover a propaganda irregular, em 48 horas. Ainda que ele não tenha sido o responsável pela propaganda irregular, o ônus da retirada é seu, sob pena de restar caracte-

rizado seu prévio conhecimento, o que ensejará a aplicação da penalidade prevista no art. 36, § 3º, da Lei nº 9.504/1997.

Será punido o beneficiário que, uma vez intimado da existência da propaganda irregular, não promover a sua regularização no prazo de 48 horas. Da mesma forma, quando as circunstâncias e peculiaridades do caso denotarem a impossibilidade do seu desconhecimento, também será ele responsabilizado. Não poderá esse negar, por exemplo, a propaganda eleitoral irregular de grande repercussão e impacto visual, notadamente quando realizada em cidade pequena.

A propaganda eleitoral decorre do exercício da liberdade de manifestação de pensamento.

Além de provar a existência da propaganda eleitoral antecipada, o representante deverá, na petição inicial da representação, fazer a prova também da responsabilidade e/ou do prévio conhecimento do beneficiário.

3 Conclusões

A propaganda eleitoral configura espécie de propaganda política e decorre do exercício da liberdade de manifestação de pensamento. Resta presente apenas e tão somente com o pedido direto de voto, positivo ou negativo, para o partido, coligação ou candidato.

Essa modalidade de propaganda tem data para início e para fim. Se realizada antes do dia 16 de agosto do ano da eleição, diz-se antecipada, e configura propaganda eleitoral irregular quanto ao tempo, sujeita a multa de R\$ 5 mil a R\$ 25 mil ou

14. Incluído pela Lei nº 12.034/2009.

15. Parágrafo único do art. 40-B da Lei nº 9.504/1997.

equivalente ao custo da propaganda, se for maior. Ainda, em casos excepcionalíssimos, pode a multa máxima ser aumentada em dez vezes.

Havendo mais de um responsável pela veiculação da propaganda, todos merecerão punição individual, não comportando aplicação o instituto da solidariedade.

Considera-se propaganda eleitoral antecipada aquela que pede explicitamente o voto do eleitor, ainda que esse pedido seja inferido da solicitação de apoio para continuar na Câmara Federal ou na Assembleia Legislativa. Essa afirmação de continuidade, conforme precedente recente do TSE, configura o pedido direto de voto.

A propaganda eleitoral antecipada, a fim de alcançar seu objetivo, deve ser veiculada pouco tempo antes da eleição. Do contrário cai no es-

quecimento. Por isso, entendemos que apenas pode restar configurada no ano da eleição, porque pedir voto antes disso é inócuo.

Os partidos podem organizar encontros e seminários fechados de preparação para as eleições. Os pré-candidatos podem participar de entrevistas e debates de ideias.

A punição do beneficiário da propaganda eleitoral antecipada exige a demonstração do seu prévio conhecimento, que pode ser inferido das circunstâncias do caso concreto. Ausente a prova do prévio conhecimento, o candidato beneficiário será notificado para retirar a propaganda irregular. Se o fizer no prazo de 48 horas, não será punido. Do contrário, será responsabilizado, ainda que, em princípio, não tenha sido o autor da divulgação irregular. ■

Bibliografia

CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 11. ed. 3. tir. Bauru: Edipro, 2005.

RIBEIRO, Fávila. *Abuso de Poder no Direito Eleitoral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Pressupostos Constitucionais do Direito Eleitoral no Caminho da Sociedade Participativa*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990.

ROLLO, Alberto; BRAGA, Enir. *Comentários à Lei nº 9.100, de 1995*. São Paulo: Fiuza, 1996.

_____. *Comentários à Lei Eleitoral nº 9.504/97*. São Paulo: Fiuza, 2000.

ROLLO, Arthur Luis Mendonça. Formas de propaganda eleitoral permitidas e proibidas. Propaganda institucional – vedação nos três meses anteriores ao pleito. In: _____. *Propaganda Eleitoral: Teoria e Prática*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Reforma política e propaganda eleitoral. In: _____. *Reforma Política: Uma Visão Prática*. São Paulo: Iglu, 2007.

_____. Propaganda eleitoral. In: _____. *Eleições no Direito Brasileiro atualizado com a Lei nº 12.034/09*. São Paulo: Atlas, 2010.

A controvérsia não equacionada.

Análise jurídico-constitucional do modelo normativo de sucessão na chefia do Executivo brasileiro (CE, art. 224, §§ 3º e 4º).

Carlos Eduardo Frazão

Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Assessor de ministro do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral (assessor-chefe). Consultor legislativo da Câmara dos Deputados. Professor de Direito Constitucional e Eleitoral do IDP e da ABDConst.

Sumário

1. Introdução
2. A inconstitucionalidade *parcial* com redução do art. 224, § 3º, do Código Eleitoral: as consequências incompatíveis com a Constituição da exigência de trânsito em julgado para a realização de novas eleições
3. O reduzido âmbito de aplicabilidade do *caput* do art. 224 do Código Eleitoral
4. A inconstitucionalidade do § 4º do art. 224 do Código Eleitoral: a vedação de o legislador disciplinar as formas de vacância de chefes do Poder Executivo
5. Considerações finais

Bibliografia

1 Introdução

Um dos aspectos trazidos pela minirreforma eleitoral levada a efeito, em 2015,¹ pela Lei nº

1. Uma nota de ironia: no Brasil, no ano anterior à eleição, é veiculada uma minirreforma eleitoral, não obstante a edição da Lei nº 9.504, em 1997, intitulada de Lei das Eleições, cujo propósito precípua consistia exatamente em evitar a proliferação dessas leis pontuais. Em 2017 não foi diferente, e nova minirreforma eleitoral foi levada a efeito, com a promulgação da EC nº 97 e da Lei nº 13.488. Dentre outras modificações, a última minirreforma introduziu o financiamento coletivo para arrecadação de recursos em campanhas eleitorais (*crowdfunding*), extinguiu as coligações em pleitos proporcionais a partir de 2020, permitiu o impulsionamento de propagandas pagas na internet e instituiu o fundo eleitoral de campanhas eleitorais. Por escaparem ao objeto deste estudo, examinarei aludidas alterações em outra oportunidade.

13.165 ainda não restou equacionado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a despeito das ações diretas ajuizadas:² os impasses gerados pelos §§ 3º e 4º do art. 224 do Código Eleitoral (CE). Aludidos preceitos, também introduzidos pela minirreforma, dispõem que o pronunciamento da Justiça Eleitoral que importar o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, após o trânsito em julgado, a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados. Verificadas essas situações nos seis últimos meses de mandato, haverá eleição indireta; nos demais casos, direta.

Apesar de aparentemente despretensiosos, os §§ 3º e 4º têm suscitado candentes discussões entre os eleitoralistas, que questionam (i) sua validade jurídico-constitucional para disciplinar hipóteses de dupla vacância na chefia do Executivo, (ii) seu correto âmbito de incidência, sobretudo quando em cotejo com o *caput* do mesmo artigo,

(iii) a razoabilidade da exigência de trânsito em julgado para a realização de eleições suplementares³ com os cânones reitores do processo eleitoral, notadamente porque pode dar azo a uma espécie de **parlamentarismo à brasileira**, e (iv) eventuais impactos advindos de sua aplicação para essas eleições, *i.e.*, anulação das eleições, independentemente do número de votos anulados.

Este artigo propõe uma reflexão teórica sobre essa controvérsia não equacionada.

2 A inconstitucionalidade *parcial* com redução do art. 224, § 3º, do Código Eleitoral: as consequências incompatíveis com a Constituição da exigência de trânsito em julgado para a realização de novas eleições

O primeiro conjunto de críticas aos §§ 3º e 4º do art. 224 é de ordem **jurídico-constitucional**.⁴ De toda a equação normativa, vislumbro inconstitucionalidade em apenas **duas** situações: no § 3º, apenas quanto à exigência do trânsito em julgado para a realização de novas eleições; e integralmente do § 4º.⁵ É que, metodologicamente, a invalidação jurídico-constitucional de leis ou atos normativos deve amparar-se, segundo penso, nas estritas hipóteses de (i) ofensa manifesta e flagrante, formal ou material, ao texto constitucional, (ii) defesa dos pressupostos ao adequado funcionamento das instituições democráticas, (iii) tutela do direito de igualdade das minorias e (iv) sempre que a incidência da norma no plano fático produzir resultados dissonantes daqueles esperados pela Constituição da República.⁶ E não vislumbro qualquer preceito que evidencie a opção do constituinte por um modelo de assunção do segundo colocado, em detrimento daquele instituído na nova redação do § 3º do art. 224.

Dito noutros termos, um **arranjo normativo ruim** – como muitos defendem ser o § 3º – não é necessariamente inconstitucional. A discordân-

2. Trata-se das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nº 5.525 e nº 5.619, ajuizadas, respectivamente, pelo procurador-geral da República e pelo Partido Social Democrático (PSD).

3. Tecnicamente, trata-se de hipótese de renovação da eleição, e não de eleições suplementares. Na **eleição suplementar**, há apenas a renovação parcial da votação em uma (ou algumas) seção (seções), ao passo que a **renovação da eleição** implica a realização de novo processo eleitoral em dada circunscrição. Em doutrina, cf. ZÍLIO, 2016, p. 73. Na jurisprudência, cf. TSE, REspe nº 21.141, Rel. Min. Fernando Neves, DJ de 29/8/2003: “[a **eleição suplementar**] ocorre quando é necessário repetir-se a votação em alguma seção eleitoral que tenha sido anulada por um dos motivos previstos no capítulo VI do Código Eleitoral, que trata das nulidades da votação. Por certo que o caso dos autos não é de eleição suplementar, visto que **todo o pleito majoritário foi renovado** [renovação de eleição] e não apenas algumas seções” (grifo nosso). No texto, porém, as expressões serão utilizadas de maneira intercambiável.

4. Cito, ilustrativamente, a ADI nº 5.585, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, ajuizada pelo procurador-geral da República, em que se sustenta o ultraje aos seguintes princípios constitucionais: (i) da soberania popular (art. 1º, parágrafo único), (ii) federativo (arts. 1º, *caput*, e 18, *caput*), (iii) inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV), (iv) do *substantive due process of law* e da proporcionalidade (art. 5º, inciso LIV), (v) princípio da finalidade (art. 37, *caput*), (vi) da economicidade (art. 70, *caput*), bem como (vii) à normativa de sucessão presidencial em casos de dupla vacância (art. 81, *caput*, e § 1º).

5. O ponto será desenvolvido no item 3.

6. Sobre o tema, cf. FUX; FRAZÃO, 2015, p. 35-72.

cia com o regime de novas eleições para a chefia do Executivo não autoriza o intérprete/aplicador a advogar por sua inconstitucionalidade por recair em subjetivismo e voluntarismo judicial indesejáveis e excessivamente nocivos à estabilidade e ao equilíbrio das instituições. É preciso reconhecer que o Poder Legislativo se afigura como *locus* de tomada de decisões de primeira ordem dentro de um sistema democrático, de maneira que possui, justamente por isso, amplo espaço de conformação legislativa para pensar, repensar e definir arranjos normativos, notadamente em matéria político-eleitoral. Tal espaço de limitação, por evidente, não se revela absoluto e é balizado pela moldura delineada pelo constituinte, seja por **regras específicas** para disciplinar determinado assunto (*e.g.*, opção do constituinte por disciplinar a dupla vacância da chefia do Executivo federal, a teor de seu art. 81, *caput* e § 1º), seja pela previsão de **princípios substantivos** (*e.g.*, soberania popular, pluralismo político, igualdade de chances), que, a despeito de sua vagueza, manietam a discricionariedade do legislador, impedindo que se distancie do estado de coisas a ser realizado por essas normas fundamentais. No mais, e como dito, a tutela dos direitos das minorias, cujas pautas, não raro, são obstadas nas instâncias políticas majoritárias, como casamento homoafetivo, aborto, legalização da maconha, e a defesa dos pressupostos democráticos também autorizam, a meu sentir, a atuação mais incisiva por parte da Suprema Corte, de ordem a invalidar atos e diplomas normativos emanados dos órgãos majoritários.

Volvendo à análise do § 3º, acredito que a exigência de trânsito em julgado para a realização de novas eleições produz, no plano dos fatos, resultados inconstitucionais. Isso porque, quando se examina a legislação de regência e a jurisprudência sobre o tema, uma consequência possível é a assunção do presidente da Câmara Municipal à chefia do Executivo, cenário que instituiria, em um sem-número de hipóteses, uma espécie de

parlamentarismo à brasileira. Convém melhor desenvolver.⁷

Um arranjo normativo ruim – como muitos defendem ser o § 3º – não é necessariamente inconstitucional.

Ao conceber o § 3º, a inequívoca intenção do legislador era reverter a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), segundo a qual a incidência do art. 224 pressupunha que o candidato cassado tivesse amealhado, sozinho, mais de 50% dos votos válidos (não computados os votos em branco e os nulos).⁸ Assim, se a nulidade dos votos do candidato cassado não inquinasse mais de 50% dos votos válidos, haveria a convocação do segundo colocado no certame, não se realizando novo pleito.⁹ Justamente por isso, forjou-se uma saída normativa em que a realização de novas eleições ocorreria, em eleições majoritárias, independentemente do número de votos anulados, sempre que o candidato eleito tiver em seu desfavor um pronunciamento judicial de indeferimento de registro, de cassação do diploma ou de perda do mandato.

Tais motivos constam, expressamente, do Relatório Parcial 4/2015, da Comissão Temporária de Reforma Política do Senado Federal, confiado ao senador Romero Jucá, no qual se afirma que

7. Defendi esse posicionamento com a professora Marilda Silveira em artigo intitulado “Entre cassação e recursos, quem governa?”. Disponível em: <<https://www.jota.info/colunas/e-leitor/e-leitor-em-saio-sobre-um-caos-anunciado-entre-cassacao-e-os-recursos-quem-governa-11112016>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

8. TSE, ED, REspe nº 25855, Rel. Min. Ayres Britto, DJ de 11/4/2008: “[...] na aplicação do art. 224 do Código Eleitoral é preciso que o candidato cassado – sozinho – haja obtido mais de 50% (cinquenta por cento) dos votos válidos, não entrando neste cálculo os votos originariamente nulos”. Em outro trabalho, manifestei a incoerência desse entendimento esposado pelo TSE. Cf. FUX; FRAZÃO, 2016.

9. TSE, RCED nº 671, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 3/3/2009 (Caso Jackson Lago). A mesma orientação foi aplicada no RO nº 1.497, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 2/12/2012 (Caso Cássio Cunha Lima).

“a invalidação da candidatura vencedora, seja em primeiro, seja em segundo turno, deve acarretar a realização de novas eleições, pondo fim a qualquer interpretação no sentido de que seja dada posse ao segundo colocado”. Como justificativa, aduziu o relatório que “os valores a serem preservados são a lisura e a legitimidade do pleito, e o respeito à vontade popular”, de modo que “conferir o poder ao candidato de uma dada minoria significa[ria] ferir a legitimidade para o exercício do poder e os próprios fundamentos da democracia”.

Sucedendo que, diversamente do que propôs o legislador, condicionar a realização de novas eleições ao trânsito em julgado, antes de fortalecer, amesquinha aludidos valores. E não poderia ser diferente. Eventual afastamento do candidato eleito (por indeferimento de registro, cassação de diploma ou perda do mandato) não autorizará, de imediato, a convocação do novo pleito, habilitando, em consequência, a assunção do presidente da Câmara Municipal à titularidade da chefia do Executivo local. Tomemos dois exemplos para ilustrar o ponto.

Primeiro exemplo. Imaginemos uma eleição municipal com quatro candidatos: **candidato A**, 35% dos votos válidos, registro **indeferido** na data do pleito e recurso pendente de julgamen-

to; **candidatos B, C e D**, com, respectivamente, 30%, 25% e 10% dos votos válidos e todos com registro **deferido** na data da eleição. Nessa situação temos que (i) o candidato A não poderá ser diplomado, nos termos do art. 171 da Resolução nº 23.456, do TSE,¹⁰ e (ii) o candidato B também não poderá ser proclamado eleito, uma vez que, a despeito de ter obtido o maior número de votos válidos na eleição (lembrando que os votos atribuídos ao candidato A são considerados nulos), existe candidato com registro indeferido, mas com recurso ainda pendente, e cuja votação nominal tenha sido maior (no exemplo, o candidato A, nos termos do art. 167, inciso II, da aludida resolução).¹¹

Contudo, por exigir o trânsito em julgado para a realização de novas eleições, o § 3º do art. 224 não informa quem assumirá a titularidade da municipalidade enquanto perdurar a indefinição jurídica do candidato A. E isso chancelaria, pela via oblíqua, a assunção do presidente da Câmara Municipal à chefia do Executivo.

Segundo exemplo. Eleição municipal também com quatro candidatos: **candidatos A, B, C e D**, com, respectivamente, 35%, 30%, 25% e 10% dos votos válidos, e todos com registro deferido na data da eleição. Nesse caso, o candidato A será proclamado eleito e, em condições normais, diplomado e empossado.¹² No entanto, se o registro de candidatura de A estiver com recurso especial pendente de julgamento no TSE, eventual pronunciamento de indeferimento do registro ensejará duas consequências: (i) a cassação do diploma ou a retirada do cargo, se eventualmente diplomado ou empossado,¹³ (ii) a renovação do pleito, a qual somente poderá ocorrer, todavia, após o trânsito em julgado, nos termos do art. 224, § 3º. Materializada a situação, mais uma vez o titular do Executivo municipal será o presidente do Legislativo.

Diante desses cenários, indaga-se: a assunção à titularidade do Executivo municipal do presidente da Câmara Municipal, ainda que provisoriamente,

10. Resolução TSE nº 23.456/2015: “Art. 171 - Não poderá ser diplomado nas eleições majoritárias ou proporcionais o candidato que estiver com o registro indeferido, ainda que *sub judice*”.

11. Resolução TSE nº 23.456/2015: “Art. 167 - Nas eleições majoritárias, respeitado o disposto no § 1º do art. 165, serão observadas ainda as seguintes regras para a proclamação dos resultados: [...]

II - não deverá a Junta Eleitoral proclamar eleito o candidato que obtiver o maior número de votos válidos, se houver candidato com registro indeferido, mas com recurso ainda pendente e cuja votação nominal tenha sido maior, o que poderá, após o trânsito em julgado, ensejar nova eleição, nos termos do § 3º do art. 224 do Código Eleitoral;”.

12. Resolução TSE nº 23.456/2015: “Art. 167 - Nas eleições majoritárias, respeitado o disposto no § 1º do art. 165, serão observadas ainda as seguintes regras para a proclamação dos resultados:

I - deverá a Junta Eleitoral proclamar eleito o candidato que obtiver o maior número de votos válidos, não computados os votos em branco e os votos nulos, se não houver candidato com registro indeferido que tenha obtido maior votação nominal;”.

13. Ressalvados, à evidência, os casos em que o candidato com registro indeferido obtém um provimento cautelar para manter-se no cargo.

é a medida que melhor satisfaz os ditames de soberania popular, alteado como cânone fundamental a justificar a implementação dessa política legislativa? A pergunta é meramente retórica.

A sistemática introduzida pelo § 3º não encontra lastro de validade e deve ser expungida do ordenamento jurídico.

Como é fácil notar, essas potenciais consequências no plano fático, preanunciadas pela exigência de trânsito em julgado, em nada realizam os princípios democrático e da soberania popular. Muito pelo contrário. Conquanto se reconheça alguma **dificuldade metodológica** na aplicação de normas dotadas de elevado grau de vagueza e indeterminação semântica, certo é que um modelo normativo que estimule a assunção, mesmo que temporária, do presidente da Câmara Municipal ao Executivo local, eleito que é pelo sistema proporcional, produz um resultado incompatível com o estado ideal de coisas promovido pelos princípios democrático e da soberania popular.¹⁴

Seja porque encerram **normas de justificação**, seja porque atuam como **vetores interpretativos**, aludidos princípios bloqueiam qualquer tipo de arranjo que impulse um cidadão eleito pelo sistema proporcional à titularidade do Poder Executivo, em detrimento de outro, ainda que o segundo colocado, eleito majoritariamente. Precisamente porque cria uma espécie de **parlamentarismo à brasileira**,¹⁵ a sistemática introduzida pelo § 3º não encontra lastro de validade, forte e categórico, em qualquer exegese constitucionalmente adequada, e deve, por isso, ser expungida do ordenamento jurídico.

Conquanto o Supremo Tribunal não tenha se pronunciado a respeito do tema, o TSE corroborou a tese aqui ventilada no julgamento dos Em-

bargos de Declaração no Recurso Especial Eleitoral nº 139-25, Rel. Min. Henrique Neves, relativo ao município de Salto do Jacuí-RS.¹⁶ Naquela assentada, a Corte asseverou a **constitucionalidade** do modelo de novas eleições instituído pela minirreforma eleitoral de 2015 e a **inconstitucionalidade** da expressão “após o trânsito em julgado”, na esteira da argumentação aqui defendida. Cito, por oportuno, as precisas lições extraídas do voto do ministro Luiz Fux, quando, após referir meu texto em conjunto com a professora Marilda Silveira, assentou que,

“[se] trata da implementação de uma espécie de parlamentarismo *sui generis* à brasileira, porquanto autoriza que alguém que não sofrera o batismo da majoritariedade seja investido na chefia do Executivo local. Esse cenário se agrava quando rememoramos o fato de que os membros das Casas Legislativas, não raro, não atingem o quociente eleitoral, elegendo-se com votos atribuídos às legendas, bem como a circunstância de o Presidente do Legislativo ser escolhido indiretamente por seus pares. Modelo em descompasso

14. Em irretocável lição sobre este aspecto metodológico, o ministro Luiz Fux, em sede doutrinária, vaticina que “[a] primeira dificuldade metodológica [de aplicar o princípio democrático] salta aos olhos e reside na própria identificação do conteúdo jurídico do princípio democrático: dada a elevada vagueza e a indeterminação semântica, a definição do conteúdo jurídico sempre será imprecisa e propiciará divergências na aplicação a casos concretos. [...], a abstração com que a previsão normativa é contemplada na Constituição não autoriza sua aplicação, direta e imediata [...] para equacionar uma controvérsia jurídica (eficácia positiva ou simétrica). Se, por um lado, há dissenso a respeito da eficácia positiva ou simétrica do princípio democrático, por outro lado, aludido cânone não é despido de aptidão para a produção de efeitos jurídicos. De fato, o **princípio democrático pode ser compreendido como argumento de justificação (ou legitimação) dos demais institutos e arranjos engendrados pelo legislador**. [...] Além disso, e justamente por sua topografia (princípio fundamental), **apresenta-se como autêntico vetor interpretativo das demais cláusulas constitucionais e do ordenamento infraconstitucional (eficácia interpretativa)**, circunstância que habilita que o intérprete/aplicador empreste a estas disposições a exegese que melhor realize o ideário democrático” (FUX, 2016, p. 508, grifo nosso).

15. A expressão tem sido utilizada com frequência em discussões eleitorais.

16. TSE, ED-RESpe nº 139-25, Rel. Min. Henrique Neves, 28/11/2016.

maior com os ideários democrático e da soberania popular não consigo vislumbrar”.

No mesmo sentido, o voto do relator, ministro Henrique Neves, ao vaticinar que “a mera possibilidade de perpetuação dessa situação, mediante a manutenção de quem não foi eleito, como titular, vice ou suplente, à frente do cargo específico por tempo indeterminado, conflita com várias regras e princípios constitucionais. Primeiro, e acima de tudo, há evidente afronta à soberania popular e à democracia representativa (CF, art. 1º, I e Parágrafo único), diante da possibilidade de o mandato ser exercido, desde o seu início ou logo após, por quem não foi diretamente escolhido pelo povo para representá-lo no exercício do poder. [...]”, bem como “viola o vetor constitucional previsto no art. 14, § 9º, da Constituição da República no que tange à necessidade de se observar a legitimidade da eleição” e “o princípio da celeridade dos feitos eleitorais e com a garantia fundamental prevista no inciso LXXVIII do art. 50 da Constituição da República”.

Os argumentos, como se percebe, são teoricamente densos e juridicamente consistentes. Em verdade, penso que essa solução encampada pelo TSE é a que melhor realiza os cânones constitucionais alusivos à adequação jurídico-constitucional do art. 224, § 3º, de modo que devem presidir, em consequência, o julgamento futuro das ações diretas pela Suprema Corte.

3 O reduzido âmbito de aplicabilidade do *caput* do art. 224 do Código Eleitoral

A relação entre o *caput* e o § 3º do art. 224 do CE também tem gerado interessantes debates no

círculo dos eleitoralistas. Parte da doutrina sugere que o *caput* foi tacitamente revogado ou que possui reduzido âmbito de aplicação com o advento do § 3º, de maneira a incidir tão somente em raríssimas hipóteses constantes do Código.¹⁷ Outros juristas, porém, advogam a plena incidência do *caput*, a despeito da nova sistemática do § 3º, dado que “o parágrafo est[aria] logicamente submetido ao conteúdo da cabeça do artigo”.¹⁸

É fácil perceber que todas as interpretações ventiladas são subótimas. De um lado, afirmar que o § 3º se submete ao *caput* descuida o fato de que as normas foram concebidas em momentos distintos: o *caput* existe desde a redação original do Código, o § 3º não – foi introduzido com a minirreforma. Portanto, o critério da especialidade utilizado para o deslinde da antinomia se revela equivocado. Em condições normais, a especialidade é aplicada quando as normas foram editadas no mesmo momento ou quando disciplinam temas que, embora correlatos, guardam relação gênero-espécie (*e.g.*, infração penal cometida na direção de veículo automotor reclama a incidência do Código de Trânsito Brasileiro, e não do Código Penal). E essa relação não se verifica no caso.

Por outro lado, a redução do âmbito de aplicação do *caput* desafia as técnicas de interpretação jurídica. Ainda que se defronte com uma produção legislativa ruim, como é o caso da Lei nº 13.165/2015, não seria franqueado ao intérprete, ao menos em tese, desconsiderar a não revogação do *caput*. A crítica, aqui, se justifica pelo fato de que seria dever do intérprete buscar alguma harmonização entre os preceitos.

Se ambas as exegeses produzem resultados subótimos, acredito que certa dose de **consequencialismo** contribui para a melhor acomodação do arcabouço normativo aplicável à espécie. Adotando o consequencialismo como premissa nesses casos, endosso minhas conclusões, já assentadas em ensaio anterior, no sentido de que o *caput* do art.

17. Cf. ZÍLIO, 2016, p. 77: “Ao mencionar apenas a ‘eleição a que se refere o § 3º’, esse novo dispositivo reforça a ideia de que o *caput* do art. 224 do CE foi tacitamente revogado ou, ao menos, perdeu sua aplicabilidade”.

18. Ver, por todos, REIS, 2016.

224, não obstante a ausência de revogação expressa, teve sua aplicabilidade extremamente reduzida (FRAZÃO, 2016). Explico.

De plano, assento que a delimitação do sentido da expressão “candidato eleito” é essencial para compreender o alcance do § 3º. Segundo ele, a realização de novas eleições ocorrerá sempre que houver pronunciamento judicial que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de **candidato eleito** em pleito majoritário, independentemente do número de votos anulados.

O *caput* do art. 224, não obstante a ausência de revogação expressa, teve sua aplicabilidade extremamente reduzida.

Referida expressão pode ser compreendida de duas formas: (i) o candidato que obteve a maior votação nominal e que, ao final do julgamento dos registros, foi proclamado eleito, pouco importando se, no dia da eleição, estava com registro indeferido, ou (ii) o candidato que, **na data da eleição**, encontrava-se com registro deferido. E a legislação de regência direciona para esta segunda interpretação. Aqui, o direito positivo contribui decisivamente para a correta definição do sentido do termo.

Com efeito, a teor do art. 175, § 3º, consideram-se nulos, para todos os efeitos, os votos atribuídos a candidatos com registro indeferido ou inelegíveis no dia da eleição, ante a ausência de registro de candidatura (GOMES, 2016, p. 845). De igual modo, o art. 16-A da Lei das Eleições, que cuida da candidatura *sub judice*, dispõe que “a validade dos votos a ele atribuídos fica condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior”. À evidência, o preceito refere-se àqueles que estejam com registro indeferido e tenham interposto

recurso contra o provimento desfavorável, remanescendo, até a data da eleição, nessa condição (CASTRO, 2016, p. 129).

Não por outro motivo, a proclamação dos eleitos leva em consideração apenas os candidatos que estejam com seu estado jurídico de elegibilidade incólume, *i.e.*, preencham as condições de elegibilidade e não incorram em qualquer causa de inelegibilidade. Portanto, a expressão “**candidato eleito**” refere-se àqueles que, **na data da eleição**, se encontravam com registro deferido.

Assentado o âmbito de incidência, remanesce o questionamento: em que situações fáticas incidiria, então, o *caput* do art. 224? A resposta – com a qual não se concorda, antecipo – seria extraída *a contrario sensu*: se o § 3º refere-se a candidatos eleitos – assim concebidos aqueles que estejam com registro deferido na data do pleito –, o *caput* do art. 224 se materializaria nas hipóteses em que (i) o candidato esteja com registro indeferido na eleição, (ii) os votos a eles atribuídos totalizam mais da metade naquela eleição e (iii) haja a ratificação do indeferimento de seu registro.

Essa exegese, porém, não resiste a um escrutínio mais rigoroso, sobretudo quando em cotejo com a legislação de regência e as consequências dela advindas.

Em **primeiro** lugar, sob a perspectiva **jurídico-positiva**, o já citado art. 175, § 3º, do Código¹⁹ é categórico em afirmar que são nulos, **para todos os efeitos**, os votos atribuídos a candidatos com registro indeferido ou inelegíveis. O dispositivo legal, vazado em termos peremptórios, não autoriza que esses votos sejam levados em consideração, qualquer que seja o motivo. Dispositivo mais cristalino impossível!

Aqui, não desconheço que a jurisprudência iterativa do TSE traça a distinção entre votos

19. CE: “Art. 175 - [...]”.

§ 3º - Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados”.

originalmente nulos, decorrentes de manifestações apolíticas, e votos outorgados a candidatos com registro indeferido ou inelegíveis. Mais: há argumento ainda mais sofisticado – calcado no ato volitivo manifestado pelo eleitor nas urnas –, no sentido de que não poderia haver a pretensa equiparação entre os votos originalmente nulos e aqueles conferidos a candidatos com registro indeferido ou inelegíveis. Nessa linha de raciocínio, as consequências jurídicas de uma manifestação apolítica, consciente e voluntária, de um cidadão não se assemelham àquela decorrente do direcionamento de voto, também consciente e voluntário, a determinado candidato, ainda que esteja com restrição à cidadania passiva ou com registro indeferido. No primeiro caso, o cidadão optou por votar, anular ou votar em branco; no segundo, não, uma vez que o cidadão não estaria devidamente informado a respeito do estado jurídico de elegibilidade do candidato de sua preferência.

No entanto, a distinção *supra* não encontra qualquer respaldo normativo que a justifique. Trata-se de puro voluntarismo hermenêutico. Ao revés, a legislação de regência, tal como afirmado, preconiza justamente o oposto: estes votos (atribuídos a candidatos com registro indeferido ou inelegíveis) devem ser descartados para todos os efeitos. Tal circunstância obsta que o intérprete engendre artifícios hermenêuticos, com vistas a diferenciar algo que, por lei, não pode ser diferenciado. E, precisamente por isso, inexistente distinção, quanto aos efeitos jurídico-eleitorais, entre votos brancos, nulos, atribuídos a candidatos com registro indeferido e inelegíveis na data do pleito: **todos são votos inválidos**.

Em **segundo** lugar, aponto razões pragmáticas para rechaçar a dicotomia erigida pelo TSE e endossada por parte da doutrina. É que, em uma perspectiva **realista**, o cidadão é, sim, informado a respeito do estado jurídico do candidato de sua preferência. Não raro, o indeferimento do registro – por ausência de condição de elegibilidade ou por incidência de causa de inelegibilidade – é

utilizado como **capital político** dos candidatos da oposição nas campanhas eleitorais.

Quem milita na área eleitoral sabe perfeitamente que candidatos com registros indeferidos na data do pleito perdem eleições em decorrência da intensa propaganda negativa feita pelos opositores. Ou será que ninguém ouviu algo do tipo: “Você vai votar no Fulano, mesmo inelegível? Seu voto não valerá de nada!”. Esse cenário é tão verdadeiro que, nas eleições de 2014, certo candidato a deputado distrital, que teve seu registro indeferido pelo TRE-DF por ausência de desincompatibilização, era frequentemente confundido – e, por isso, instado a responder – com candidatos “ficha-suja”. É dizer: o cidadão médio não apenas tem ciência do indeferimento do registro do candidato de sua preferência, como também confunde condições de elegibilidade e hipóteses de inelegibilidade. A informação, portanto, circula amplamente nas campanhas eleitorais, de modo que não passa no teste da realidade o argumento de desconhecimento do eleitor. E, também por esse fundamento, defendo que devem ser equiparados os efeitos jurídicos entre os votos brancos, nulos, atribuídos a candidatos com registro indeferido e inelegíveis na data do pleito.

Afastadas as argumentações contrárias, reputo que a correta interpretação do *caput* do art. 224 não prescinde da análise quanto aos melhores incentivos institucionais. É preciso, insisto, alguma dose de consequencialismo nos casos em que as exegeses aventadas produzem resultados subótimos.

Se cancelarmos a tese atual, eis a consequência inelutável: haverá a renovação da eleição, nos termos do art. 224, *caput*, nas situações em que os candidatos, que não lograram obter a maioria nominal, estiverem com registros indeferidos perfazendo mais da metade dos votos. Ilustrativamente, é o que ocorreria em uma eleição municipal com quatro candidatos **A, B, C e D**, com, respectivamente, 40%, 35%, 20% e 5% dos votos. **A** está com registro deferido; os demais candidatos (**B, C**

e D), com os registros indeferidos. Os candidatos B, C e D ditariam a sorte da eleição.

Isso porque, para fins do exame da **validade** da eleição, os votos conferidos a candidatos com registro indeferido ou inelegíveis são considerados, conquanto nulos para todos os efeitos, a teor do art. 175, § 3º. Para que haja a proclamação dos eleitos, seria preciso, antes, assentar a validade do pleito, o que somente acontece se se verificarem mais da metade dos votos válidos, excluídos aí apenas os votos em branco e os nulos, conforme jurisprudência sobre o tema.²⁰

Além de o art. 175, § 3º, do CE não cancelar esse posicionamento, aludido desenho estimula, no limite, comportamentos irresponsáveis por parte dos *players* da competição eleitoral, na medida em que legitima possível colusão entre candidatos ou coligações para anular uma eleição, se quiserem retirar da disputa certo candidato com elevada probabilidade de vitória. É perfeitamente crível que, na situação hipotética acima, os partidos/coligações optem por lançar, em conluio, dois candidatos – B e C – manifestamente inelegíveis e que, por isso, se encontravam, na data do pleito, com os respectivos registros indeferidos.

A prevalecer a atual interpretação – que aparta os votos originalmente nulos daqueles dados a candidatos com registro indeferido ou inelegíveis –, ocorreria a renovação da eleição, porquanto aludidos concorrentes totalizaram mais da metade dos votos no pleito (CE, art. 224, *caput*). E, como intuitivo, essa não é, em hipótese alguma, a melhor interpretação em termos institucionais.

Como a minoria não eleita pode ditar a sorte do resultado de uma eleição? Seria cômico, não fosse trágico um arranjo como esse. Como bem pontua Rodrigo López Zílio, cria-se uma “**tutela dos perdedores**”, inconciliável com uma leitura preocupada com as consequências produzidas no mundo dos fatos.

Note-se que, com tal entendimento, não se está a dizer que o cidadão não deve votar em can-

didatos *sub judice*. Não é isso que estou a advogar. A reversibilidade da decisão existe, e não pode ser olvidada. Portanto, afigura-se possível que o cidadão tenha liberdade e autonomia para escolher seus representantes.

Como a minoria não eleita pode ditar a sorte do resultado de uma eleição?

O que defendo, porém, é a impossibilidade de que, confirmado o pronunciamento de indeferimento, esses votos – nulos para todos os efeitos – sejam aptos a nulificar uma eleição. Um cidadão que vota em um candidato com registro indeferido o faz por conta e risco, e, tal como este, deve assumir, de forma responsável, os riscos dessa escolha.

Não ignoro que essa exegese esvazia o âmbito de aplicação do *caput* do art. 224. Todavia, que o legislador reveja, em momento posterior, sua aplicabilidade ou que, então, proceda à sua expressa revogação. Até lá, penso que não podemos criar arranjos institucionais que prestigiem as opções tomadas por eleitores numa álea, em detrimento do voto ponderado dos demais cidadãos, impondo um ônus aos vencedores do pleito, com o intuito de “ressuscitar” uma norma “morta” pelo § 3º.

4 A inconstitucionalidade do § 4º do art. 224 do Código Eleitoral: a vedação de o legislador disciplinar as formas de vacância de chefes do Poder Executivo

Em estudo anterior acerca da temática (FRAZÃO, 2016), manifestei minha dificuldade em

20. Este entendimento, inclusive, já foi proclamado por órgão fracionário do STF. Cf. RMS nº 23.234, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., DJ de 20/11/1998; RMS nº 32.368, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, 1ª Turma, DJe de 26/8/2016.

compatibilizar o art. 224, § 4º, do CE com a Constituição Federal de 1988 (CF/1988). Existe, no entanto, uma premissa essencial à compreensão da tese: o fato de o § 3º introduzir hipóteses *sui generis* de dupla vacância simultânea. Antes, porém, de desenvolver a argumentação, explico as razões pelas quais considero como causas de dupla vacância as situações nele descritas.²¹

O relato normativo do § 3º veicula três situações particulares: indeferimento do registro, cassação do diploma e perda do mandato. A rigor, apenas a perda do mandato consubstanciaria hipótese de dupla vacância, uma vez que, como é de conhecimento ordinário, o pressuposto para a vagatura é a ocupação do mandato. Tanto o indeferimento do registro quanto a cassação do diploma poderiam se materializar, em tese, sem a assunção aos respectivos cargos. Esse raciocínio, porém, se revela equivocado.

E afirmo isso com amparo na compreensão do termo “**candidato eleito**”, contido no § 3º, e dos efeitos jurídicos dele advindos. Retomando a premissa do item antecedente, para fins de incidência do § 3º, a expressão “candidato eleito” compreende todos aqueles que, **na data da eleição**, estejam com seus registros deferidos. Essa interpretação, como dito, encontra eco no diagnóstico de que os votos atribuídos a candidatos com registro indeferido no dia do pleito são considerados nulos.

Uma vez proclamados eleitos, sobressai para esses candidatos eleitos, desde logo, o direito subjetivo a serem diplomados e, em consequência, empossados. É que a diplomação ostenta

natureza meramente **declaratória**, e não **constitutiva** (CASTRO, 2016, p. 445),²² de sorte que inexistente situação de fato (*i.e.*, morte, renúncia ou impedimento legal) apta a extinguir esse direito. A constituição do direito se manifesta com o resultado favorável no escrutínio das urnas, e não com o ato solene da Justiça Eleitoral de diplomação. Não por outra razão, o falecimento, a renúncia ou o reconhecimento de impedimento legal de candidato eleito, **após a eleição e antes da diplomação**, outorgam ao vice, integrante da mesma chapa, o direito subjetivo à assunção à titularidade do cargo. Em termos claros: após a proclamação do eleito, e em caso de eventual impossibilidade de o titular assumir, o vice será diplomado e empossado.²³

Pois bem. Se, após a eleição, já se pode falar em direito subjetivo do titular e do vice à diplomação e à posse, é óbvio ululante que o indeferimento (ulterior) de registro de candidato eleito (*i.e.*, que esteja concorrendo com registro deferido na data do pleito) e a cassação do diploma veiculam hipóteses de dupla vacância simultânea. A chapa cai como um todo após a investidura ocorrida por ficção jurídica. Em outras palavras, os efeitos jurídicos advindos da proclamação dos eleitos (*i.e.*, o surgimento de direito subjetivo à diplomação e à posse) qualificam juridicamente aludidas situações de fato como causas de dupla vacância.

Por uma ficção jurídica, consolidada na jurisprudência remansosa do TSE, titular e vice já ocupam o cargo para o qual foram eleitos, de sorte que a ocorrência de qualquer situação no mundo dos fatos que os impeça de ocupar ou os retire da titularidade do Executivo é, sim, causa de vacância. Assentada essa premissa, volto à argumentação central.

Ao regular a forma de sucessão na chefia do Poder Executivo, o § 4º ultraja o art. 81, *caput* e seu § 1º, da Constituição, que já normatizam a temática nos cargos de presidente e vice-presidente da República nos casos de dupla vacância. Por

21. Agradeço ao professor Sérgio Victor pelas críticas que me serviram para aperfeiçoar o ponto.

22. Na jurisprudência, cf. TSE, CTA nº 1204, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 7/8/2006: “[...] os efeitos da diplomação do candidato pela Justiça Eleitoral são meramente declaratórios, já que os constitutivos evidenciam-se com o resultado favorável das urnas”.

23. Referida jurisprudência a respeito do tema no TSE é antiga. Cf. MS nº 442, Rel. Hélio Doyle, 19/6/1973; REspe nº 4.886, Rel. Firmino Paz, 12/4/1977; REspe nº 15.069, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 17/10/1997; CTA nº 1204, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 7/8/2006.

isso, não endosso a jurisprudência do TSE, defendida por parte da doutrina eleitoralista, que preconiza a dicotomia entre **causas eleitorais** e **não eleitorais** para justificar a constitucionalidade do art. 224.²⁴

De fato, o constituinte não enumerou as situações fáticas qualificadoras da dupla vacância (*i.e.*, se apenas renúncia, morte, *impeachment*, etc.). Pelo contrário, optara por não manietar as hipóteses de incidência do art. 81. Com isso, adotou um suporte fático amplo para a sua aplicação, o qual permite que, ao menos em tese, qualquer situação verificada no mundo dos fatos possa ensejar a dupla vacância, simultânea ou não, da chefia do Poder Executivo. E desafia o senso comum advogar que o indeferimento do registro, a cassação do diploma e a perda do mandato do titular e do seu vice não traduzam, aos olhos dos argumentos expostos, casos de vacância dupla.²⁵

Além disso, descabe cogitar da aplicação desse novo regime jurídico instituído pelo § 4º a Estados, Municípios e ao Distrito Federal. Isso porque a vocação sucessória dos respectivos chefes do Poder Executivo versa matéria político-administrativa, situando-se na esfera de competência da respectiva unidade da Federação. Reconhecer o acerto dessa interpretação pressupõe algum desenvolvimento teórico acerca do sistema de repartição de competências – um dos mandamentos nucleares de qualquer Estado federal.

Aqueles que advogam a constitucionalidade do preceito valem-se de uma argumentação bastante simplória: já que o art. 224, § 4º, cuida de eleições, seu fundamento normativo seria a competência privativa da União para legislar sobre Direito Eleitoral (CF/1988, art. 22, inciso I). Além de **reducionista**, referida tese **não leva nossa Federação a sério**.

Reducionista, porque negligencia o fato de que disciplinar eleições para a sucessão de governadores e prefeitos, em situações de dupla vacância, reclama uma multiplicidade de bases

normativas constitucionais: se, por um lado, pode o § 4º ter fundamento de validade na competência da União para legislar sobre Direito Eleitoral, por outro, escolher a forma de eleição dos chefes de cada unidade federada se ancora, também, na autonomia política de cada entidade. Compreender a indigitada competência com maniqueísmo é o primeiro passo para o erro.²⁶

Além disso, **não leva a Federação a sério**, porque, reconhecida a multiplicidade de bases, deve-se prestigiar a interpretação que potencialize o princípio federativo, e não que maximize o poder centralizador da União. Aponto algumas razões para isso.

O constituinte não enumerou as situações fáticas qualificadoras da dupla vacância.

A **primeira** delas é de natureza **jurídico-positiva**, alicerçada na proeminência conferida à forma federativa de Estado em nossa República. Em nosso arquétipo, a Federação consubstancia princípio fundamental da República (CF/1988, art. 1º, *caput*), limite material ao poder de refor-

24. Na jurisprudência, TSE, CTA nº 1140, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 10/10/2005. Em doutrina, SILVA, 2016.

25. Encampando tese similar à aqui esposada, cf. GRESTA, 2016. Nas precisas palavras da jurista mineira, “constata-se a suficiência normativa da regra do art. 81, *caput* e §1º, da CR/88 para regular, integralmente, toda a matéria relativa à suplementação dos mandatos de presidente e vice-presidente. É dizer: no caso brasileiro, a Constituição quis definir que, extintos antes de seu termo final ambos os mandatos do Executivo Nacional, serão convocadas novas eleições, reservada a modalidade indireta para a vacância no segundo biênio do mandato”.

26. Não é novidade que, em uma Federação de características cooperativas como a nossa, diversos assuntos poderão encontrar múltiplos fundamentos constitucionais. Uma lei estadual que proscreva a comercialização de amianto dentro de seu território pode ser questionada à luz da competência privativa da União para legislar sobre comércio exterior e interestadual (CF/1988, art. 22, inciso VIII), ou ser validada com lastro na competência concorrente entre União, Estados e o Distrito Federal para legislar sobre direito de proteção à saúde (CF/1988, art. 24, inciso XII).

ma (CF/1988, art. 60, § 4º, inciso I), e eventual tentativa de ruptura do pacto autoriza a adoção da medida excepcional de intervenção – consistente na supressão temporária da autonomia política das unidades federadas (CF/1988, arts. 34 a 36).

Tamanha a importância reclama que a diretriz hermenêutica que melhor satisfaz o princípio federativo é aquela que, sem vislumbrar um interesse nacional ou regional na espécie, amplifique o espectro de competências das entidades federadas. Daí por que, em havendo zona de interseção entre a competência da União para legislar sobre Direito Eleitoral e a autonomia política das demais entidades para erigir critérios de eleição de seus respectivos chefes do Poder Executivo, a conclusão inescapável é a de que, tomando como lente o princípio federativo, a primeira cede terreno para a segunda.²⁷

O **segundo** fundamento diz respeito ao princípio da **predominância do interesse** – parâmetro utilizado para equacionar os conflitos de competência dentro de uma Federação –, o qual pressupõe que são os próprios cidadãos (em nível nacional, regional ou local) os agentes dotados de maior capacidade para deliberar sobre temas – e tomar as decisões – que lhes afetem diretamente. Aludido diagnóstico interdita, assim, que assuntos de interesse **predominantemente** local sejam discutidos e decididos por indivíduos outros que não os da municipalidade atingida. Por isso, é um mantra repetido que, se a abrangência

dos efeitos da norma em questão for nacional, o interesse qualifica-se como geral, competindo à União disciplinar a matéria; se regional, cabe aos Estados; e, se local, atribui-se a competência aos Municípios (ZIMMERMAN, 2005).

No caso do § 4º, todavia, inexistente matéria cujo interesse transcenda o âmbito do próprio ente federativo ou qualquer outra razão constitucional suficiente que justifique uniformizar a sucessão dos chefes do Executivo, em ocorrendo vacância dupla. Qual o impacto na vida dos munícipes do Rio de Janeiro, de Teresina ou de qualquer cidade no país, se a Lei Orgânica de São Paulo dispuser que será indireta a eleição para prefeito e vice-prefeito, nos casos de dupla vacância ocorrida no último ano de mandato, e direta, nas demais hipóteses? Certamente nenhum.

Tampouco a ausência de normas nas Constituições estaduais e nas Leis Orgânicas chancela constitucionalmente a aplicação do § 4º do art. 224 a referidas entidades. O vício formal orgânico (*i.e.*, de competência), tal como verificado na hipótese, é insanável: a não previsão de critérios de sucessão dos chefes do Executivo estadual, distrital e municipal deve atrair a incidência do regime jurídico previsto na Lei Fundamental, e não de uma lei nacional.

Cogitar da aplicação residual do § 4º desafia a lógica que preside a repartição de competências. Entendimento oposto cancelaria, para ilustrar, a aplicação da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/1999) ou o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União (Lei nº 8.112/1990) a Estados e Municípios que não contemplassem suas próprias normativas de processo administrativo e de servidores públicos. E isso, convenhamos, seria um descalabro à autonomia das entidades federadas.

Portanto, também sob a ótica da **predominância do interesse**, o assunto deve ser regulamentado pelas respectivas entidades federadas, escapando, bem por isso, da competência da União.²⁸

27. Perfilhando similar entendimento, Thiago Magalhães Pires afirma que “[...] não se deve tomar uma enumeração de competências como um trabalho pronto; mesmo em face de um rol de atribuições expressas, caberá ao intérprete confirmar a sua incidência (ou não) às hipóteses que se lhe apresentem, analisando a Constituição em busca de alguma outra norma que porventura postule aplicação à hipótese. Até que o faça, as competências expressas permanecem como meras ‘presunções relativas’, aptas a serem afastadas pela incidência de outra norma constitucional (‘prova’ em contrário)” (PIRES, 2006).

28. Aliás, a jurisprudência remansosa do STF aponta no mesmo sentido, aduzindo que o art. 81 da Constituição não se submete ao princípio da simetria constitucional. Cf. STF, Plenário, ADI nº 3.549-GO, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ de 31/10/2007: “A vocação sucessória dos cargos de prefeito e vice-prefeito põe-se no âmbito →

Em vista desse conjunto de argumentos, o § 4º se apresenta integralmente, a meu sentir, incompatível com a Constituição de 1988.

5 Considerações finais

Este ensaio teve o propósito de oferecer algumas reflexões teóricas sobre o modelo normativo introduzido no Direito Eleitoral brasileiro no tocante ao regime jurídico de sucessão dos chefes do Executivo (embora o § 3º se refira tecnicamente a pleitos majoritários), que podem contribuir no julgamento das ações diretas pendentes de julgamento na Suprema Corte. Todavia, a despeito de considerar as teses aqui veiculadas as escorregadas, não tenho a pretensão de exaurir o tema, tampouco de apresentar esses argumentos

como a única solução possível para a controvérsia. Trata-se, assim, de uma leitura constitucionalmente possível, mas o propósito principal do artigo é estimular o debate acadêmico, de sorte a produzir um ambiente em que possam emergir novos fundamentos e leituras constitucionais das disposições em análise, com vistas a produzir, no embate de ideias e teses, conjuntamente, a exegese para o impasse. No final, quem é a Constituição de 1988. ■

→ da autonomia política local, em caso de dupla vacância”. No mesmo sentido: Plenário, RE nº 655.647, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 19/12/2014; Plenário, ADI nº 4.297-TO, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 27/11/2009. Em doutrina, José Afonso da Silva preleciona que “cabe à lei orgânica estatuir sobre os substitutos eventuais do prefeito quando ele e o vice estiverem concomitantemente impedidos, bem como estabelecer regras sobre quem assumirá a prefeitura na hipótese de vacância de ambos os cargos” (SILVA, 2005, p. 304).

Bibliografia

CASTRO, Edson de Resende. *Curso de direito eleitoral*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

FRAZÃO, Carlos Eduardo. Aspectos controvertidos da minirreforma eleitoral de 2015: a inaplicabilidade do art. 224, § 4º, do Código Eleitoral a eleições para o Poder Executivo. 6 maio 2016. Disponível em: <<http://oseleitoralistas.com.br/aspectos-controvertidos-da-minirreforma-eleitoral-de-2015-a-inaplicabilidade-do-art-224-%C2%A7-4-do-codigo-eleitoral-a-eleicoes-para-o-poder-executivo-por-carlos-eduardo-fraza/>>. Acesso em: 7 out. 2016.

FUX, Luiz. Princípios de direito eleitoral. In: NORONHA, João Otávio; PAE KIM, Richard (Coord.). *Sistema político e direito eleitoral brasileiros*: estudos em homenagem ao ministro Dias Toffoli. São Paulo: Atlas, 2016.

_____; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Novos paradigmas do direito eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. No prelo.

_____; _____. O Supremo Tribunal Federal na fronteira entre o Direito e a Política: alguns parâmetros de atuação. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

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

GRESTA, Roberta Maia. 29 abr. 2016. Disponível em: <<http://jota.info/opiniao-e-analise/colunas/e-leitor/e-lei>

tor-o-que-aco-es-contr-a-dilma-e-temer-podem-reservar-ao-cen-ario-politico-29042016>. Acesso em: 8 out. 2016.

PIRES, Thiago Magalhães. *Federação e democracia: parâmetros para a definição das competências federativas*. 2006. Disponível em: <https://www.academia.edu/8676487/Federalismo_e_Democracia_Par%C3%A2metros_para_a_Defini%C3%A7%C3%A3o_das_Compet%C3%Aancias_Federativas>. Acesso em: 8 out. 2016.

REIS, Márlon. Lei 13.165 criou antinomia sobre perda de mandato no Código Eleitoral. *Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/marlon-reis-lei-13165-criou-antinomia-perda-mandato>>. Acesso em: 8 out. 2016.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. Malheiros: São Paulo, 2005.

SILVA, Márcio Luiz. Causa eleitoral e disciplina constitucional da dupla vacância de cargos eletivos do executivo. 31 maio 2016. Disponível em: <<http://oseleitoralistas.com.br/por-marcio-luiz-silva-causa-eleitoral-e-disciplina-constitucional-da-dupla-vacancia-de-cargos-eletivos-do-executivo/>>. Acesso em: 8 out. 2016.

ZÍLIO, Rodrigo Lopes. *Direito eleitoral*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

ZIMMERMAN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Inelegibilidades e “desinelegibilidades” supervenientes.

Carlos Gonçalves Junior

Advogado. Doutor e mestre pela PUC-SP. Pós-doutorando pela Universidade de Coimbra. Professor de Direito Constitucional e Eleitoral da PUC-SP. Membro das Comissões de Direito Constitucional, Direito Eleitoral e Ensino Jurídico da OAB-SP.

Sumário

1. Introdução
2. Natureza jurídica das inelegibilidades
3. Do processo de registro de candidaturas e reconhecimento da inelegibilidade
4. Da notícia tardia da inelegibilidade ou da carência de condições de elegibilidade
5. Das inelegibilidades por fatos supervenientes ao pedido de registro da candidatura
6. Dos fatos supervenientes que suspendem a inelegibilidade
7. Conclusão

1 Introdução

O presente trabalho tem como objetivo identificar qual o momento oportuno e qual o procedimento adequado para verificação das causas de inelegibilidade, bem como o reconhecimento de quem são as autoridades competentes para a realização desta análise. Especial atenção recairá na possibilidade de se trazer ao juízo a apreciação de fatos ocorridos entre a apresentação dos pedidos de registro de candidatura e a diplomação dos eleitos.

A jurisprudência da Justiça Eleitoral brasileira tem adotado critérios distintos para a definição do período em que fatos possam ser reconhecidos para tornar um candidato inelegível e para que possa reverter a condição de inelegibilidade. No primeiro caso, reconhece-se a data do pleito como

termo final para a ocorrência de fatos capazes de tornar o candidato inelegível, enquanto estende-se até a data da diplomação o termo para o reconhecimento de “desinelegibilidades”.

As inelegibilidades são passíveis de serem revertidas durante o curso do processo de registro de candidaturas.

Neste trabalho realizaremos uma análise crítica do posicionamento da Justiça Eleitoral brasileira no que concerne ao tratamento dado às inelegibilidades e às “desinelegibilidades” (superação da condição de inelegibilidade).

2 Natureza jurídica das inelegibilidades

É controvertida a natureza jurídica das inelegibilidades na doutrina brasileira. Parte dos eleitoralistas brasileiros reconhece que as inelegibilidades têm natureza complexa, caracterizando-se como: (i) uma mera restrição ao exercício dos direitos políticos passivos, quando o fato desencadeador não representa um ilícito (exemplo: art. 14, § 7º, da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB); e (ii) como sanção complementar quando decorre de um ilícito (exemplo: art. 1º, inciso I, *e*, da Lei nº 64/1990). Outros adotam o entendimento de que, em todas as hipóteses, as inelegibilidades se consagram como restrição ao exercício de direito. A consequência prática é que neste último caso as inelegibilidades alcançam fatos anteriores à lei que as estabelece, bem como não impõem a observância de todas as garantias corolárias do devido processo penal.

Em julgamento recente (RE nº 929670), nosso Supremo Tribunal Federal (STF) por apertada maioria de seis votos a cinco votos decidiu pela tese de que, sendo as inelegibilidades meras res-

trições a exercício dos direitos políticos passivos, portanto, não configurando pena, têm o condão de alcançar fatos ocorridos antes da edição da lei que os reconheceu como condição de inelegibilidade. Ainda, no mesmo processo, não foi alcançada a maioria qualificada exigida para se modular os efeitos desta decisão para o futuro.¹

De acordo com sua natureza, podemos classificar as inelegibilidades em dois grandes grupos: (i) as inelegibilidades absolutas, previstas pelo próprio constituinte e passíveis de serem alegadas a qualquer tempo até a diplomação dos eleitos e no respectivo prazo para interposição de recurso contra a expedição de diploma (RCED) nos termos do art. 262² do Código Eleitoral; e (ii) as inelegibilidades relativas, criadas pelo legislador complementar no uso das atribuições estabelecidas no § 9º do art. 14 da CRFB, estas, por sua vez, somente poderão ser vislumbradas no contexto do processo de registro da candidatura, sob pena de preclusão, salvo se supervenientes, assim consideradas quando o fato ocorrer após o registro da candidatura, sendo passível seu reconhecimento, também, por RCED.

Por fim, as inelegibilidades são passíveis de serem revertidas durante o curso do processo de registro de candidaturas nos termos do § 10 do art. 11 da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997).³

1. Acórdão ainda não publicado. Informações disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358095>> e <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371099>>.

2. “Art. 262 - O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos casos de inelegibilidade superveniente ou de natureza constitucional e de falta de condição de elegibilidade. (Com redação dada pela Lei nº 12.891/2013)”

3. “Art. 10 - Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, a Câmara Legislativa, as assembleias legislativas e as câmaras municipais no total de até 150% (cento e cinquenta por cento) do número de lugares a preencher, salvo: [...] § 10 - As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade” (*caput* com redação dada pela Lei nº 13.165/2015; e § 10 acrescido pela Lei nº 12.034/2009).

3 Do processo de registro de candidaturas e reconhecimento da inelegibilidade

Sendo as inelegibilidades restrições ao exercício dos direitos políticos passivos, sua verificação deve ocorrer, em regra, durante o processo do pedido de registro de candidatura perante a Justiça Eleitoral. A inelegibilidade não se constitui por um ato jurídico formal, mas é consequência direta e automática da ocorrência de uma das hipóteses previstas na lei.

Desta forma, será simplesmente declarada pelo juízo em cargo de processar o registro de candidatura ou, no caso de decorrer de fato superveniente, em sede de julgamento de RCED nos termos do art. 262 do Código Eleitoral.

Por exemplo, não é necessário que a decisão de órgão colegiado que condene um cidadão por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito (art. 1º, inciso I, I, da LC nº 64/1990)⁴ faça constar expressamente que o cidadão em questão está inelegível, pois isto não é objeto da ação, mas matéria a ser verificada pela Justiça Eleitoral no tempo e modo oportuno.

É certo que o art. 15 da Lei das Inelegibilidades estabelece que, “transitada em julgado ou publicada a decisão proferida por órgão colegiado que **declarar a inelegibilidade** do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido” (grifo nosso). No entanto, conforme já assentou o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), este dispo-

sitivo se refere às decisões proferidas pela própria Justiça Eleitoral, e não aos demais processos da Justiça Comum cuja condenação venha a ser fato ensejador da inelegibilidade. “A regra contida no art. 15 da LC nº 64/90 tem sua aplicação voltada à ação de impugnação de registro de candidatura e às investigações judiciais eleitorais” (RCED nº 1351-56.2014.6.20.0000, 18/8/2015).

Desta forma, via de regra, é no momento do pedido de registro de candidatura que se verificam as condições de elegibilidade e não ocorrência das circunstâncias de inelegibilidade, ressalvados os fatos supervenientes nos termos do art. 11 da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997), vejamos:

Lei nº 9.504/1997

“Art. 11 - Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até às dezenove horas do dia 15 de agosto do ano em que se realizarem as eleições. (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015) [...]

§ 10 - As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade”.

Passamos, desta forma, à análise das hipóteses de inelegibilidades supervenientes, considerados os fatos ocorridos após o protocolo do registro da candidatura e que tenham o condão de impedir o exercício dos direitos políticos passivos, assim como os fatos capazes de afastar a inelegibilidade inicialmente verificada.

4 Da notícia tardia da inelegibilidade ou da carência de condições de elegibilidade

O momento oportuno para a apresentação dos fatos impeditivos do exercício do direito de candidatar-se é o da impugnação ao registro da candidatura, sob pena de preclusão. No entanto,

4. “Art. 1º - São inelegíveis:

I - para qualquer cargo: [...]

l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena. (Com redação dada pela Lei Complementar 135/2010)”

é garantido ao juízo ordinário o reconhecimento de ofício de questões de ordem pública, como se consideram as condições de elegibilidade e inelegibilidade. Porém, ultrapassada a instância ordinária sem a ventilação das causas impeditivas da candidatura, é vedado às instâncias recursais trazê-las à baila.⁵

Esse entendimento aplica-se tanto às inelegibilidades relativas quanto às absolutas,⁶ com a diferença de que, com relação às inelegibilidades absolutas, se preclusa sua discussão em processo de registro de candidatura, poderão ser aventadas na fase seguinte por meio de RCED.

É possível o afastamento da inelegibilidade em qualquer fase do processamento do registro.

Discordamos do posicionamento do TSE neste particular, uma vez que não encontramos sentido jurídico em se possibilitar o prosseguimento de uma candidatura fadada ao insucesso em razão de configurar-se caso de inelegibilidade absoluta. É certo que, da mesma forma, admitindo-se o indeferimento do registro de candidatura em razão da análise da inelegibilidade absoluta apresentada de forma extemporânea, por força do art. 16-A da Lei das Eleições, garantir-se-ia ao candidato o prosseguimento de sua campanha.

O posicionamento do TSE em não aceitar a análise de inelegibilidades ultrapassada a fase ordinária tem como fundamento a preservação da ampla defesa e do contraditório. No entanto, como é possível (conforme se verá adiante) o afastamento da inelegibilidade em qualquer fase do processamento do registro, entendemos que, no caso das inelegibilidades absolutas, desde que se oportunizasse a manifestação do candidato, deveriam ser aventadas, também, em qualquer etapa do registro.

No entanto, conforme entendimento sólido do TSE, tem-se que, quanto ao momento da verifi-

cação dos fatos que impliquem as causas de inelegibilidade (ainda que absolutas) ocorridos antes da data do pedido de registro de candidatura, encerra-se com o julgamento do pedido em sua instância ordinária. Ressalvada a possibilidade de as inelegibilidades absolutas virem a ser alegadas em sede de RCED caso o candidato tenha sido eleito.

5 Das inelegibilidades por fatos supervenientes ao pedido de registro da candidatura

Conforme já se anotou aqui, é assente a jurisprudência do TSE de que, incorrendo o candidato

5. "ELEIÇÕES 2012. REGISTRO DE CANDIDATURA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 11/TSE. PRELIMINAR REJEITADA. INOVAÇÃO EM ÂMBITO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211 DO STJ. ARGUIÇÕES AFASTADAS. MATÉRIA DE DIREITO ELEITORAL. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. CAUSA DE PEDIR. ALTERAÇÃO EM ÂMBITO DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, PELO TRIBUNAL E EM GRAU DE RECURSO, DE CAUSA DE INELEGIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PRETENSÃO DE REDISCUTIR MATÉRIA SUFICIENTEMENTE DECIDIDA. DESCABIMENTO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. A matéria veiculada nos embargos de declaração opostos pelo Parquet decorre diretamente da Carta Magna, porquanto o pretenso não preenchimento do requisito do prequestionamento é questão de índole constitucional. Não incidência da Súmula 11/TSE.

2. As matérias de ordem pública, nas instâncias ordinárias, podem ser suscitadas a qualquer tempo, ainda que apenas em âmbito de embargos de declaração. Não incidência da Súmula 211 do STJ.

3. A questão relativa a direito eleitoral – inelegibilidade – é matéria de ordem pública.

4. Não se coaduna com o bom direito a alteração da causa de pedir em seara especial.

5. A possibilidade de reconhecimento de causa de inelegibilidade, de ofício, está restrita ao órgão do Poder Judiciário que julga a questão originariamente, porque a este, ao contrário daquele cujo mister se dá apenas na seara recursal, é facultado indeferir o registro até mesmo nas hipóteses em que deixou de ser ajuizada qualquer impugnação.

6. Os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existentes no julgado, sendo certo que não se coadunam com a pretensão de revisão do conteúdo da decisão do recurso especial.

7. Embargos de declaração rejeitados" (REspe – Embargos de Declaração em Recurso Especial Eleitoral nº 1062, Pojuca-BA, Rel. Min. Laurita Hilário Vaz, 17/12/2013, grifo nosso).

6. Conforme REspe – Recurso Especial Eleitoral nº 10788, Água Preta-PE, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, Acórdão de 19/12/2016.

em condição de inelegibilidade por fato ocorrido após a data do pedido de registro de candidatura, este tema poderá ser aventado no contexto do processo de registro desde que se encontre, ainda, em sua instância ordinária, garantindo-se ao candidato o direito de ampla defesa. Este entendimento foi consagrado no julgamento do Recurso Ordinário nº 15.429,⁷ cujo acórdão foi publicado em 16/8/2014, de lavra do ministro Henrique Neves, fixando-se a seguinte tese:

“As inelegibilidades supervenientes ao requerimento de registro de candidatura poderão ser objeto de análise pelas instâncias ordinárias no próprio processo de registro de candidatura, desde que garantidos o contraditório e a ampla defesa”.

7. Foi no contexto deste julgamento que se considerou que a parte final do § 10 do art. 11 da Lei nº 9.504/1997, introduzido pela Lei nº 12.034/2009, deveria ser interpretado diante do seu caráter histórico, em reação à jurisprudência do TSE e do STF em aceitar que decisões judiciais que suspendessem outras capazes de ensejar inelegibilidade não deveriam ser consideradas se proferidas após o pedido de registro de candidaturas. E, portanto, que os fatos supervenientes que ensejassem inelegibilidade também deveriam mesmo que ocorridos após a data do pedido de registro de candidatura. Vejamos nas palavras do relator:

“Dessa forma, e considerando, inclusive o critério histórico, o § 10 do artigo 11 da Lei 9.504/1997 deve ser interpretado no sentido da obrigatoriedade de serem considerados os fatos supervenientes que afastam a inelegibilidade, mesmo em relação àqueles que ocorrem após a análise e indeferimento do registro. Observe-se, a propósito, que a parte inicial do § 10 do artigo 11 fala em aferição das inelegibilidades ‘no momento da formalização do pedido de registro de candidatura’, ao passo que a parte final, ao tratar das alterações fáticas e supervenientes, refere-se apenas ao ‘registro’ e não mais à sua ‘formalização’. Assim, não há dúvidas que o fato superveniente que afasta a inelegibilidade pode ser conhecido tanto no momento do julgamento do registro, quanto em grau de recurso, enquanto o feito estiver na jurisdição ordinária. Isso, contudo, não impede que ao proferir a primeira decisão sobre o deferimento ou não de registro alvo de Impugnação, o Juiz ou Tribunal possam considerar a situação fática existente no momento da prestação jurisdicional”.

Em declaração de voto, o e. ministro Luiz Fux chegou a declarar a inconstitucionalidade da expressão “que afastem a inelegibilidade” do mencionado dispositivo.

8. No mesmo sentido: “Recurso contra a expedição de diploma (CE, art. 262, I). Inelegibilidade superveniente ao registro e anterior a diplomação: cabimento do recurso. 2. Condenação criminal transitada em julgado após a eleição e antes da diplomação por crime contra a administração pública é causa de inelegibilidade (LC nº 64/90, art. 1º, I, e), oponível a candidato eleito, mediante recurso contra a expedição de diploma. 3. Recurso conhecido e provido” (TSE, RCED nº 532, Rel. Min. Torquato Jardim, acórdão de 19/10/95).

Ressalte-se que, diferentemente do que ocorre com as questões inerentes às inelegibilidades, sejam originárias ou supervenientes, absolutas ou relativas, em que se opera a preclusão processual caso se ultrapasse a fase ordinária, no caso da suspensão dos direitos políticos por sentença transitada em julgado publicada no transcurso do processo eleitoral, a inviabilidade da candidatura – por ausência de plenitude do exercício dos direitos políticos ou carência de condições de elegibilidade –, é consequência direta e automática que impede a concessão do diploma. Nesse sentido:

“Condenação criminal. Trânsito em julgado. Direitos políticos. Suspensão. Efeito automático. Inelegibilidade. Diplomação negada. Desprovisamento. 1. Há de se negar a diplomação ao eleito que não possui, na data da diplomação, a plenitude de seus direitos políticos. 2. A condenação criminal transitada em julgado ocasiona a suspensão dos direitos políticos, enquanto durarem seus efeitos, independentemente da natureza do crime. 3. A suspensão dos direitos políticos prevista no art. 15, III, da Constituição Federal é efeito automático da condenação criminal transitada em julgado e não exige qualquer outro procedimento à sua aplicação. [...]” (Ac. de 15/10/2009 no AgR-REspe nº 35.803, Rel. Min. Marcelo Ribeiro).⁸

Portanto, será cassado o registro da candidatura, sem a expedição de diploma, ao candidato que tenha, no transcurso do processo eleitoral, sido condenado à suspensão dos seus direitos políticos por sentença transitada em julgado, independentemente da fase que se encontrar o processo de registro. Pois, carecendo-lhe o direito de exercer seus direitos políticos (condição de elegibilidade), estará impossibilitado de receber o diploma.

Já, tratando-se de inelegibilidade superveniente, o registro só será negado se o fato ensejador da inelegibilidade tiver ocorrido após o pedido de registro e vier aos autos ainda durante a tramitação do processo perante a instância ordinária.

Quando ultrapassada a instância ordinária do pedido de registro de candidatura, sem que o fato superveniente ensejador da inelegibilidade tenha sido trazido aos autos, a inelegibilidade superveniente deverá ser verificada tão somente após a expedição do diploma, por meio de RCED, garantindo-se ao recorrido todas as garantias inerentes à ampla defesa e ao contraditório.

No que concerne ao prazo *ad quem* da ocorrência do fato apto a implicar a inelegibilidade superveniente, a jurisprudência do TSE é também assente no sentido de que apenas os atos ocorridos até a data do pleito são capazes de ensejar a retomada do diploma. Nesse sentido, assim estabelece a Súmula-TSE nº 47:

“A inelegibilidade superveniente que autoriza a interposição de recurso contra expedição de diploma, fundado no art. 262 do Código Eleitoral, é aquela de índole constitucional ou, se infraconstitucional, superveniente ao registro de candidatura, **e que surge até a data do pleito**” (grifo nosso).

Este entendimento tem sido bastante criticado pela doutrina. Pois, sendo o ato da diplomação o termo final do processo eleitoral, não haveria sentido jurídico em antecipar para a data do pleito o termo final para se verificar a inoccorrência nas hipóteses de inelegibilidade supervenientes.

Ademais, no que concerne aos fatos supervenientes capazes de afastar a inelegibilidade, nos termos do art. 11, § 10, da Lei das Eleições, o TSE tem posicionamento pacífico de que os ocorridos até a data da diplomação devem ser considerados aptos para reverter a inelegibilidade.⁹

Portanto, concordamos com a parcela da doutrina que pugna pela superação da Súmula-TSE nº 47, pois não estabelece critério justificável para a antecipação do termo final da inelegibilidade superveniente para a data da eleição, sendo a diplomação o termo de encerramento do processo eleitoral, bem como pela ausência de justificativa plausível para que se adote critério diverso no que

concerne aos fatos aptos a afastar a inelegibilidade, sendo neste caso a diplomação.

Ressalte-se que o TRE do Rio de Janeiro iniciou movimento pela superação da Súmula-TSE nº 47, por meio do julgado RCED nº 3530, pugnando que o termo para a verificação de fato apto a implicar na inelegibilidade do candidato deve ser o mesmo que o considerado para o seu afastamento, ou seja, a diplomação dos eleitos.¹⁰

No mesmo sentido já se manifestou o eminente ministro Luiz Fux em sua declaração de voto no julgamento do RO nº 15.429, quando equiparou as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade àquelas que ensejam inelegibilidades, não podendo, portanto, receber tratamento jurídico diverso. O ministro Luiz Fux, inclusive, manifestou seu entendimento

9. REspe - Recurso Especial Eleitoral nº 7012, Sirinhaém-PE, Rel. Min. Herman Benjamin, Acórdão de 5/12/2017: “A data da diplomação é o termo *ad quem* para se conhecer de fato superveniente ao registro de candidatura que afaste a inelegibilidade. Precedentes: ED-REspe 166-29/MG, Rel. Min. Henrique Neves, DJE de 5.4.2017; AgR-REspe 242-66/PE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJE de 4.9.2017; AgR-REspe 395-67/BA, Rel. Min. Admar Gonzaga, DJE de 17.8.2017; AgR-REspe 151-46/TO, Rel. Min. Rosa Weber, DJE de 20.6.2017; ED-RO 294-62/SE, Rel. Min. Gilmar Mendes, sessão de 11.12.2014”.

10. “ELEIÇÕES 2016. RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. PREFEITO E VICE-PREFEITO. INELEGIBILIDADE INFRACONSTITUCIONAL SUPERVENIENTE. TERMO FINAL. DATA DA DIPLOMAÇÃO. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. SUPERAÇÃO DA SÚMULA 47 DO TSE. CONDENÇÃO CRIMINAL. ART. 1º, I, ‘E’, 3, DA LC 64/90. DECISÃO COLEGIADA. PROCLAMAÇÃO DO RESULTADO NA SESSÃO DE JULGAMENTO. PUBLICAÇÃO EM SENTIDO TÉCNICO. EXISTÊNCIA JURÍDICA. APTIDÃO PARA PRODUZIR OS EFEITOS LEGAIS. DESNECESSIDADE DE PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO NO DIÁRIO DE JUSTIÇA. INDIVISIBILIDADE DA CHAPA. CASSAÇÃO DO DIPLOMA DE AMBOS OS RECORRIDOS. PROCEDÊNCIA. 1. O termo final para a superveniência de inelegibilidade infraconstitucional apta a resultar na cassação do diploma em sede de RCED deve ser a data da diplomação, e não a data da eleição. Superação da Súmula 47 do TSE. Necessidade de evolução jurisprudencial. 2. A legislação eleitoral não fixa termo final para a incidência da causa de inelegibilidade superveniente, o qual foi definido por construção jurisprudencial desta Justiça Especializada, estando o tema aberto a novas discussões. 3. As restrições à elegibilidade têm a finalidade precípua de proteger não apenas a lisura do sufrágio, mas também a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, assegurando a observância de um mínimo ético por parte do representante. →

pela inconstitucionalidade do termo final do § 10 do art. 11 da Lei das Eleições.¹¹

Ainda no mesmo sentido, mas por argumentos diversos, Tenório¹² justifica que

“a condenação criminal transitada em julgado é tão elemento negativo da existência do ato jurídico diplomação quanto qualquer inelegibilidade superveniente. Não há, com a devida vênia, ante a letra do art. 262 do Código Eleitoral fundamento idôneo a justificar a diferença de tratamento entre essa e os demais obstáculos à existência do ato jurídico diplomação ocorridos após a eleição”.

Nesta companhia, ratifico nosso entendimento de que o termo final para a ocorrência de fatos ensejadores de inelegibilidade superveniente deve ser

→ 4. A jurisprudência do TSE evoluiu para permitir que se considerem as circunstâncias fáticas e jurídicas supervenientes ao registro de candidatura que afastem a inelegibilidade até a data da diplomação (AgR-REspe 6338, acórdão de 16/02/2017), de modo que o entendimento em relação ao outro lado da moeda deve ser igualmente alterado, pois é incongruente conhecer das hipóteses de exclusão da inelegibilidade até a data da diplomação, mas restringir a incidência das causas de inelegibilidade apenas até a data da eleição. 5. Aquele que não está no inteiro gozo de seus direitos políticos no momento da diplomação, justamente por não possuir vida pregressa e comportamento compatíveis com os princípios da moralidade e da probidade administrativa, não está em condições de ser incumbido da relevantíssima tarefa de definir os rumos da coletividade. 6. Interpretação que mais se coaduna com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, privilegiando o interesse público na lisura do pleito e na escolha de representantes sem máculas. 7. Revisão de posicionamento que se encontra em estrita consonância com o momento político-social que hoje vive o país, no sentido de buscar impedir a manutenção em cargos eletivos de cidadãos que não representem os anseios populares de lisura em seu atuar. 8. A condenação do primeiro recorrido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Penal nº 618 ocorreu em 13/12/2016, portanto antes da diplomação dos eleitos, que ocorreu em 19/12/2016. 9. A inelegibilidade prevista no art. 1º, I, ‘e’, da LC 64/90 surge com a decisão condenatória, e não com a sua publicação no órgão oficial, ou seja, a inelegibilidade depende apenas da existência da decisão, e não da intimação das partes por meio de sua divulgação no Diário de Justiça. 10. A publicação da decisão só pode ser considerada como requisito para sua existência jurídica quando considerada em seu sentido técnico, de acordo com o qual a publicação ocorre no momento em que a decisão se torna pública. A decisão proferida em sessão de julgamento torna-se pública na própria sessão. Doutrina. Jurisprudência do STJ. Art. 389 do CPP. 11. A divulgação na imprensa oficial tampouco é imprescindível para que a decisão comece a produzir efeitos. Assim, a proclamação do resultado do julgamento na respectiva sessão torna pública a decisão proferida pelo órgão colegiado e, por esse motivo, lhe confere existência jurídica e aptidão para produzir os →

exatamente o mesmo que a jurisprudência acertadamente tem reconhecido para a fixação do termo final para o reconhecimento de fatos aptos ao afastamento das inelegibilidades, qual seja a data da diplomação, quando se encerra o processo eleitoral e, conseqüentemente, a jurisdição da Justiça Eleitoral.

6 Dos fatos supervenientes que suspendem a inelegibilidade

Conforme já mencionado, a Lei nº 12.034/2009 introduziu ao art. 11 da Lei das Eleições o seu atual § 10, que estabelece que

“as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento

→ efeitos legais. 12. Condenação unânime da Segunda Turma do STF, tendo ocorrido divergência somente quanto à causa de aumento da pena. Não há dúvida quanto à condenação e, portanto, esta não era passível de suspensão por qualquer outro órgão do Poder Judiciário. 13. Em 14/12/2016, um dia após o julgamento, o seu resultado e o inteiro teor do voto condutor do acórdão já estavam disponíveis no sítio eletrônico da Corte Suprema, de forma que desde aquela data os recorridos puderam ter acesso ao conteúdo da decisão. 14. A apresentação de petição pelo primeiro recorrido na Ação Penal 618 na data de 16/12/2016, requerendo a anulação do julgamento, faz inferir que o mesmo teve plena ciência da decisão, dando-se por intimado. 15. Reconhecida a superveniência da causa de inelegibilidade, impõe-se a cassação do diploma de ambos os recorridos, tendo em vista a indivisibilidade da chapa formada para as eleições majoritárias. 16. Efetivo afastamento dos cargos somente após o trânsito em julgado ou apreciação de eventual recurso pelo TSE. Art. 216 do Código Eleitoral. 17. Procedência do pedido” (RCED – Recurso Contra Expedição de Diploma nº 3530, Duque de Caxias-RJ, Rel. Cristiane de Medeiros Brito Chaves Frota, Rel. designada Cristina Serra Feijó, Acórdão de 21/8/2017).

11. “Desse modo, a meu juízo, a exegese consentânea com a axiologia e principiologia norteadora do nosso processo político é aquela que autoriza o exame das alterações, fáticas ou jurídicas, tanto para afastar as hipóteses de inelegibilidade, tal como disciplina atual do artigo 11, § 10, quanto para incluí-las, ainda que em momento ulterior à formalização do pedido de registro. Por tais razões, ante a incidência do princípio da proporcionalidade, em sua faceta de vedação à proteção deficiente, declaro incidentalmente a inconstitucionalidade parcial com redução de texto do artigo 11, § 10, da Lei das Eleições, para expungir do ordenamento jurídico o trecho ‘que afastem a inelegibilidade’ do indigitado preceito.”

12. TENÓRIO, Rodrigo. *Inelegibilidades supervenientes e Recurso Contra Expedição de Diploma*: um novo viés à luz da teoria do fato jurídico e do caráter sistêmico do direito. Disponível em: <<http://www.rodrigotenorio.com.br/2014/12/inelegibilidades-supervenientes-e.html>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

da formalização do pedido de candidatura, **ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro de candidatura**" (grifo nosso).

Este dispositivo veio garantir que um candidato inelegível na data fixada para a apresentação dos pedidos de registro de candidatura tenha a oportunidade de reverter sua situação de inelegibilidade durante o transcurso do processo eleitoral.

O disposto no art. 16-A da Lei das Eleições¹³ garante a viabilidade pragmática deste dispositivo, uma vez que possibilita a continuidade da campanha dos candidatos com registro de candidatura indeferido que continuem *sub judice*.

Para o afastamento superveniente das inelegibilidades, a jurisprudência tem sido mais flexível que com relação ao próprio surgimento das inelegibilidades supervenientes, pois, além de ser mais tolerante no que a preclusão, reconhecendo que em qualquer tempo, durante o processo de registro de candidatura, e em qualquer fase recursal, a notícia do afastamento da inelegibilidade deve ser conhecida. Ademais, reconhece a data da diplomação como termo final para o afastamento das inelegibilidades.

Completando o sistema normativo que preserva a possibilidade da reversão superveniente da inelegibilidade, o art. 26-C da Lei das Inelegibilidades estabelece que:

"Art. 26-C - O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas *d*, *e*, *h*, *j*, *l* e *n* do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso".¹⁴

Não obstante a literalidade do texto se refira a "órgão colegiado do tribunal", o TSE já sumulou entendimento de que "O disposto no art. 26-C da LC nº 64/90 não afasta o poder geral de cautela conferido ao magistrado pelo Código de Processo Civil",¹⁵ ressaltando que

"a interpretação do art. 26-C da Lei Complementar nº 64/1990 compatível com a Constituição Federal de 1988 é no sentido de que não apenas as decisões colegiadas enumeradas nesse dispositivo poderão ser suspensas por força de decisão liminar, mas também outras que lesem ou ameacem direitos do cidadão, suscetíveis de provimento cautelar".

"É dizer: os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, ao proferirem uma decisão liminar, atuam como porta-vozes do Colegiado do Tribunal, o que nos leva a uma singela conclusão: suspensão liminarmente a decisão que condenou o ora recorrente por doação acima do limite legal, consequentemente estará suspensa a inelegibilidade decorrente dessa decisão".¹⁶

Ainda, por sua vez, o § 2º do mencionado art. 26-C da Lei das Inelegibilidades estabelece que

"Mantida a condenação de que derivou a inelegibilidade ou revogada a suspensão liminar mencionada no *caput*, serão desconstituídos o registro ou o diploma eventualmente concedidos ao recorrente".

É claro o sentido do dispositivo em reconhecer a precariedade do afastamento da condição de inelegibilidade por decisão liminar. No entanto, o TSE firmou entendimento de que na prática mitiga quase por completo a eficácia da referida norma. Vejamos:

Em 20/4/2015 foi publicado acórdão do julgamento do REspe – Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 121176, Cedral-MA, de relatoria da ministra Thereza Rocha de Assis Moura, em que o TSE consolidou entendimento de que,

13. "Art. 16-A - O candidato cujo registro esteja *sub judice* poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior" (acrescidos pela Lei nº 12.034/2009).

14. Incluído pela Lei Complementar nº 135/2010.

15. Súmula TSE nº 44.

16. REspe – Recurso Especial Eleitoral nº 22991, Palmas-TO, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, acórdão de 22/5/2014.

sendo revogada, no transcurso do período eleitoral, a medida liminar que suspendia a inelegibilidade, não se admite o manejo do recurso contra a expedição do diploma, uma vez que a revogação da liminar, a inelegibilidade restabelecida teria ocorrido antes do registro da candidatura, e, portanto, inalcançada pelo RCED. A decisão veio amparada em precedentes no mesmo sentido, como o REspe nº 125-04-BA, de relatoria do ministro Dias Toffoli, cujos seguintes trechos se destacam:

“[...] se o candidato, no momento do pedido de registro, estava amparado por provimento judicial liminar suspendendo os efeitos da decisão de rejeição de contas, a inelegibilidade resta afastada, a teor do disposto no art. 11, § 10, da Lei das Eleições, não importando a revogação posterior da tutela acautelatória.

[...] a ressalva prevista no referido § 10 do art. 11 da Lei nº 9.504/97 – alteração fática ou jurídica superveniente ao pedido de registro de candidatura –, só se aplica para afastar a causa de inelegibilidade, e não para fazê-la incidir”.

Em nosso compreender, tal entendimento implica uma negativa da eficácia do disposto do art. 26-C e seu § 2º. Pois permite que uma liminar, ainda que monocrática, equivocadamente concedida, porque posteriormente reformada, garanta a um candidato inelegível na origem que receba o seu diploma de forma incontestável, baseado única e exclusivamente no fato de ter obtido um provimento jurisdicional efêmero e desacertado.

É certo que não se defende o reconhecimento automático da inelegibilidade com a revogação da liminar, devendo ser garantido ao candidato todos os meios inerentes à ampla defesa e ao contraditório passíveis de se estabelecer no contexto do processamento do RCED.¹⁷

17. Súmula TSE nº 66: “A incidência do § 2º do art. 26-C da LC nº 64/1990 não acarreta o imediato indeferimento do registro ou o cancelamento do diploma, sendo necessário o exame da presença de todos os requisitos essenciais à configuração da inelegibilidade, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa”.

Ora, a interpretação restritiva do art. 262 do Código Eleitoral, restringindo ao objeto do RCED as inelegibilidades nascidas originariamente durante o processo eleitoral, não se coaduna com os valores explicitados no § 9º do art. 14 da CRFB, que justifica a instituição de hipóteses de inelegibilidade pelo legislador como forma de probidade no exercício dos cargos eletivos.

Não se defende o reconhecimento automático da inelegibilidade com a revogação da liminar.

Por fim, ainda sobre o tema, ao julgar o RCED – Agravo Regimental em Recurso Contra Expedição de Diploma nº 8118 (7/4/2016), de relatoria do ministro Henrique Neves da Silva, o TSE confirmou entendimento de que a decisão colegiada do tribunal que revoga medida liminar monocrática que suspendeu a inelegibilidade proferida após a data do pleito não terá o condão de restabelecer a inelegibilidade, não sendo, também, possível seu alcance e controle por meio de RCED, ainda que o referido acórdão tenha sido publicado antes da data da diplomação, marco final do processo eleitoral.

Pelos mesmos motivos apresentados acima, bem como aqueles trazidos no item 5 deste trabalho, entendemos não haver razão jurídica que autorize a eleição de termos distintos para consideração dos fatos que implicam a inelegibilidade (na espécie a restabelecendo) e aqueles passíveis de afastá-la.

O atual posicionamento do TSE, neste sentido, tem desviado dos valores estabelecidos no § 9º do art. 14 da CRFB, que pugna por um sistema de inelegibilidades que seja capaz de garantir o exercício dos cargos eletivos com respeito à probidade e moralidade administrativa.

7 Conclusão

Diante do exposto, concluímos que, como forma de se garantir a plena eficácia dos valores trazidos pelo § 9º do art. 14 da CRFB, a jurisprudência do TSE merece ser superada nos seguintes termos:

i) que as inelegibilidades absolutas sejam conhecidas a qualquer tempo durante o processamento do registro das candidaturas, desde que garantida a oportunidade de defesa ao candidato;

ii) que o termo final para o reconhecimento dos fatos ensejadores das inelegibilidades relativas supervenientes seja a data da diplomação, assim como reconhece para afastá-las;

iii) que as revogações das decisões liminares que afastavam de forma precária as inelegibilidades, desde que ocorridas dentro do período eleitoral, considerado até a data da diplomação, autorizem o reconhecimento da inelegibilidade superveniente a ser analisado por meio de RCED. ■

C

ompetência da Justiça Eleitoral para os crimes eleitorais e conexos.

Confronto entre os crimes de “caixa dois eleitoral” e corrupção passiva e lavagem de dinheiro e a repercussão na fixação da competência.

Denise Provati Vaz

Doutora e mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogada e professora universitária.

Francisco Felipe Lebrão Agosti

Graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado.

Davi Szuvarcfuter

Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas. Graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado.

Sumário

1. Justiça Eleitoral e sua competência criminal
2. Classificação delitiva, conflito aparente de normas e princípio da especialidade. Confronto entre as acusações de corrupção passiva e caixa dois
3. A competência no caso de delitos conexos a crimes eleitorais
4. Considerações finais

Bibliografia

1 Justiça Eleitoral e sua competência criminal

A Justiça Eleitoral desempenha importante papel no Estado brasileiro, com vistas à consecução dos ideais democráticos e de seus fundamentos expressos pela soberania, cidadania e pluralismo político. Por suas características, é classificada como integrante da Justiça Especializada, ao lado da Justiça do Trabalho e da Justiça Militar.

Dentro de sua atuação de controle da regularidade e legitimidade do processo eleitoral, inclui-se a competência jurisdicional para o julgamento dos crimes eleitorais.

A Constituição Federal da República (CF) não tratou de delimitar a competência da Justiça Eleitoral, tendo atribuído tal tarefa a lei complementar, que ainda não foi editada. Assim, o Código Eleitoral (CE), Lei nº 4.737/1965, anterior à atual CF, continua a definir a competência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) (art. 22), dos Tribunais Regionais Eleitorais (TREs) (art. 29) e dos juízes eleitorais (art. 35), atento aos critérios de fixação da competência em razão da matéria e em razão da pessoa. Os limites da competência da Justiça Eleitoral também são delineados pela CF, ao fixar a competência por prerrogativa de função do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ), dos Tribunais Regionais Federais (TRFs) e dos Tribunais de Justiça.

O ponto central para a aferição da competência no âmbito eleitoral reside na definição dos crimes eleitorais.

Do ponto de vista formal, consideram-se crimes eleitorais aqueles previstos no CE e leis afins.

De acordo com Suzana de Camargo Gomes, “a locução **crimes eleitorais** compreende todas as violações às normas que disciplinam as diversas fases e operações eleitorais e resguardam valores ínsitos à liberdade do exercício do direito de sufrágio e autenticidade do processo eleitoral, em relação às quais a lei prevê a imposição de sanções de natureza penal” (GOMES, 2006, p. 30).

Do ponto de vista formal, consideram-se crimes eleitorais aqueles previstos no CE e leis afins (como LC nº 64/1990, Lei nº 6.091/1974, Lei nº 6.996/1982, Lei nº 7.021/1982, Lei 9.504/1997).

De outro lado, diverge a doutrina acerca da classificação dos crimes eleitorais como crimes políticos ou comuns. Sustentando sua nature-

za política, encontram-se, por exemplo, Nelson Hungria, Roberto Lyra, Aristides Junqueira, Pedro Lessa, Fávila Ribeiro e Suzana de Camargo Gomes, vislumbrando nas condutas típicas afetação do próprio Estado e das instituições democráticas (GOMES, 2006, p. 41-51; PONTE, 2016, p. 55). Em sentido contrário, posicionam-se, por exemplo, Joel José Cândido, Adalberto José de Camargo Aranha, Celso de Mello, Torquato Jardim, Guilherme Guimarães Feliciano e Marcos Ramayana, refutando a afronta à organização do Estado (GOMES, 2006, p. 44-45; PONTE, 2016, p. 55; RAMAYANA, 2006, p. 447-449).¹

De todo modo, entende-se, com base na jurisprudência do STF, que, na distinção feita pela CF entre crimes comuns e crimes de responsabilidade, com vistas à fixação da competência por prerrogativa de função, enquadram-se os crimes eleitorais entre os crimes comuns (GOMES, 2006, p. 48-51; PONTE, 2016, p. 138-139). Portanto, não estão sujeitos ao julgamento por órgãos políticos, mas pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, entendidos como crimes comuns, os crimes eleitorais serão processados e julgados pelo STF e pelo STJ, quando os acusados detiverem o respectivo foro por prerrogativa de função.² Em virtude da previsão constitucional específica, nos casos mencionados, a competência é do STJ, não do TSE. Este, consoante o CE, é competente para o julgamento de seus próprios juízes e dos juízes dos TREs. Por sua vez, aos TREs, compete o julgamento dos juízes eleitorais (juízes de

1. De sua parte, Antonio Carlos da Ponte entende que os crimes eleitorais puros ou específicos são crimes políticos, ao passo que os delitos eleitorais acidentais são crimes comuns (PONTE, 2016, p. 55-56).

2. No caso do STF: o presidente da República, o vice-presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios ministros e o procurador-geral da República (art. 102, inciso I, b, CF). No caso do STJ: os governadores dos Estados e do Distrito Federal, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos TRFs, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais (art. 105, inciso I, a, CF).

Direito) e, por simetria, dos prefeitos municipais, deputados estaduais, promotores de justiça (art. 96, inciso III, CF), juízes federais e procuradores da República (art. 108, inciso I, *a*, CF).

Maior dificuldade apresenta a questão da competência para o julgamento de crimes conexos. De acordo com o CE, os crimes eleitorais atraem a competência para o julgamento dos crimes a eles conexos (art. 35, inciso II). Conforme lição de José Frederico Marques, “a conexão pressupõe um laço ou liame que estabeleça a ligação entre as infrações praticadas e as pessoas nelas envolvidas”, podendo ser intersubjetiva, objetiva ou instrumental (MARQUES, 2000, p. 365).

Discute-se, porém, se prevalece a regra da conexão em quaisquer casos, questionando-se, particularmente, aqueles relacionados aos crimes dolosos contra a vida, aos crimes militares e aos crimes federais.

No que concerne aos crimes dolosos contra a vida, prevalece entendimento de que deve haver a separação dos processos (LIMA, 2011, p. 566),³ tendo em vista haver previsão constitucional para ambos os casos, que não pode ser alterada por norma processual infraconstitucional, como é a prevenção.

O mesmo argumento é utilizado por Renato Brasileiro de Lima, com apoio em precedente do STJ, para sustentar a separação de processos nos casos de crimes militares e federais conexos a crimes eleitorais (LIMA, 2011, p. 565).

Este tema, porém, merece análise mais aprofundada, tendo em vista, especialmente, as discussões surgidas no âmbito da Operação Lava Jato, em que diversas acusações versaram sobre supostas vantagens indevidas a agentes políticos e doações eleitorais, as quais também foram argumentadas pelas defesas para rechaçar as imputações de corrupção. Pode-se vislumbrar a hipotética classifica-

ção de alguns fatos como crimes eleitorais, assim como conexão com crimes comuns. Entretanto, muitos processos foram conduzidos e julgados por juízes federais, nas Seções Judiciárias do Paraná, Rio de Janeiro e Distrito Federal. Interessa, assim, examinar as questões atinentes à classificação delitiva e à fixação de competência em tais situações.

2 Classificação delitiva, conflito aparente de normas e princípio da especialidade. Confronto entre as acusações de corrupção passiva e caixa dois

Como mencionado, a classificação do delito mostra-se fundamental para a definição da competência da Justiça Eleitoral ou da Justiça Comum. Nesse cenário, em vista da Ação Penal nº 470 (caso Mensalão) e da Operação Lava Jato e seus desdobramentos, nota-se particular interesse na análise da classificação de valores recebidos por agentes políticos, em torno dos quais se debate sobre o enquadramento como o crime de corrupção passiva (art. 317, Código Penal) ou do chamado “caixa dois eleitoral” (art. 350, CE).

Antes de adentrar as possibilidades de se verificar a ocorrência de “caixa dois”, faz-se necessária uma breve análise de referidos tipos penais.

O art. 350 trata, a bem da verdade, do delito de falsidade ideológica na seara eleitoral. Ou seja, estamos a falar da **falsidade do conteúdo do documento**, não do documento em si, ou de sua forma:

“há, apenas, uma mentira reduzida a escrito, através do documento que, sob o aspecto material, é de todo verdadeiro, isto é, realmente escrito por quem o seu teor indica” (AMARAL, 1978, p. 53).

Nesse caso, a conduta do agente pode ser tanto omissiva (deixar de informar) ou comissiva (fazer constar informação não verdadeira), devendo haver o elemento subjetivo “do fim específico de afetar o processo eleitoral, em qualquer um de seus atos ou fases” (GOMES, 2006, p. 338-339).

3. Em sentido contrário, afirmando a competência da Justiça Eleitoral para ambos os crimes, encontra-se Suzana de Camargo Gomes (2006, p. 59-65).

Apesar de o tipo penal não descrever propriamente o “caixa dois eleitoral”, a jurisprudência vem entendendo pelo seu enquadramento no art. 350 do CE.⁴

O delito de corrupção passiva tem como bem jurídico tutelado o probó funcionamento da Administração Pública.

Nesse dispositivo legal, vem se incluindo também a omissão de bens na declaração de candidatos.

De seu turno, o delito de corrupção passiva tem como bem jurídico tutelado o normal, probó e moral funcionamento da Administração Pública, já que a sua prática compromete o desempenho do serviço público e o prestígio do Poder Público.

As condutas do delito de corrupção passiva são alternativas: “solicitar (pedir, direta ou indiretamente, para si ou para outrem); receber (obter, direta ou indiretamente, para si ou para outrem); aceitar (anuir)” (BITENCOURT, 2004, p. 415), tendo como objeto a **vantagem**, que pode ser de cunho patrimonial, ou não, desde que **ilícita ou indevida**, praticada **em razão da função pública exercida** (ato de ofício):

“é que para a perfectibilização do delito de corrupção passiva não basta a solicitação, recebimento ou promessa de vantagem indevida. Como prevê a própria letra legal, é necessária a existência (e a demonstração) de nexo de causalidade entre a conduta do funcionário e a realização de ato funcional de sua competência” (STF, Inq. nº 3705. Rel. Gilmar Mendes. j. 2/6/2015).

Postas tais definições, passamos à análise das doações de campanha e suas repercussões, afinal, como destacou o ministro Luiz Fux, do STF, ao julgar a Ação Penal nº 470 (Mensalão): “os candidatos são obrigados por lei a declarar à Justiça Eleitoral todas as importâncias recebidas para custear a campanha” (fl. 1.528 do acórdão).

Nesse sentido, as doações de campanha podem se dar, especialmente, de cinco formas:

i) origem legal dos recursos e devida prestação de contas, forma legalmente prevista; ii) origem ilegal de recursos e doação ilegal, por exemplo, o financiamento de campanha por parte de uma empresa com dinheiro oriundo de sonegação fiscal, doado ao político em dinheiro em espécie, sem a devida declaração eleitoral; iii) origem ilegal de recursos e doação legal, por exemplo, o financiamento de campanha por determinada empresa com valores oriundos do tráfico de entorpecentes, sendo que o candidato declara o recebimento de tais valores na sua prestação de contas, mas não destaca sua origem; iv) origem legal dos recursos, mas doados de modo oculto, por exemplo, doação de valores lícitos de determinada pessoa ou empresa, mas que o fazem de modo oculto, sem constar na devida prestação de contas; e v) doações de recursos legais, ou ilegais, declarados pelo candidato, ou não, mediante a contrapartida de determinado ato.

Tendo em vista a existência de um fato em comum em todas as possibilidades, que é o recebimento de valores por um candidato ou agente político, pode haver dúvida sobre a adequada classificação típica, cogitando-se, ainda, de um possível conflito aparente de normas, em que, aparentemente, incidem no caso duas ou mais normas incriminadoras, mas em que apenas uma deve ser aplicada. Assim: a conduta em comento deve ser enquadrada como prática de corrupção passiva ou de falsidade eleitoral? Ou de ambas em concurso?

A princípio, o conflito aparente de normas não possui previsão legal para a sua solução, devendo ser resolvido por meio da

“interpretação, pressupondo, porém, a unidade de conduta ou de fato, pluralidade de normas

4. Veja-se pesquisa realizada sobre o tema: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-o-crime-de-caixa-2-eleitoral-e-tratado-pelo-supremo-05102017>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

coexistentes e relação de hierarquia ou dependência entre essas normas” (BITENCOURT, 2010, p. 223).

Como exposto, tal situação assume grande relevância, uma vez que, a depender da capitulação jurídica dos fatos, teremos processamentos distintos: ou Justiça Comum, ou Justiça Eleitoral.

Pois bem, para solução do conflito aparente de normas, a doutrina traz, em regra, três princípios distintos: especialidade, subsidiariedade e consunção.

Segundo o princípio da especialidade, considera-se especial uma norma penal, em relação a outra, geral, quando estão presentes todos os elementos da norma geral mais alguns elementos especializantes: “toda a ação que realiza o tipo do delito especial realiza também necessariamente, ao mesmo tempo, o tipo do geral, enquanto que o inverso não é verdadeiro” (JESCHECK, 1993, p. 1.035). Sua finalidade é evitar a dupla imputação pelo mesmo fato (*bis in idem*).

Já de acordo com a subsidiariedade, considerando que há grau de violação do mesmo bem jurídico, a norma subsidiária somente é aplicada quando não couber a aplicação da norma principal.

Por fim, com base no princípio da consunção, pune-se o crime mais amplo, quando o tipo penal de determinado crime constitui meio necessário para preparação, ou execução de outro crime, ou seja, um tipo penal é mais abrangente que o outro, englobando-o.

A par disso, deve-se verificar se estão sendo protegidos os mesmos bens jurídicos, pois, do contrário, poderão ser aplicadas duas ou mais normas concomitantemente, com o concurso de crimes, sem violação do *ne bis in idem*.

Nesse contexto, levando em consideração o princípio da especialidade, tem-se que a conduta da corrupção passiva tem elemento especial distintivo do “caixa dois eleitoral”, qual seja a correlação com ato de ofício, ao passo que o crime do art. 350 do CE exige o fim específico eleitoral.

Portanto, três podem ser as soluções para a classificação típica diante do recebimento de valores.

A primeira, na qual o candidato ou agente político simplesmente recebeu valores com o fim específico de praticar determinados atos relacionados à função pública, sendo classificado, portanto, como prática do delito de corrupção passiva.

A segunda, na qual o candidato ou agente político recebeu doação eleitoral não declarada sem a promessa de qualquer ato de ofício, havendo classificação delitiva de falsidade ideológica eleitoral – “caixa dois”.

E a terceira, na qual o candidato ou agente político recebeu valores destinados a campanha eleitoral, não declarados, que foram dados em contrapartida de um ato de ofício, incidindo tanto em corrupção passiva quanto em “caixa dois eleitoral”.

No caso de o pagamento da vantagem indevida ter sido realizado por meio de doação eleitoral devidamente declarada, não se pode afastar também a eventual ocorrência do concurso dos dois delitos, uma vez que a declaração feita não poderia ser considerada correta ou completa.

Cumpra também consignar que as operações empregadas para a realização do pagamento podem, ainda, configurar o delito comum de lavagem de dinheiro (art. 1º, Lei nº 9.613/1998).

Dessa forma, pode-se dizer que são as características do pedido e do recebimento de doações eleitorais que vão definir o que é a doação lícita de campanha, o que é caixa dois e o que é corrupção passiva, a depender da promessa, ou não, da prática de determinado ato pelo candidato ou agente político.

Se houver apenas a prática de corrupção passiva, a competência será da Justiça Comum (se não houver foro por prerrogativa de função). Se se verificar apenas a prática de crime eleitoral, será competente a Justiça Eleitoral (se não houver foro por prerrogativa de função).

Porém, nos casos em que se vislumbra a ocorrência de ambos os crimes, e eventualmente também de lavagem de dinheiro, é possível que haja conexão entre eles, ensejando a controvérsia sobre a atração do julgamento do delito de corrupção passiva e/ou lavagem de dinheiro pela Justiça Eleitoral, ou a separação dos feitos.

3 A competência no caso de delitos conexos a crimes eleitorais

Para que se possa fazer uma análise sobre a definição de competência nos casos que envolvam o julgamento de crimes eleitorais e “crimes comuns” conexos, é necessário primeiro saber quais diplomas legais regulam o concurso de competência, bem como examinar os dispositivos constitucionais sobre a competência da Justiça Comum.

No caso da Justiça Comum Estadual, considera-se que sua competência é residual.

Sobre o tema, a legislação processual penal, em capítulo específico sobre a competência por conexão ou continência, determina que: “no concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta” (art. 78, inciso IV).

De igual modo, o CE estabelece que compete aos juízes eleitorais:

“processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem **conexos**, ressalvada a competência originária do Tribunal Superior e dos Tribunais Regionais” (art. 35, inciso II).

Já a CF define que é de competência dos juízes federais o processo e julgamento de:

“crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e

ressalvada a competência da Justiça Militar e da **Justiça Eleitoral**” (art. 109, inciso IV, grifo nosso).

No caso da Justiça Comum Estadual, considera-se que sua competência é residual, na medida em que a CF não fixa as matérias que lhe são afetas.

Em vista dessas disposições, não parece restar dúvida quanto à competência da Justiça Eleitoral para o julgamento de crimes eleitorais e os que lhe forem conexos; porém, conforme restará demonstrado abaixo, a mera interpretação literal destes dispositivos não corresponde a uma resposta definitiva e clara sobre o tema.

A prevalência da conexão, com a atração do julgamento dos crimes conexos, é defendida por Suzana de Camargo Gomes, com apoio em José Frederico Marques e Espínola Filho, sustentando, inclusive, a competência da Justiça Eleitoral para o processo e julgamento de crimes dolosos contra a vida conexos a crimes eleitorais, sob o argumento de sua especialização (GOMES, 2006, p. 59-65; PONTE, 2016, p. 140-141).

Antigo julgado do STF também assentou a competência da Justiça Eleitoral para os crimes conexos:

“Em se verificando, porém, que há processo penal, em andamento na Justiça Federal, por crimes eleitorais e crimes comuns conexos, é de se conceder ‘Habeas Corpus’, de ofício, para sua anulação, a partir da denúncia oferecida pelo Ministério Público federal, e encaminhamento dos autos respectivos à Justiça Eleitoral de 1ª instância, a fim de que o Ministério Público, oficiando perante esta, requeira o que lhe parecer de direito” (CC nº 7.033-SP, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 2/10/1996).

De outro lado, porém, outra parte da doutrina afasta a competência da Justiça Eleitoral nos casos em que há competência constitucionalmente definida, a exemplo da Justiça Federal. Por se tratar de norma infraconstitucional, a conexão não poderia alterar a disposição constitucional (BADARÓ, 2015, p. 261; LIMA, 2011, p. 565).

Comentando o inciso IV do art. 78 do Código de Processo Penal (CPP), afirma Gustavo Badaró:

“Todavia, diante da CR de 1988, o dispositivo será de aplicação mais restrita do que à primeira vista possa parecer. Isso porque, como já visto, não pode haver reunião de processo, por conexão ou continência, no caso em que concorram Justiças com competências constitucionalmente definidas. Assim sendo, o art. 78, IV, do CPP somente tem aplicação no caso de concurso entre um crime de competência da Justiça Comum dos Estados e outro da Justiça Eleitoral, uma vez que as regras constitucionais não definem, expressamente, as competências de tais Justiças, relegando tal tarefa à legislação infraconstitucional” (BADARÓ, 2015, p. 261).

Esse posicionamento vem sendo adotado pelo STJ (CC nº 39.357), que, inclusive, afirma a competência da Justiça Federal nos crimes contra a administração da Justiça Eleitoral, como no caso de desacato contra juiz eleitoral, desobediência, falso testemunho, comunicação falsa de crime (por exemplo, CC nº 45.552, CC nº 106.970, CC nº 126.729).

A respeito da conexão entre crime eleitoral e crime federal, assim decidiu o STJ:

“Tenho que a solução aventada pelo Ministério Público não guarda harmonia com a estrutura constitucional do Poder Judiciário. É certo que o Estatuto Político alheia da competência da Justiça Federal os crimes eleitorais. Todavia, não se me afigura acolhível a ideia de que a competência criminal da Justiça Federal desaparece por força de lei ordinária – Código de Processo Penal – do tempo em que a Justiça Federal – inaugurada nos instantes exordiais da República – sofrera expulsão do organismo estatal brasileiro. Não me parece possível subordinar-se a competência constitucional da Justiça da Federação a uma norma de primeiro grau qual a do art. 78, IV, do Código de Processo Penal” (STJ, 3ª Seção, CC nº 19478, Min. Fontes de Alencar, j. 28/3/2001).

Entretanto, em julgamento recente, o STF, reiterando o entendimento expresso no CC nº 7.033, decidiu pela competência da Justiça Eleitoral para os crimes eleitorais e conexos. O caso tratava de fatos relatados em colaboração premiada firmada no âmbito da Operação Lava Jato, referentes a doações eleitorais não contabilizadas, que, segundo o *parquet*, teriam relação com crime de corrupção passiva. Em voto divergente, que consagrou o entendimento da turma, o ministro Ricardo Lewandowski assim se pronunciou:

“Neste contexto, convém lembrar que o Código Eleitoral, em seu título III, o qual detalha o âmbito de atuação dos juízes eleitorais, é cristalino ao estabelecer, no art. 35, que: ‘Compete aos juízes [...] II - processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos, ressalvada a competência originária do Tribunal Superior e dos Tribunais Regionais’. Ora, como se sabe, o denominado ‘Caixa 2’ sempre foi tratado como crime eleitoral, mesmo quando sequer existia essa tipificação legal. Não se olvide, ademais, que, recentemente, a Lei 13.488/2017 incluiu o art. 354-A no Código Eleitoral para punir com reclusão de dois a seis anos, mais multa, a seguinte conduta: ‘Apropriar-se o candidato, o administrador financeiro da campanha, ou quem de fato exerça essa função, de bens, recursos ou valores destinados ao financiamento eleitoral, em proveito próprio ou alheio’. Ainda que se cogite, apenas para argumentar, da hipótese aventada pelo MPF, *a posteriori*, segundo a qual também teriam sido praticados delitos comuns, dúvida não há, a meu ver, de que se estaria, em tese, diante de um crime conexo, nos exatos termos do art. 35, II, do referido Codex. Em casos semelhantes, de conflito de competência entre a Justiça comum e a especializada, a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, com o intuito de evitar possíveis nulidades, assenta que, ‘[...] em se verificando [...] que há processo penal, em andamento na Justiça Federal, por crimes eleitorais e

crimes comuns conexos, é de se conceder habeas corpus, de ofício, para anulação, a partir da denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, e encaminhamento dos autos respectivos à Justiça Eleitoral de primeira instância' (CC 7033/SP, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, de 2/10/1996 - grifei). A mesma orientação se vê em julgados mais recentes, a exemplo da Pet 5700/DF, rel. Min. Celso de Mello, na qual a colaboração descrevia um suposto pagamento de 'Caixa 2' para as campanhas, ao Senado, de Aloysio Nunes (PSDB) e Aloizio Mercadante (PT), ambos por meio de recursos de origem alegadamente ilícita da UTC Engenharia. Naquele feito, o próprio Procurador-Geral da República à época opinou pelo desmembramento e remessa dos autos à Justiça Eleitoral por constatar a eventual prática do crime de 'Caixa 2', enquadrado no art. 350 do Código Eleitoral, em conexão com o crime de lavagem de dinheiro (art. 1º, § 1º, da Lei 9.613/98), ambos descritos na inicial da mencionada Pet 5700/DF. No referido precedente, resalto que o então PGR esclareceu ao Plenário desta Suprema Corte que havia opinado pela remessa da Pet 5700/DF para a Justiça Eleitoral de São Paulo 'independentemente da origem ilícita da verba', entre outras razões, porque se tratava de 'Caixa 2' (art. 350 do Código Eleitoral). Ainda que combinado com o crime de lavagem de dinheiro (art. 1º, § 1, da Lei 9.613/98), imputado aos acusados, pelo MPF, na inicial da Pet 5 PET 6820 AGR-ED / DF 5700/DF, tal circunstância não deixou de atrair a competência da Justiça especializada (cf. fl. 101 do Inq. 4130/PR-QO, Rel. Min. DIAS TOFFOLI). [...] Ao final, destaco, por relevante, que, em manifestação, datada de 11/12/2017, superveniente ao meu pedido de vista, a Procuradoria da República, que oficia perante a Justiça Federal de São Paulo, solicitou diligência de cunho estritamente eleitoral, com expressa referência aos autos da Pet 6.820/DF, correspondente à '(ii) pesquisa no Sistema de Prestação de Contas Eleitoral

do Tribunal Superior Eleitoral sobre as doações aqui citadas [...] para identificar-se por meio de quais pessoas jurídicas foram repassadas as doações' (p. 3 do documento eletrônico 35). Essa diligência, requerida pelo MPF de primeira instância, faz saltar aos olhos que se está diante de um procedimento de cunho estritamente eleitoral, apto a atrair a competência da Justiça especializada, que constitui, a meu sentir, o foro competente para eventualmente processar e julgar os interessados por eventual prática de crime de falsidade ideológica eleitoral, bem assim 'os comuns que lhes forem conexos', nos estritos termos do art. 35, II, do Código Eleitoral, combinado com o art. 5º, LIII, da Constituição Federal, que salvaguarda o princípio do juiz natural. Isso posto, pelo meu voto, dou provimento aos agravos para que se remeta o feito à Justiça Eleitoral de São Paulo" (2ª T., Embargos de Declaração no Agravo Regimental, na Petição nº 6820, j. 6/2/2018).

No confronto entre o crime eleitoral e a imputação de corrupção passiva, o TRF-4ª já afastou a competência da Justiça Eleitoral.

A par disso, verificam-se diferentes soluções à questão da competência, com base na análise sobre a classificação delitiva, a ocorrência ou não de conexão, a gravidade dos crimes conexos, e o conflito aparente de normas com a aplicação do princípio da consunção e da subsidiariedade.

Nesse sentido, no confronto entre o crime eleitoral e a imputação do delito de corrupção passiva, o TRF da 4ª Região já afastou a competência da Justiça Eleitoral, por entender que as condutas imputadas receberam classificação adequada como corrupção passiva, não configurando simplesmente o delito do art. 350 do CE:

“Com efeito, subsumir os ilícitos cometidos pelos ora pacientes ao fraseado do art. 350 do Código Eleitoral importaria ignorar circunstâncias relevantes de suas condutas, criando um deficit de incriminação. Há muito mais do que mera omissão de declarações” (7ª T., HC nº 5043772-80.2017.4.04.0000-PR, Rel. Des. Márcio Antônio Rocha, j. 10/10/2017).

Assim também, o STJ já houve por bem afastar a competência da Justiça Eleitoral para o julgamento de crime de desobediência (pela entrega de jornal com referência a governador) ocorrido simultaneamente a crime eleitoral de propaganda eleitoral extemporânea (CC nº 121.774), negando a conexão entre os fatos.

No âmbito da Operação Lava Jato, encontra-se a discussão específica sobre a imputação do crime de “caixa dois eleitoral” e a fixação da competência. Trata-se de decisão do juiz federal Sérgio Fernando Moro, nos autos da Ação Penal nº 5051606-23.2016.4.04.7000-PR, envolvendo o ex-deputado federal Eduardo Cunha, a qual foi ratificada pelo TRF da 4ª Região.

Em síntese, o então procurador-geral da República ofereceu denúncia contra o ex-deputado federal pelos crimes de corrupção, lavagem de dinheiro, evasão fraudulenta de divisas e também pelo crime do art. 350 da Lei nº 4.737/1965, em virtude da omissão de valores em conta-corrente em sua declaração à Justiça Eleitoral. A denúncia foi recebida pelo Plenário do egrégio STF. Contudo, em setembro de 2016, foi declarada a perda do mandato do ex-parlamentar; por consequência, foi determinada a remessa dos autos ao juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba.

Intimado para se manifestar quanto à ratificação ou não da denúncia oferecida pela Procuradoria-Geral da República, o Ministério Público Federal em Curitiba ratificou a denúncia oferecida, salvo quanto à imputação do crime eleitoral do art. 350 do CE (Lei nº 4.737/1965).

Ao analisar a manifestação do *parquet* federal, o juiz federal decidiu da seguinte forma sobre a matéria:

“Na denúncia originária, consistiria ele, o crime eleitoral, na falta de declaração, pelo então Deputado Federal Eduardo Cosentino da Cunha e quando do registro de sua candidatura perante o Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, dos valores existentes nas contas *offshore* mantidas no exterior e que teriam sido utilizadas, segundo a denúncia, para receber valores de propina de corrupção e para lavagem de dinheiro. **Tal conduta resta absorvida pela imputação de corrupção e lavagem, especialmente pela última. Do contrário, em toda imputação de corrupção e lavagem de dinheiro contra agente político, seria inevitável a imputação desse delito eleitoral menor.** Além disso, é evidente que, com tal omissão, o acusado **não pretendia vulnerar a regularidade do processo eleitoral**, bem jurídico protegido pela Lei nº 4.737/1965, mas sim apenas manter em segredo a existência dessas contas no exterior, eventualmente utilizadas, segundo a denúncia, como receptáculos de pagamento de vantagem indevida. Sem afeição concreta ou abstrata do bem jurídico protegido pela Lei nº 4.737/1965, não há configuração material do tipo do art. 350 da Lei nº 4.737/1965. [...] A medida ainda seria bastante inconveniente, pois na prática representaria duplicação da instrução em duas esferas da Justiça, além da atribuição à Justiça Eleitoral do encargo de processar e julgar fatos de extrema complexidade, envolvendo ocultação de patrimônio no exterior. **Sem embargo da capacidade da Justiça Eleitoral, o seu propósito é o de processar crimes que digam respeito diretamente a infrações da legislação eleitoral**, o que não é exatamente o caso. Então, considerando cumulativamente a ausência de tipicidade material do crime eleitoral, a absorção da falsidade ideológica pelos crimes de corrupção e de lavagem e o inconveniente do desmembramento, reputo razoável a posição do MPF em não ratificar

a denúncia quanto à imputação do crime eleitoral do art. 350 da Lei nº 4.737/1965” (grifo nosso).

Pelo entendimento do magistrado, baseado na manifestação do *parquet* federal, compreende-se que, para que se possa configurar o crime eleitoral e, em consequência, verificar a competência da Justiça Especializada, é necessária uma análise prévia para saber se o agente, ao incorrer na conduta criminosa, tinha a vontade de fraudar o pleito eleitoral, bem jurídico tutelado pela Lei nº 4.737/1965, ou lesar bem jurídico diverso, tal como a Administração Pública e a ordem econômica.

De maneira semelhante, o ministro Gilmar Mendes sustentou a possível aplicação do princípio da subsidiariedade ou da consunção quando o delito de “caixa dois eleitoral” constitui um exaurimento de crime anterior, como corrupção ou lavagem de dinheiro, configurando pós-fato impunível. É o que constou de sua decisão liminar concedida, no TSE, em favor de Anthony Garotinho, no Recurso Ordinário no *Habeas Corpus* nº 0600186-44.2017.6.19.0000:

“Por outro lado, neste juízo cautelar, tenho afirmado que a suposta arrecadação de recurso e gastos de campanha, não informados em prestação de contas de candidato, pode não encontrar subsunção no art. 350 do Código Eleitoral. De fato, referido tipo exige dolo específico, ou seja, a deliberada intenção de falsificar o conteúdo de documento público ou particular a respeito de algum fato relevante do ponto de vista jurídico, com aptidão de produzir efeito eleitoral (cf. o REspe nº 2675-60/RS). Como se sabe, a prestação de contas consubstancia um procedimento previsto em lei para conferir maior transparência e lisura às eleições. Importante elemento teleológico permeia esse procedimento: o de impedir ou evitar o abuso do poder econômico, de modo a assegurar a paridade entre os candidatos concorrentes e resguardar, em última análise, a liberdade do sufrágio. Por outro lado, o candidato que arrecada recursos de campanha, provenientes seja de caixa dois, seja

de propina, seja originário de algum outro crime, ou seja simplesmente de doador que prefere manter-se oculto, **não os leva a registro na prestação de contas justamente para ocultar violação de regra penal anterior, para a qual tenha ou não concorrido.** Dessa forma, nessa situação específica, de eventual abuso do poder econômico durante campanha eleitoral, em que pode ser justaposto algum crime (fiscal, de lavagem de dinheiro ou de corrupção), não deve ser resolvida pela singela aplicação do art. 350 do Código Eleitoral, sem maiores indagações, como se fosse verdadeira panaceia. Com efeito, na hipótese de omissão de recursos em procedimento de prestação de contas, a conduta normalmente está a revelar mero exaurimento de crime anterior, do qual a eventual participação do candidato deveria ser investigada havendo indícios de autoria. É dizer: referida conduta omissiva seria então um *post factum* impunível, ou comportamento a ser analisado sob a ótica do princípio da subsidiariedade, razão pela qual o art. 350 do Código Eleitoral funcionaria como ‘soldado de reserva’, ou seja, somente teria aplicação nas hipóteses de não ocorrência de um delito mais grave” (grifo do autor).

Portanto, como se vê, o assunto não apresenta solução simples e pacífica. De um lado, argumenta-se pela competência especializada da Justiça Eleitoral, seu assento constitucional e a aplicação das regras de conexão. De outro lado, defende-se a observância da presença ou ausência do intuito de vulneração da regularidade do processo eleitoral, a previsão de competências específicas das demais Justiças na CF e a verificação da gravidade dos crimes em análise, com a aplicação dos princípios da consunção e da subsidiariedade.

4 Considerações finais

O recebimento de valores por candidatos ou agentes políticos pode dar ensejo a discussões sobre a caracterização de crimes eleitorais, em particular o descrito no art. 350 do CE, e de cri-

mes comuns, como corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Conforme as circunstâncias do caso concreto, pode-se também verificar a conexão entre tais delitos.

Embora o CPP preveja a prevalência da competência da Justiça Especial, constata-se divergência na jurisprudência sobre a fixação da competência da Justiça Eleitoral nas hipóteses em comento, em particular no caso de crimes federais conexos a crimes eleitorais, tendo em vista a definição da competência da Justiça Federal no texto constitucional, bem como a possível aplicação dos princípios da consunção e da subsidiariedade.

Com efeito, a competência da Justiça Eleitoral encontra-se definida em nível infraconstitucional, em lei ordinária, anterior à CF de 1988, alçada ao

nível de lei complementar. Da mesma forma, a fixação da competência por conexão vem prevista no CPP, que não tem o condão de alterar a disposição constitucional.

Também não se pode deixar de ponderar sobre o potencial alargamento indevido e indesejado da atuação da Justiça Eleitoral, que possui finalidade específica e competência especial. Por evidente, na definição de competência, não se admite a subtração de fatos que atentem contra a democracia e a regularidade do processo eleitoral, do conhecimento, processo e julgamento pela Justiça Eleitoral. No entanto, isso não significa lhe atribuir o julgamento de situações que apenas tocam a questão eleitoral, estando, entretanto, relacionadas a outros valores constitucionalmente protegidos. ■

Bibliografia

AMARAL, Sylvio do. *Falsidade documental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal - Parte Especial*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Tratado de Direito Penal - Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Suzana de Camargo. *Crimes eleitorais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

JESCHECK, H. H. *Tratado de derecho penal*. Trad. da 4. ed. de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. v. 1. Niterói: Impetus, 2011.

MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Campinas: Millenium, 2000.

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2006.

Crowdfunding nas eleições de 2018.

Fernando Neisser

Coordenador adjunto da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político. Mestre e doutorando pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP). Presidente da Comissão Permanente de Direito Político e Eleitoral do Instituto dos Advogados de São Paulo (Iasp). Membro da Comissão de Direito Eleitoral OAB-SP.

Paula Bernardelli

Pesquisadora do grupo Política por/de/para Mulheres da Universidade Federal do Paraná. Coordenadora de Comunicação da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (Abradep).

Sumário

1. Introdução
 2. O aumento do engajamento de eleitores, maior participação democrática, aumento da transparência e liberdade para o exercício do mandato
 3. As alterações legislativas e as questões ainda controversas
 4. Conclusão
- Bibliografia

1 Introdução

A reforma eleitoral de 2017 trouxe maior segurança quanto à permissão do uso do financiamento coletivo pela internet nas campanhas eleitorais, prática conhecida por *crowdfunding*. Em tempos nos quais graves acusações de corrupção são assunto constante na pauta nacional, muitas das quais vinculadas a grandes doações eleitorais, a notícia é animadora.

As recentes alterações nas regras de financiamento de campanhas eleitorais, com proibição de doação de pessoas jurídicas, reduziram significativamente as fontes de arrecadação de recursos para partidos e candidatos. A democracia eleitoral, no entanto, demanda recursos. Divulgar as ideias de uma campanha; expor a candidatura aos cidadãos de um país continental; construir uma publicidade agradável ao espectador, que cativa sua audiência e permita a transmissão de informação, são todas tarefas caras, que implicam a necessidade de arrecadar dinheiro.

Sabe-se, já há algum tempo, que dinheiro e política são parceiros que nem sempre convivem de forma republicana. Ao contrário, reiteradas pesquisas demonstram o profundo impacto que grandes doações podem ter, capturando-se os eleitos para que ajam em benefício de seus patrocinadores. Neste ciclo vicioso, que se realimenta a cada período eleitoral, perdem os eleitores e o interesse público.

Por maior que seja o esforço em baratear as campanhas, o que se vem fazendo com êxito no Brasil nos últimos anos, há um limite. **Campanhas curtas e invisíveis, sem recursos, não atingem sua finalidade;** o cidadão não sabe quem são os candidatos e o que pretendem.

Neste cenário, saem ganhando apenas dois tipos de candidatos: os que já foram eleitos, pois têm acesso a gabinetes, assessores e à atenção da mídia; e as celebridades, de apresentadores a ministros religiosos e esportistas.

Campanhas curtas e invisíveis, sem recursos, não atingem sua finalidade.

Se esta não é a democracia que desejamos, é preciso pensar como organizar nossas regras eleitorais para garantir recursos limpos e em montante adequado. O Instituto Internacional para a Democracia e a Assistência Eleitoral (Idea), mais relevante organização internacional do tema, tem recomendado duas soluções concomitantes: recursos públicos e incentivo a pequenas doações de cidadãos.

O primeiro passo já foi dado e faz sentido. Se a democracia tem custos, é correto que o Estado arque com sua parcela, de modo a garantir um mínimo de equilíbrio entre as candidaturas.

Mas o cobertor no Brasil é curto. Seja para atender à saúde, à educação e, por óbvio, ao pró-

prio sistema democrático. Os fundos destinados aos partidos políticos já representam o máximo que se pode admitir, não sem justas críticas quanto ao modo de sua distribuição.

Restava, portanto, o segundo passo, o incentivo às pequenas doações de pessoas físicas, o que nos leva ao início do artigo e ao financiamento coletivo eleitoral.

As perspectivas que se descortinam são as melhores possíveis. O financiamento das campanhas com pequenas doações de cidadãos pode dar início a um círculo virtuoso que beneficia candidatos e eleitores.

2 O aumento do engajamento de eleitores, maior participação democrática, aumento da transparência e liberdade para o exercício do mandato

Uma das grandes críticas feitas ao financiamento de campanhas por fontes exclusivamente públicas é o afastamento entre representantes e representados que decorre desse cenário. Diversos estudos apontam que, ao exigir que apenas o Estado financie os partidos e campanhas eleitorais, o efeito já constatado é o de afastamento entre a elite política e a sociedade, o que gera a queda na credibilidade dos partidos políticos como instituições representativas de interesses sociais legítimos em sistemas democráticos (CERVI, 2010, p. 165).

Ter a origem dos recursos diretamente na sociedade é, de certa forma, uma comprovação do “enraizamento sadio” dos partidos na coletividade, devendo, por óbvio, existir limites com relação a origem e quantidade, para evitar abusos e frear a desigualdade. Além disso, **a necessidade de arrecadar fundos soa como incentivo para recrutar membros e criar redes de simpatizantes** (ZOVATO, 2005).

O cenário de grandes e poucas doações privadas, no entanto, não melhorava muito esse distan-

ciamento. A dificuldade de captar recursos, decorrente da burocracia existente para captação de doações tradicionais e da cultura política construída na sociedade brasileira, que não tem o hábito de doar para campanhas, ao invés de pulverizar a arrecadação, incentivava os partidos e candidatos a buscar grandes doadores.

A possibilidade de arrecadação por plataformas de financiamento coletivo desponta como uma solução razoavelmente simples para esse quadro. A facilidade das doações pelas plataformas de *crowdfunding* e os mecanismos digitais para realização de campanhas de arrecadação que atinjam um grande número de eleitores colaboram, inevitavelmente, para o aumento da participação do eleitorado no financiamento das campanhas.

A facilidade na operacionalização das doações passa também certa tranquilidade para os eleitores e dá transparência ao processo, somando isso à mobilização dos cidadãos em torno de um projeto, cria-se um engajamento maior em torno das opções políticas existentes.

A participação mais intensa dos eleitores, contribuindo para a realização da campanha, proporciona um salto democrático. **Quem doa não se esquece de seu candidato.** Tende a participar mais do mandato, acompanhando suas realizações e cobrando o cumprimento das promessas de campanha.

Há um ganho de transparência também pelo pressuposto de que, para convencer os doadores a destinarem recursos para uma campanha, deverá ser exposta de forma mais clara a destinação desses recursos, o que se pretende realizar, quais os planos e projetos. É mecanismo tradicional das plataformas de arrecadação coletiva a divulgação detalhada de orçamentos, custos e investimentos, o que incentiva as pessoas a se envolverem no processo eleitoral.¹

O modelo proporciona também um aumento da efetividade das campanhas de arrecadação. A possibilidade de direcionamento das ações para

um público específico, que se identifique previamente com a plataforma de candidatura – e a possibilidade de fazer chegar essas ações de forma ativa a esse público, com a também recente permissão de impulsionamento de publicações em redes sociais – permite uma melhor alocação de recursos e um aumento da conversão de potenciais apoiadores em reais doadores.

A distribuição desse conteúdo no ambiente digital, que pode ser analisado por diferentes métricas, possibilita também uma análise estratégica da campanha de arrecadação, até então muito menos precisa nas formas clássicas de arrecadação. A união de *crowdfunding* com mecanismos de *marketing* digital permite aos candidatos e partidos observar o acerto de suas estratégias e buscar mecanismos para ampliar a arrecadação de forma mais dinâmica.

Para os candidatos, ainda, esta forma de custeio de suas campanhas significa liberdade. Não do povo que o elegeu, naturalmente, pois este estará mais ativo do que nunca. Liberdade de compromissos obscuros e fisiológicos feitos àqueles que, pelo alto valor das contribuições, poderiam enxergar não um detentor de mandato, mas um preposto a lhes garantir benesses.

A proteção dessa liberdade está de acordo com a concretização do princípio constitucional da liberdade para exercício do mandato, que, entre outras limitações e imposições, veda a existência de um mandato imperativo.² O candidato eleito, assim, não pode estar sujeito a nenhuma instrução ou determinação preexistente, para que possa, assim, existir a liberdade plena dos representantes na tomada de decisões (URBANO, 2004, p. 87 e 89).

Este princípio garante que o representante eleito desenvolva relação com todo o eleitorado,

1. Ana Claudia Santano registra que esse argumento foi amplamente utilizado pelo Podemos e pelo Partido X na defesa do modelo de arrecadação na Espanha (SANTANO, 2016).

2. Eneida Desiree Salgado apresenta de forma aprofundada o princípio em sua obra (SALGADO, 2015).

sem estar vinculado a instruções prévias e interesses exclusivos de seus eleitores (MIRANDA, 2003, p. 233).

Por muitos anos a defesa do financiamento público das campanhas – por meio do fundo eleitoral – deu-se justamente com base na necessidade de garantir certo nível de independência das agremiações partidárias, que, num cenário sem financiamento público, ficariam reféns das elites econômicas do país para garantir seu funcionamento.³

Sem reduzir a importância da existência do fundo para financiamento público das campanhas, é fato que esse sistema, por si só, é insuficiente. Considerando especialmente a divisão bastante desigual dos recursos públicos no cenário eleitoral brasileiro, já há algum tempo se mostrava necessária a reorganização do sistema de doações privadas para garantir um cenário de maior independência dos candidatos para formação de plataformas e construção de seus mandatos.

Este modelo já é adotado com sucesso em outros países. O exemplo mais conhecido é dos Estados Unidos. Em 2008, a campanha de Barack Obama foi incensada por ter sido a primeira a identificar o potencial de engajamento que poderia ser construído pela internet e ter construído sua estratégia a partir disso. Obama arrecadou *on-line*, naquele ano, mais de US\$ 500 milhões, de cerca de 3 milhões de doadores (LEVENSHUS, 2010).

Diversos analistas, inclusive, concluíram que, se não fosse o potencial da internet para arrecada-

ção de recursos e propagação de conteúdo, Barack Obama nem sequer teria sido eleito (MILLER, 2008).

Fundo para financiamento público das campanhas, por si só, é insuficiente.

Ainda, deve-se considerar que as doações eleitorais são uma forma de militância e de liberdade de expressão política – ainda que se trate de um exercício da liberdade de expressão que é limitado por outros fatores, de modo a garantir o equilíbrio e a igualdade na disputa.

A adoção de modelos de financiamento que estimulam essa manifestação, portanto, é também um estímulo à militância e **um meio de resgate da participação política popular.**

Outros mecanismos decorrem também da possibilidade de implantação dessa tecnologia nas campanhas. Plataformas podem ainda, valendo-se do mesmo modelo de atuação, disponibilizar aos candidatos ferramentas de *crowdsourcing*, o que se traduz como uma forma de encontrar voluntários e doadores de serviços para as campanhas eleitorais. Este modelo, embora não conte com regulação específica, não parece encontrar óbices na legislação eleitoral e, junto com os mecanismos de arrecadação coletiva, contribui para a construção de campanhas mais baratas e participativas.

Pelo que se viu de sua adoção em outros sistemas, o *crowdfunding* aparece como um promissor meio de reestruturação da lógica de financiamento, uma forma de corrigir a insuficiência do financiamento público, sem vincular candidatos aos grandes grupos econômicos, e de incentivar a participação democrática. Um primeiro passo na construção de um modelo mais coletivo de fazer campanhas.

3. Ana Claudia Santano aponta que na Europa, nos anos 1950 e 1960, com a necessária utilização dos meios de comunicação em massa, os gastos eleitorais sofreram grande aumento, o que aumentou também a necessidade de recursos para o financiamento destes gastos, que por vezes eram provenientes de grupos de interesses em busca de vantagens. Este cenário resultou em uma série de escândalos de corrupção. O combate a essa corrupção e ao financiamento irregular foi incentivo para a adoção do financiamento público. Outra motivação importante, segundo a autora, é a busca pela igualdade de oportunidades, justiça e equilíbrio da competição eleitoral, uma vez que as regras de limitação de contribuições e gastos se mostraram insuficientes para tanto (SANTANO, 2013, cap. 2).

3 As alterações legislativas e as questões ainda controversas

A possibilidade de arrecadação de recursos por financiamento coletivo na internet foi introduzida na legislação eleitoral com a reforma promovida pela Lei nº 13.488/2017. Com as alterações, pré-candidatos podem iniciar a arrecadação de recursos a partir do dia 15 de maio do ano eleitoral, por intermédio de plataformas que, enquadrando-se em uma série de requisitos trazidos pela legislação, devem estar previamente cadastradas no Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

No entanto, justamente por se apresentar como um aliado no aumento do engajamento de eleitores, na transparência dos recursos de campanha e um facilitador das arrecadações, a adoção do financiamento coletivo de campanhas por plataformas de *crowdfunding* já é discutida há algum tempo.

Em 2014 o deputado federal Jean Wyllys formulou ao TSE a Consulta nº 20.887, questionando se a arrecadação de recursos por páginas de financiamento coletivo era compatível com a legislação eleitoral e, em caso positivo, como poderia ser operacionalizada a emissão de recibos eleitorais e quais as formas possíveis de divulgação do financiamento coletivo.

A Corte Eleitoral respondeu negativamente ao primeiro ponto da consulta, afirmando a impossibilidade de adoção do modelo em razão da ausência de previsão legal, já que a legislação previa, à época, arrecadação *on-line* de recursos somente em *site* de candidato, partido ou coligação. Deste modo, seria inaceitável que se incluísse um intermediário nas doações, que seria a plataforma arrecadadora, recebendo remuneração pelo serviço. De acordo com o TSE, isso configuraria um desvirtuamento do conceito de doação. Esta consulta também registrou o entendimento da Corte de que, contrariando tudo que se vê sobre esses mecanismos de arrecadação, o sistema de arrecadação coletiva implicaria uma maior dificuldade

de manter a transparência das contas eleitorais – já que os recibos seriam emitidos pelas plataformas –, afirmando ainda ser incompatível o sistema de recompensas oferecidas aos doadores com as regras eleitorais vigentes.⁴

Em 2016 os deputados federais Alessandro Molon e Daniel Coelho submeteram nova consulta ao TSE, questionando se

“diante da expressa autorização do art. 23 da Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições) para que pessoas físicas façam doações em dinheiro às campanhas eleitorais por meio de transferência eletrônica de depósitos, indaga-se, poderiam tais transferências eletrônicas se originar de aplicativos eletrônicos de serviços ou sítios na internet, desde que preenchidos os requisitos de identificação da pessoa física doadora?”.

O TSE não conheceu da consulta, afirmando que a questão já havia sido respondida em 2014. O ministro Henrique Neves, no entanto, acompanhando o voto da relatora pelo não conhecimento, ponderou que

“com a proibição das pessoas jurídicas, é necessário que se busquem novos meios para viabilizar que as pessoas físicas colaborem para as campanhas eleitorais”.

Assim, para atender essa necessidade, o *crowdfunding* foi introduzido na legislação eleitoral, flexibilizando as formas de arrecadação e incentivando a busca de recursos de pequenos doadores.

Algumas incertezas, no entanto, persistem e, se estas arestas não forem aparadas rapidamente, podem resultar no fracasso do financiamento coletivo e, quem sabe, ouçamos ano que vem a pressão por novos aumentos do financiamento público.

Em primeiro lugar, é preciso tornar mais clara a relação entre as plataformas de arrecadação, can-

4. A maioria das plataformas de *crowdfunding* tem como regra o envio de “brindes”, “produtos” ou outros incentivos de agradecimento aos que colaboram com a campanha de financiamento.

didatos, operadores de cartões de crédito e instituições financeiras, demarcando as responsabilidades e deveres de cada qual. O texto da lei trata todos esses agentes como envolvidos em “arranjos de pagamento”, ignorando que o sistema de pagamentos *on-line* exige a participação de todas essas empresas, cada uma com uma função bastante específica e com possibilidades restritas de interferência nas operações.

Uma regulação mais detalhada desses papéis e responsabilidades resultará em maior segurança para as plataformas e candidatos, e **mais segurança representará, fora de qualquer dúvida, incentivo para que todos participem deste processo.** Tem-se ouvido, não sem razão, especialmente das adquirentes de cartões de crédito e débito, que é preciso tornar claros os *safe harbors*, expressão inglesa que denota as previsões regulamentares que tornam claro que determinadas condutas não são consideradas como violadoras do regramento.

As plataformas de arrecadação são empresas de tecnologia, não gestores de fundos de terceiros.

A lei previu a possibilidade de que a arrecadação tenha início em 15 de maio, para as pré-candidaturas, sendo que os partidos farão os registros das candidaturas propriamente ditas apenas em 15 de agosto. Neste meio-tempo, diz a legislação, os recursos devem ficar retidos nas plataformas, sendo devolvidos aos doadores na hipótese de aquele candidato não pedir seu registro.

A solução não parece condizente com a realidade e nem mesmo abarca todos os problemas que podem surgir dessas operações. Em primeiro lugar, as plataformas de arrecadação são empresas de tecnologia, não gestores de fundos de terceiros. Não têm autorização do Banco Central (Bacen) para tanto, muito menos *expertise* e interesse em

atuar neste específico mercado. A legislação, ainda, não prevê nenhuma forma específica de gestão desses recursos, tampouco aborda as limitações (ou obrigações) de investimentos que podem ser feitos com os valores no período em que ficam retidos, além de criar uma carga excessiva de responsabilidade sobre as plataformas.

Melhor seria que esses valores permanecessem, sob os cuidados de instituições financeiras, em contas específicas abertas por cada partido político. Durante a pré-campanha, poderiam ser aplicadas em renda fixa, promovendo-se um uso mais inteligente e seguro do dinheiro.

Afinal, não se pode esquecer, estamos no Brasil e o fantasma da inflação é sempre uma figura que permeia nosso horizonte. Ao menos garantir a recomposição do poder de compra dos valores arrecadados, ao longo do período entre 15 de maio e o início do período eleitoral, depois de 15 de agosto, parece ser imprescindível, especialmente quando – infelizmente o “se” aqui seria empregado de forma duvidosa – passarmos por novos períodos de maior índice inflacionário.

Também é silente o texto sobre a responsabilidade pelas taxas de transação. Parece adequado sugerir que o doador arque com o custo da transação ao realizar a doação – desde que seja devidamente informado, de forma clara, sobre quais valores são destinados ao candidato para o qual está doando e qual se refere à taxa da operação – exatamente como já ocorre quando a doação é feita por transferência entre contas, com a taxa bancária para o DOC ou TED.

Embora na consulta realizada em 2014 o TSE tenha mencionado que o sistema de entrega de benefícios e recompensas àqueles que contribuem para as campanhas pela internet seria incompatível com a legislação eleitoral, este assunto não foi abordado pelo legislador.

A permissão de que no período de arrecadação prévia os partidos vendam bens para arrecadar recursos, contudo, parece autorizar que sejam

enviados também produtos para doadores, desde que o custo do produto e seu envio estejam abaixo do valor doado. Essa autorização parece ser extraída também do reconhecimento do TSE, em 2014, de que esta dinâmica é intrínseca às plataformas de financiamento coletivo e da inexistência de qualquer ressalva que indique proibição explícita.

Há dúvida, também, quanto ao momento em que essas doações precisam ser tornadas públicas e comprovadas pela emissão de recibo.

Recomenda a cautela de que aquelas feitas na pré-campanha somente sejam expostas na página dos candidatos depois do registro, uma vez que, como dito, se este não for realizado, elas devem ser devolvidas aos doadores. Não faria sentido, assim, expor antecipadamente doadores que apenas manifestaram a intenção de doar a certos candidatos, não tendo havido ainda a efetiva transferências dos recursos a estes últimos.

Os recibos, emitidos pelas próprias plataformas, somente devem ser enviados aos doadores quando efetivamente os valores caírem nas contas-correntes eleitorais, visto que muitas transações acabam não sendo completadas, por motivos técnicos ou pela desistência do doador, que pede o estorno.

Uma barafunda de doações inseridas de forma açodada nas páginas dos candidatos, com recibos posteriormente cancelados, seria prejudicial aos doadores, aos candidatos, à Justiça Eleitoral, no momento da análise das contas, e também à imprensa, cuja relevante missão de monitorar a campanha eleitoral se tornaria imprecisa e confusa.

Outra questão que não foi prevista pelo legislador, embora pouco provável de ocorrer, é o procedimento a ser adotado pelas plataformas de arrecadação caso algum candidato, com registro devidamente requerido, deixe de indicar à plataforma a conta eleitoral para transferência dos recursos previamente arrecadados.

Quanto às instituições financeiras, adquirentes e operadorass de cartões de crédito, é urgente

trazê-las para o debate, com o apoio e intermediação do Bacen.

As operadoras de cartões de crédito costumam levar aproximadamente 30 dias para fazer o repasse dos valores aos seus destinatários. Para o comércio em geral, essa forma de operação é possível. A venda do mês passado, ao entrar, sustenta a atividade comercial do mês em curso. O ritmo das campanhas, contudo, é outro. Tendo pouco tempo, seria inútil aos candidatos receber os recursos apenas depois de passada a votação.

Geralmente as operadoras permitem a antecipação dos créditos, mediante o desconto de uma taxa. Contudo, trata-se de decisão comercial e, portanto, unilateral da empresa, que poderia optar por não franquear aos candidatos a prática, o que inviabilizaria o uso de cartões de crédito para o financiamento coletivo.

Não se pode permitir que uma opção comercial, sem uma sólida justificativa, impeça ou dificulte o avanço democrático que se quer construir. Aqui precisamos dos órgãos de regulação a impedir os particulares no sentido que beneficia o bem comum.

Seria ainda desejável que os bancos, também por determinação do Bacen, permitissem a inserção nas plataformas de arrecadação da transferência direta de conta a conta, TED e DOC. Enquanto o limite das doações pelo cartão é mais modesto, a lei permite doações mais altas, de até 10% do rendimento bruto do doador no ano anterior, por transação bancária.

Nada melhor do que agregar toda transparência das doações pela internet também às de maior valor, reduzindo a burocracia que a doação com o velho recibo eleitoral de papel acarreta e permitindo uma fiscalização mais eficiente.

As plataformas de arrecadação, por outro lado, devem registrar e tornar públicas todas as doações. Ainda que a lei tenha aparentemente dispensado a emissão de recibo eleitoral, o TSE deveria manter a exigência. A sua emissão eletrônica é simples,

não representa ônus às plataformas e prestigia mais uma vez a transparência e segurança.

A lei não foi clara, ainda, quanto ao local de hospedagem das plataformas de arrecadação, fazendo crer que as próprias empresas de arrecadação manteriam os canais de doação em seus *sites*.

Aceitar essa prática seria um contrassenso, que permitiria a estas empresas dar destaque a um ou outro candidato, aproveitando-se do tráfego de internautas que detêm. Melhor solução é definir que as ferramentas de arrecadação estejam instaladas nos *sites* dos pré-candidatos, candidatos e partidos apenas, ou, ainda, exigir que as plataformas gerem um *link* de página própria para cada candidato cadastrado, sem divulgação dos candidatos em sua página inicial, evitando que interesses alheios ao processo influenciem o eleitor.

4 Conclusão

A alteração legislativa que permitiu a arrecadação de recursos pelas plataformas de arrecadação coletiva, combinada com a permissão de arrecadação prévia e a possibilidade de investimento em propagandas no ambiente virtual, traz a promessa de uma série de consequências positivas para o cenário eleitoral.

Para que estes benefícios se convertam em realidade, contudo, é preciso aprimorar a regulamentação. A lei foi o primeiro passo, agora cabe ao TSE, que tem competência para detalhar as regras, fazer sua parte na definição das questões controversas e no esclarecimento prévio das condutas aceitáveis na organização desta forma de campanha e financiamento.

Ainda, o sucesso deste novo modelo de financiamento depende, inegavelmente, da existência

de um real engajamento do eleitorado para colaborar na construção das campanhas.

O convencimento do eleitor para realizar as doações será o grande obstáculo a este novo modelo, ainda que os partidos e candidatos se comprometam em apresentar o máximo de transparência possível e tenham maior clareza nas plataformas defendidas, o que são efeitos positivos esperados desse novo modelo. A adesão popular dificilmente será automática, especialmente ante os receios que permeiam o imaginário popular, acentuados em períodos de crise política marcada por constantes denúncias de corrupção.

Temos finalmente o que comemorar no âmbito do financiamento eleitoral.

Sabe-se que o brasileiro tem escassa cultura de doar às campanhas eleitorais; os motivos são os mais compreensíveis, no entanto, para quebrar este estigma, mais do que permitir um investimento dos candidatos em *marketing* digital para atingir com mais facilidade os apoiadores, a Justiça Eleitoral poderia utilizar seu papel educativo para deflagrar uma campanha nacional, explicando o funcionamento e os benefícios deste novo modelo e incentivando a população a participar da construção do jogo eleitoral.

Como visto, **temos finalmente o que comemorar no âmbito do financiamento eleitoral.** Agora, a bola está com o TSE, que, ao exercer suas atribuições, poderá preparar o caminho para um novo ciclo democrático. ■

Bibliografia

- CERVI, Emerson Urizzi. Financiamento de campanhas e desempenho eleitoral no Brasil: análise das contribuições de pessoas físicas, jurídicas e partidos políticos às eleições de 2008 nas capitais de Estado. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 4, p. 135-167, jul./dez. 2010.
- LEVENSHUS, Abbey. Online Relationship Management in a Presidential Campaign: A Case Study of the Obama Campaign's Management of Its Internet-Integrated Grassroots Effort. *Journal of Public Relations Research*, 22:3, p. 313-335. 2010. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1080/10627261003614419>>. Acesso em: 11 mar. 2018.
- MILLER, Claire Cain. How Obama's Internet Campaign Changed Politics. *The New York Times*, 7 nov. 2008. Disponível em: <<https://bits.blogs.nytimes.com/2008/11/07/how-obamas-internet-campaign-changed-politics/>>. Acesso: 9 mar. 2018.
- MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional III: Direito Eleitoral e Direito Parlamentar*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 2003.
- SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- SANTANO, Ana Claudia. O financiamento coletivo de campanhas eleitorais como medida econômica de democratização das eleições. *Estudos Eleitorais*, Tribunal Superior Eleitoral, v. 11, n. 2, maio/ago. 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/3334/financiamento_coletivo_campanhas_santano.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 mar. 2018.
- _____. *El Análisis Constitucional del Sistema de Financiación Pública de Partidos Políticos en España*. Tesis Doctoral – Universidad de Salamanca, 2013.
- URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. *Representação política e parlamento: contributo para uma teoria político-constitucional dos principais mecanismos de proteção do mandato parlamentar*. 2004. 830 f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) – Universidade de Coimbra, Coimbra.
- ZOVATO, Daniel. Financiamento dos partidos e campanhas eleitorais na América Latina: uma análise comparada. *Opinião Pública Campinas*, v. XI, n. 2, out. 2005.

Um convite à reflexão.

A deformação da propaganda eleitoral obrigatória na televisão durante a campanha municipal.

Geraldo Agosti Filho
Advogado.

A eleição periódica, com voto secreto e universal, é a pedra angular do regime democrático.

Sob esse prisma, a eleição municipal¹ de Araguaína-MT, com 954 eleitores,² o menor colégio eleitoral do país, tem a mesma relevância que a eleição do município de São Paulo-SP, com 8.886.324 eleitores.³

As eleições do ano de 2016 foram realizadas em 5.568 municípios. Em todos os municípios, com raríssima exceção, chegou a transmissão obrigatória do horário eleitoral gratuito na televisão aberta, no período de 26 de agosto a 29 de setembro de 2016, no horário das 13 h às 13h10 e das 20h30 às 20h40.

Essa transmissão da propaganda eleitoral obrigatória somente foi e é realizada por emissoras classificadas como geradoras, e transmitida por todas, as emissoras geradoras e as emissoras retransmissoras. No Brasil há 517 emissoras classificadas como geradoras, essas têm a obrigação de gerar e transmitir a propaganda eleitoral, estão instaladas em 300 municípios, ou um pouco mais.

A maioria dos municípios do Brasil recebe o sinal de televisão aberta, por meio de emis-

1. Eleições municipais no ano de 2016.

2. TSE Estatísticas – eleições 2016.

3. Idem.

sora retransmissora, cujo sinal abrange aquela localidade.

Um esclarecimento, por determinação legal, a emissora retransmissora de sinal de televisão, como regra geral, não pode gerar conteúdo, apenas lhe é permitido retransmitir o sinal gerado pela emissora geradora.

Um simples cálculo de subtração aponta o tamanho da deformação decorrente da transmissão obrigatória da propaganda eleitoral nas eleições municipais do Brasil.

Somente poucos municípios têm a possibilidade de discutir seus problemas no horário eleitoral.

Realizadas eleições municipais em 5.568 municípios, subtrai-se o número de 300 municípios, esses são os que possuem emissoras geradoras de som e imagem (TV). Há um saldo de 5.051 municípios que receberam a transmissão de propaganda eleitoral gratuita, **com candidato de outra localidade, não do seu município**. A imensa maioria dos municípios do Brasil assiste na televisão à propaganda eleitoral de candidatos que por eles, telespectadores/eleitores, não podem ser votados.

Somente poucos municípios, aqueles que dispõem de emissoras geradoras instaladas na sua localidade, têm a possibilidade de discutir seus problemas específicos no horário eleitoral gratuito. Nas demais localidades, o programa eleitoral obrigatório exhibe os candidatos que não podem ser votados porque são candidatos em município diverso.

A transmissão do sinal de televisão aberta tem uma abrangência maior que as fronteiras do município, cria uma situação excepcional de exposição para o candidato que dispõe de programa eleitoral. Sem dúvida, essa exposição na televisão

gera benefício. Esse candidato com exposição pela televisão acrescenta para si o denominado *recall*, que é a lembrança do seu nome para a eleição futura. É uma promoção pessoal, um privilégio assegurado por um dispositivo legal, como meio de perpetuar o interesse de poucos.

A Lei nº 9.504/1997, Lei das Eleições, dispõe textualmente:

“Art. 44 - A propaganda eleitoral no rádio e na televisão restringe-se ao horário gratuito definido nesta lei, vedada a veiculação de propaganda paga. [...]”

§ 2º - No horário reservado para a propaganda eleitoral, não se permitirá utilização comercial ou propaganda realizada com a intenção, ainda que disfarçada ou subliminar, de promover marca ou produto”.

Os dispositivos acima mencionados demonstram objetivamente a finalidade da lei, restringe a transmissão da propaganda eleitoral ao horário determinado e veda qualquer hipótese de outra atividade, permite somente campanha eleitoral dos candidatos.

Joel J. Cândido (2010, p. 151) define propaganda política eleitoral:

“é uma forma de captação de votos usada pelos partidos políticos, coligações ou candidatos, em época determinada pela lei, através da divulgação de suas propostas, visando a eleição a cargos eletivos”.

Carlos Mario Velloso e Walber de Moura Agra (2010, p. 214) definem propaganda eleitoral: “a propaganda eleitoral é destinada ao fenômeno político, pelo qual há uma interação entre candidato e eleitor [...]”.

Paulo Henrique dos Santos Lucon (2011, p. 701), comentando a respeito de propaganda eleitoral, diz:

“a propaganda eleitoral é aquela em que os partidos políticos e os candidatos buscam levar ao conhecimento dos eleitores seu programa partidário, suas propostas para o mandato para convencê-los

a escolherem determinados candidatos ou partidos na votação”.

Como se observa, a doutrina caracteriza a propaganda eleitoral somente quando há o binômio: **eleitor-candidato**. Se não houver esse binômio, não será propaganda eleitoral. É outra coisa. Poderá ser promoção pessoal; poderá ser ainda propaganda antecipada de futuro candidato a outras eleições (construindo um *recall*); enfim, há várias possibilidades.

Desta forma a propaganda (eleitoral obrigatória) que exhibe um candidato impossível de ser

votado na circunscrição eleitoral do eleitor que assiste ao programa eleitoral gratuito não é propaganda eleitoral.

As campanhas eleitorais municipais geraram uma grave distorção no processo eleitoral, com a transmissão obrigatória da propaganda eleitoral gratuita, incidindo em uma grave violação à finalidade da lei.

É necessário ajustar essa distorção gerada pela propaganda obrigatória nas campanhas das eleições municipais. ■

Bibliografia

CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral Brasileiro*. Bauru: Edipro, 2010.
LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Código Eleitoral Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2011.

VELLOSO, Carlos Mario; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Tratamento de dados pessoais e a propaganda eleitoral na internet.

Os desafios do Direito Eleitoral no atual momento de desenvolvimento tecnológico.

Hélio Freitas de Carvalho da Silveira

Advogado. Membro consultor da Comissão de Direito Eleitoral da OAB-SP. Membro do Conselho da Escola Judiciária Eleitoral Paulista.

Marcelo Santiago de Padua Andrade

Advogado. Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Membro da Comissão de Direito Eleitoral da OAB-SP.

Sumário

1. Tratamento de dados pessoais na internet no cenário mundial e no Brasil
 2. A propaganda eleitoral na internet no Brasil e o tratamento de dados dos usuários
 3. Conclusões
- Glossário
Bibliografia

O Direito Eleitoral, à semelhança do que ocorre nos dias atuais com todos os ramos do Direito, tem um grande desafio a cumprir: acompanhar a enorme velocidade das mudanças econômicas, sociais e políticas que as inovações tecnológicas trazem, compreender os impactos que elas geram nos temas que lhes são próprios e, em decorrência disso, adaptar-se a elas para seguir cumprindo seu mister constitucional de garantir isonomia nos pleitos eleitorais. Não é possível imaginar que o Direito permaneça inerte diante de mudanças profundas que aniquilam modelos econômicos e de negócios e criam novas formas de fazer circular riqueza pela sociedade.

A missão é tentar compreender as consequências de mudanças praticamente em tempo real e apresentar as melhores soluções possíveis num

paradoxal cenário em que a construção de regras (seja pelos debates legislativos, pela regulação ou por decisões judiciais) certamente terá um abreviado prazo de validade. A tecnologia vem cumprindo um papel disruptivo e em altíssima velocidade e não reconhece fronteiras ou limites na sua marcha. Já atingiu indústrias poderosas e já afeta claramente o modo como o cidadão se relaciona com a política e com as eleições.

Se a revolução industrial marcou o fim do feudalismo e o início da primeira era industrial num processo consideravelmente longo, a internet marcou o começo de uma era da informação que avança numa velocidade incrivelmente grande na mesma proporção dos espaços que abrevia. Um movimento (como uma proposição de regime político) que antes poderia levar décadas ou séculos para se iniciar, atingir seu ápice e chegar ao declínio, hoje pode ocorrer em lapso temporal muito curto exatamente porque a internet possibilita que a mesma informação esteja ao mesmo tempo em todos (ou vários) locais. E é interessante perceber, especialmente quando se fala na velocidade das ideias e das coisas no momento contemporâneo da sociedade, que já houve inclusive **revoluções dentro da revolução**, como, por exemplo, com a criação dos *smartphones* que funcionam como verdadeiras extensões dos nossos braços, deixando-nos conectados o tempo todo e expostos diuturnamente a uma grande quantidade de informações.

Ainda como um sinal de revolução dentro da revolução, pode-se mencionar também as redes sociais que, por atuarem em escala global e com uma finalidade empresarial muito clara, reforçam a necessidade de que se deixem de lado os resquícios da ideia inicial de uma internet agnóstica e ingênua (retratada, por exemplo, na Declaração de Independência do Cyberespaço de 1996, de John Perry Barlow, de caráter quase anárquico) que deveria ser um espaço livre de regulações, fora do alcance dos governos e no qual todos esta-

riam em condições de igualdade para exercerem sem embaraços sua liberdade de expressão.

Especialmente a partir do início do milênio, grandes conglomerados empresariais transformaram a internet em um negócio muito rentável: o internauta, além de consumir informação, produz conteúdo e disponibiliza (na maioria das vezes sem a clareza que a situação exigiria) seus dados pessoais. Por meio dos algoritmos e em razão da massificação do uso de buscadores e de redes sociais, essas grandes empresas que predominam no cenário da internet têm um grande poder de, inclusive, direcionar o que é visto pelo usuário. Os algoritmos, que são constantemente calibrados, têm o poder de criar *clusters* ou furar o efeito bolha das redes sociais, de forma que não é exagerado dizer que, hoje, o programador detém poder.

A internet passou a ser um espaço que carece de adequada regulação.

E não se pode mesmo duvidar do enorme poder de impactar eventos democráticos que a rede mundial de computadores apresenta. Além das denúncias de vazamento de dados, da difusão de *fake news*, há indicações de que empresas como a Cambridge Analytica teriam capacidade de, a partir do exame de *big data*, realizar uma propaganda **personalizada** e **quase irresistível** ao eleitor, por meio do *microtargeting* ou microdirecionamento da propaganda.

Bem se vê que a internet deixou de ser apenas uma grande praça pública virtual em que qualquer um poderia criticar um homem público, ou expor suas preferências políticas e eleitorais. Com o surgimento das grandes empresas, dos recursos persuasivos e do *marketing* produzido a partir das **pegadas digitais** do usuário da rede, a internet passou a ser um espaço que, especialmente do

ponto de vista do Direito Eleitoral, carece de adequada regulação.

1 Tratamento de dados pessoais na internet no cenário mundial e no Brasil

À medida que cresce o uso e o acesso à internet, cresce em igual escala a necessidade de tutelar os dados dos usuários que são coletados pelos provedores de aplicação e de acesso na internet. Os cadastros preenchidos, os registros de navegações, os *logs* feitos e os *cookies* constituem, como já dito, **pegadas digitais** que têm considerável valor de mercado porque possibilitam, quando analisados por consultorias e profissionais de marketing digital, não apenas identificar o usuário, mas também conhecer seus desejos, suas necessidades e suas preferências, inclusive políticas.

A relevância da questão do tratamento de dados pessoais (termo técnico que engloba todas as atividades de coleta, armazenamento, transmissão, análise, classificação, segmentação, organização e exclusão de dados) vem fazendo com que diversos países produzam suas Leis Gerais de Proteção de Dados Pessoais (em 2018, estima-se que cerca de 120 países do mundo já tenham suas leis) que buscam remediar, em essência, a **assimetria informacional**, que é o descompasso entre os poderes dos que tratam dados pessoais e os poderes dos titulares desses mesmos dados.

Quando se colocam os olhos sobre os arranjos normativos existentes mundo afora, é fácil perceber que existe uma diferença no trato do tema no modelo dos Estados Unidos e da União Europeia.

Nos Estados Unidos, a proteção da privacidade (*right to privacy*) é baseada primordialmente pela Quarta Emenda, que na sua origem buscava impedir mandados e buscas sem uma causa provável (*probable cause*). O que se queria com ela, portanto, era a contenção do Estado no seu avanço (físico) sobre os indivíduos. A Quarta Emenda somente

passou a reconhecer alguma proteção para os dados a partir do julgamento pela Suprema Corte do caso *Katz vs. United States*, em 1967 e, na década de 1980, já era evidente que a proteção dada por ela já era insuficiente frente às novas tecnologias.

A proteção de dados nos Estados Unidos se dá especialmente por meio de normas infraconstitucionais, tais como a *Children's Online Privacy Protection Act* (COPPA) (que regula a coleta de dados de crianças menores de 13 anos no ambiente da internet); a *Health Insurance Portability and Accountability Act* (HIPAA); a *Gramm-Leach-Bliley Act*; a *Tax Reform Act*; *The Fair Credit Reporting Act*; o *Electronic Communications Privacy Act*; além da existência de iniciativas estaduais, como a presente na Constituição do Estado da Califórnia ou de Nova Jersey.

Mas apesar de não ter o direito à proteção de dados um viés claramente jusfundamental nos Estados Unidos (na visão da maior parte da doutrina), não se pode dizer que o cidadão daquele país não tenha nenhuma proteção. Eles são protegidos pela aplicação de normas infraconstitucionais por meio de ações coletivas (*class actions*), bem como pela fiscalização do Federal Trade Commission (FTC), que incentiva a autorregulação e o uso de tecnologias em benefício da proteção de dados. O modelo dos Estados Unidos, como se percebe, encontra base em diversas normas infraconstitucionais, inexistindo uma Lei Geral de Proteção de Dados.

O modelo europeu, por sua vez, parte da premissa de que a proteção dos dados pessoais tem a natureza de um direito fundamental. A Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH) de 1950 já previa o direito ao respeito à vida privada e familiar, do domicílio e de sua correspondência. O direito à privacidade como liberdade negativa, com os surgimentos dos bancos de dados e avanços da tecnologia, desenvolveu-se também para contemplar a proteção das informações pessoais coletadas.

Especialmente importantes para o debate são a Diretiva 95/46/CE (Diretiva de Proteção de Dados ou DPD) e a Diretiva 2002/58/CE, devendo ser lembrado que elas sofreram alterações após a aprovação de nova normativa geral de proteção de dados pessoais em 27 de abril de 2016 (Regulamento 2016/679), que buscou atualizar a normativa europeia de proteção de dados pessoais ao progresso da TI e da comunicação após 1995 e aos novos modelos de negócio da *digital economy*. O modelo europeu protetivo também é reforçado pela atuação de entidades administrativas fiscalizatórias e consultivas, como a Autoridade Europeia para Proteção de Dados e as autoridades nacionais existentes em diversos países sobre a matéria. Há, ainda, as normas dos países europeus, que são exemplificadas pelo Data Protection Act 1998, no Reino Unido, e pelo Bundesdatenschutzgesetz, na Alemanha.

Na Europa, como se vê, a tendência é dar à proteção dos dados um caráter de direito fundamental, com o reconhecimento de direitos aos titulares dos dados e de fortes deveres aos mantenedores dos dados a fim de favorecer a noção de autodeterminação informativa.

Já no cenário brasileiro, o tratamento/proteção de dados, a despeito de ter envergadura constitucional (art. 5º, incisos X, XI e LXXII, da Constituição Federal (CF) de 1988), tem uma proteção jurídica fragmentária para os dados pessoais e encontra-se atrasada na tarefa de conceber sua lei geral de tratamento de dados e informações pessoais, especialmente se considerarmos que vizinhos como a Argentina, Chile e Colômbia já se desincumbiram dessa tarefa.

Além do art. 5º, incisos X e XII, a CF previu no seu art. 5º, inciso LXXII, o *habeas data*, que é remédio que visa garantir ao cidadão o acesso e a retificação de seus dados pessoais existentes em bancos de dados de caráter público, conforme regulamentação da Lei nº 9.507/1997.

No plano infraconstitucional, o tratamento de dados é tangido com alguma profundidade pelos arts. 43 e 44 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) (Lei nº 8.078/1990), que objetivou proteger as pessoas em face dos bancos de dados criados notadamente com a finalidade específica de proteção de crédito. O Código Civil destinou apenas o art. 21 à disciplina do direito à privacidade e ignorou a proteção de dados pessoais, que foi abordada pela Lei nº 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo), pela Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) e ainda pela Lei nº 12.964/2014 (Marco Civil da Internet).

Na Europa, a tendência é dar à proteção dos dados um caráter de direito fundamental.

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5.276/2016, que pretende ser uma Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. A conclusão e o sucesso da tramitação do projeto de lei, contudo, são incertos especialmente se for considerado que existem interesses que podem ser contrariados com a adoção de um modelo normativo muito semelhante ao da União Europeia e já reproduzido por países vizinhos da América do Sul.

2 A propaganda eleitoral na internet no Brasil e o tratamento de dados dos usuários

A todo ano, é perceptível o aumento do protagonismo da internet nos debates políticos e eleitorais pelo mundo. Com relação às eleições presidenciais norte-americanas de 2016, discute-se o grau de eficácia da estratégia da campanha vitoriosa de Donald Trump de fazer uso massivo de *microtargeting* pelas análises da empresa Cambridge Analytica. A mesma empresa também teria tido protagonismo no referendo do Brexit, também ocorrido em 2016,

embora até hoje não seja conhecida a extensão de seu envolvimento com a Leave.EU (a campanha mais radical pelo Brexit).

Empresas como a Cambridge Analytica servem-se do *big data*, que é um conjunto enorme de dados decorrentes dos registros de tudo o que uma pessoa faz *on-line* ou *off-line*, tais como suas compras, usos de cartão de crédito, pesquisas em buscadores, localizações por GPS capturadas por seu *smartphone* e sua atuação em redes sociais. E de posse dessas informações, há o emprego da **psicometria**, que é uma técnica (criada na década de 1980) que busca medir traços psicológicos de um indivíduo, como sua personalidade, por meio de um modelo chamado *Big Five* ou *Ocean*, que analisa cinco características do eleitor:

openness (abertura): abertura da pessoa a novas experiências;

conscientiousness (nível de consciência): preocupação da pessoa com organização e eficiência;

extroversion (extroversão): nível de sociabilidade e tendência de ver as coisas por uma perspectiva positiva;

agreeableness (amabilidade): cooperação e sensibilidade com questões de outras pessoas;

neuroticism (instabilidade emocional ou neurose): intensidade emocional com que a pessoa age ao receber informações.

Por muito tempo, acreditava-se que o problema para se implementar eficazmente a psicometria seria a dificuldade na colheita de dados, problema que restou superado com a vasta gama de dados hoje existentes (*big data*). Apenas para se limitar ao Facebook, estudos de Michal Kosinski (cocriador da psicometria por meio de dados daquela rede social) de 2012 demonstrariam que com 68 curtidas é possível prever a cor da pele do usuário com 95% de precisão e sua orientação sexual com 88% de acerto. Esse número de curtidas traria revelações sobre a inteligência da pessoa, sua religião, o uso de álcool, cigarros ou drogas e até mesmo se os pais da pessoa seriam divorciados.

Pela evolução de pesquisas, chegou-se à conclusão de que 70 curtidas seriam suficientes para cientistas de dados conhecerem a pessoa mais que seus próprios amigos; com 150 curtidas mais do que seus pais e 300 curtidas mais que seus próprios parceiros. Com mais curtidas, chegaria-se a um nível de conhecimento superior ao que a própria pessoa tem de si.

Um conhecimento em nível tão elevado sobre a própria personalidade do eleitor, suas preferências e tendências possibilita que se faça uso do *microtargeting* (que pode ser traduzido como microdirecionamento), que consiste na elaboração de uma propaganda eleitoral quase personalizada e irresistível ao eleitor, apresentando o candidato ou suas propostas sob uma perspectiva que já de antemão se sabe capaz de convencer o destinatário da mensagem.

A Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997), entre seus arts. 57-A e 57-J, cuida da propaganda eleitoral na internet e a Resolução TSE nº 23.551 regulamenta a questão entre seus arts. 22 e 34. A grande novidade que se anuncia para as eleições de 2018 decorre da atribuição, por meio da Lei nº 13.448/2017, de redação do art. 57-C, que possibilita a propaganda eleitoral paga na internet consistente no impulsionamento de conteúdo, devidamente identificado como propaganda eleitoral, feito exclusivamente por partido político, coligação ou candidato. A novidade legislativa é um convite que se torna especialmente sedutor em razão da tendência de restrição quanto ao uso de mídias tradicionais da propaganda eleitoral e da diminuição do tempo do período de propaganda eleitoral e das campanhas. Mas ao mesmo tempo em que se chama o debate eleitoral para as novas mídias (como a internet), a legislação eleitoral não demonstra preocupação com a tutela de dados pessoais dos eleitores que são sindicáveis pelas empresas especializadas em *marketing* digital. Mas deveria.

A regulamentação contida na Lei Eleitoral e na resolução que regulamenta a propaganda elei-

toral para as eleições de 2018 e seguintes é tibia e somente trata da questão da doação, cessão ou venda de cadastros com endereços de eleitores para partidos políticos, coligações e candidatos (prática que é vedada pelo art. 57-G da Lei nº 9.504/1997) e da necessidade de que as mensagens com propaganda eleitoral sejam dotadas de mecanismo que permita o descadastramento do destinatário. Isso não quer dizer, todavia, que não haja qualquer regra no sistema jurídico brasileiro que busque controlar minimamente a questão do tratamento de dados (da sua coleta ao seu exame).

O tratamento de dados foi destinatário de regulamentação normativa pelo Marco Civil da Internet.

O CDC, em seu art. 43 e com inspiração nos *fair information principles* (que são fortes na Europa), ao tratar dos bancos de dados de consumidores, consagrou princípios como: da publicidade (art. 43, § 4º); da exatidão (art. 43, § 3º); livre acesso (art. 43, *caput* e § 1º) e da segurança física e lógica (art. 43, § 3º). A Lei do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/2011) reforçou a existência de princípios sobre dados no Brasil ao prever: o princípio da publicidade (art. 4º); o princípio da exatidão e o princípio da finalidade (art. 7º).

O tratamento de dados ainda foi destinatário de regulamentação normativa pelo Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). O art. 3º, incisos II e III, reconhece que a privacidade e a proteção de dados são princípios do uso da internet no país e, especialmente no art. 7º, incisos VII, VIII, IX e X, do mesmo diploma legal, foram estabelecidas regras a serem observadas no tratamento de dados na internet brasileira. O fornecimento de dados pessoais a terceiros exige consentimento livre, expresso e informado e é instrumento que permite ao

usuário escolher se, como e quando seus dados pessoais poderão ser compartilhados. O consentimento exigido pela lei deve ser livre, de forma a espelhar uma vontade legítima manifestada longe da influência de qualquer coação, deve ser expresso e decorrer de ato de vontade do usuário (não pode ser tácito ou presumido) e deve ser ainda informado, sendo válido apenas se existir clareza ao usuário quanto ao contexto do tratamento de dados e das consequências de sua opção.

Qualquer exceção a essa regra do livre consentimento deve estar expressamente prevista em lei (como pode ocorrer, por exemplo, em questões alusivas a segurança).

O livre consentimento é ainda complementado pela disposição do art. 7º, inciso IX, que indica que, além de expresso, ele deve ser obtido com clareza e transparência, devendo estar destacado das demais cláusulas contratuais.

O art. 7º, inciso VIII, contempla dois princípios caros a um sistema de proteção de dados pessoais: a transparência e a finalidade. É imprescindível que o usuário e titular dos dados tenha informações claras, completas e precisas sobre o que será feito com seus dados, o que é condição *sine qua non* inclusive para que possa haver o exercício do livre consentimento previsto no inciso anterior. Já o princípio da finalidade determina ser inadmissível o uso dos dados pessoais para finalidade diversa daquela que foi informada no momento do consentimento. O uso do dado pessoal para finalidade diversa daquela do contexto da obtenção do consentimento do titular exige nova autorização para o novo uso.

O inciso X, por sua vez, reconhece o direito do titular dos dados de pleitear sua exclusão após o término da relação entre ele e o provedor de aplicação, exceção feita às hipóteses de guarda obrigatória de registros na forma da lei.

É possível concluir, portanto, que existe um sistema de proteção de dados no Brasil que deve repercutir para as relações jurídicas travadas no

ambiente da internet e também do Direito Eleitoral. Ainda que sem o vigor que apresenta contexto europeu, a interpretação sistemática, teleológica e finalística das regras apresentadas sinaliza a existência de um direito à autodeterminação informativa, de modo que deve ter o titular dos dados completo domínio sobre seus dados pessoais a partir de princípios como o do livre consentimento, da transparência e da finalidade.

Voltando mais uma vez a atenção à atuação da Cambridge Analytica, há informações de que a empresa utilizou, nos trabalhos prestados à campanha presidencial de Donald Trump, aproximadamente 7 mil informações sobre cada eleitor para direcionar suas publicidades (número que seria decorrente da possibilidade ampla de compra de informações admitidas no sistema jurídico dos EUA). No Brasil, estima-se que o número de informações utilizadas deve ser cerca de 750, com a empresa apostando em dados oficiais, como os produzidos pelo IBGE.

Considerando-se o ambiente de competição (não só eleitoral, como empresarial), pode-se imaginar que o *microtargeting* seja mais eficiente quanto mais dados se tenha do eleitor. E se as empresas de *marketing* digital (ou qualquer outro ator do processo eleitoral) avançarem sobre dados pessoais dos eleitores?

Por dados pessoais pode-se entender o dado relacionado à pessoa natural, identificada ou identificável, inclusive por números identificativos, dados locais ou identificadores eletrônicos, quando estiverem relacionados a uma pessoa. Esta definição consta do art. 14, inciso I, do Decreto nº 8.771/2016 (que regulamentou o Marco Civil da Internet) e ainda está reproduzida no art. 5º, inciso I, do PLS nº 5.276/2016. Certamente que a definição desperta críticas e incentiva elogios, já que ela mede, em certa maneira, a extensão da incidência de normas sobre tratamento de dados. Contudo, ela tem a virtude de servir-se do signo **identificável**, de modo a colocar sob a proteção destinada aos dados

pessoais aqueles que podem ser alvo de processos de reversão de anonimização.

Assim, os dados de uma pessoa que revelam não somente sua identidade, mas seu jeito de ser, seus hábitos, costumes e suas características psicológicas são dados pessoais e, se o seu tratamento gerar situação discriminatória (em razão de raça, credo, opiniões morais e filosóficas, de saúde e de hábitos sexuais), poderão ser classificados como dados sensíveis. Aqui a necessidade de proteção é ainda mais aquilatada.

Infelizmente, a coleta de dados pessoais – notadamente durante a navegação da internet – nem sempre respeita a privacidade do usuário e os desdobramentos de sua autodeterminação informativa. Em muitos casos, provedores de aplicações atuam de forma maliciosa para ter acesso a dados pessoais dos usuários que, em muitos casos, nem sequer têm ciência de que informações estão sendo capturadas e tampouco conhecem os fins a que tais dados estão destinados. Apenas como exemplo, pode ser lembrado o caso de um teste que mudava a foto do perfil do usuário para o gênero oposto: após dias de grande sucesso da brincadeira, passou-se a saber que aquele que realizava tal teste permitia o acesso do provedor de aplicação a seus dados pessoais como *sites* visitados, número de cliques dados e tipos de *e-mails* recebidos.

A rigor, a empresa de *marketing* digital que queira servir-se de dados pessoais para potencializar o sucesso da publicidade eleitoral que produz somente poderia utilizar dados que fossem colhidos, armazenados e tratados após o livre consentimento do titular dos dados, manifestado de forma expressa e de maneira clara, com o prévio conhecimento sobre quais seriam o destino e o uso que se dará aos seus dados. Os dados que, porventura, fossem autorizados a pretexto de possibilitar uma melhor experiência de navegação ou para fins de publicidade comercial não poderiam ser utilizados para a propaganda eleitoral.

A possibilidade de uso indevido de dados pessoais, especialmente num cenário de inexistência de uma lei geral de proteção de dados que regule procedimentos e preveja uma autoridade administrativa responsável pela matéria, mostra-se consideravelmente alta. E aqui ainda vale frisar que se paga um preço pela omissão em regular adequadamente a matéria, à luz do que permite e recomenda o art. 57-J da Lei nº 9.504/1997.

Mas o que se pode fazer se, a despeito da dificuldade de se visualizar a prática, ocorrer o uso indevido de dados pessoais na propaganda eleitoral na internet?

O primeiro caminho que se apresenta é esperar que os partidos políticos, coligações e candidatos adversários, no exercício de fiscalização mútua que fazem sobre a propaganda eleitoral em geral, ajuízem representação eleitoral (art. 96 da Lei nº 9.504/1997) para postular que seja exarado um provimento jurisdicional que imponha ao infrator um dever de abster-se da prática ilícita, constituindo uma obrigação de não fazer. Além dos tradicionais atores do processo eleitoral, o Ministério Público também tem legitimidade ativa *ad causam* para essa demanda.

A possibilidade de uso indevido de dados pessoais mostra-se consideravelmente alta.

O segundo caminho que se abre para os casos em que o uso indevido de dados tenha valor econômico e tenha impactado a lisura e normalidade do processo eleitoral é o uso da ação de investigação judicial eleitoral (AIJE) (entre a escolha e registro dos candidatos até a data da diplomação dos eleitos) ou da ação de impugnação de mandato eletivo (AIME) (art. 14, §§ 10 e 11, da CF/1988, no prazo de 15 dias a contar da diplomação dos eleitos). O art. 22, inciso XVI, da LC nº 64/1990,

a partir da LC nº 135/2010 (a Lei da Ficha Limpa), pretendeu alterar os critérios de aferição do caráter abusivo de um ato no contexto eleitoral, abandonando-se a ideia da potencialidade do fato de alterar o resultado das eleições para se determinar o exame da gravidade da conduta (por critérios quantitativos e qualitativos). E, no desenvolvimento do raciocínio jurídico sobre a ocorrência ou não do abuso, certamente deve ser considerada a aquilatada força persuasiva (a capacidade de formar ou alterar o voto) da propaganda personalizada que o microdirecionamento é capaz de produzir. A medida, portanto, não deve ser apenas o montante de recursos financeiros expendidos na operação, mas também a própria força de convencimento que a propaganda eleitoral construída a partir dos dados pessoais apanhados de forma irregular possui.

Aqui, o provimento jurisdicional demandável será de natureza constitutivo-negativa (cassação do registro de qualquer candidato e do diploma ou mandato do eleito) e, ainda, de caráter condenatório, por meio da imposição (para os casos de procedência da ação do art. 22 da LC nº 64/1990) de pena de inelegibilidade cominada potenciada pelo prazo de oito anos a contar das eleições para todos os que, por alguma forma, tenham participado da trama dos fatos considerados abusivos. A legitimidade ativa para estas demandas, à semelhança do que ocorre com as representações do art. 96 da Lei nº 9.504/1997, recai sobre partidos, coligações, candidatos e Ministério Público, sendo cabível o desenvolvimento de uma fase instrutória com contornos nítidos que possibilite oitiva de pessoas, requisição de documentos e informações de posse de terceiros e, inclusive, a produção de prova pericial.

Em todas essas demandas (tanto a representação do art. 96 da Lei nº 9.504/1997 quanto a AIJE ou AIME) poderá ser difícil a prova de que houve o uso de dados pessoais de forma irregular para a produção da propaganda. Uma possibilidade, nesses

casos, é que o Estado-Juiz sirva-se do permissivo do art. 373, § 2º, do CPC/2015 e, aplicando a teoria da distribuição dinâmica no ônus da prova, reconheça que as peculiaridades da demanda indicam que a prova da licitude dos dados deve ser feita pelo réu: afinal de contas, se o livre consentimento deve ser sempre claro, expresso e dado para o uso de informações exclusivamente para os fins indicados, deverá ter o réu, via de regra, prova documental da autorização para o uso (o art. 9º, § 2º, do Projeto de Lei nº 5.276/2016 vai nesse sentido).

O cidadão afetado, enquanto titular dos dados indevidamente utilizados, não tem em linha de princípio legitimidade ativa para acionar a Justiça Eleitoral. A defesa de seu patrimônio jurídico deverá acontecer perante a Justiça Comum, pleiteando-se que o violador de seu direito seja obrigado a abster-se da prática ilícita e, ainda, reparar os dados materiais e morais causados.

Também se pode ver a possibilidade de que, diante da existência de indícios sérios de uso indevido de dados pessoais em larga escala, qualquer colegitimado para as ações coletivas ajuíze ação civil pública em que se pleiteia que o réu comprove a licitude dos dados que utiliza e, reconhecido o ilícito, a reparação do dano causado e a cessação da prática incompatível com o direito.

3 Conclusões

A propaganda eleitoral na forma como conhecemos, com seus comícios, passeatas, reuniões, panfletos, programas de rádio e televisão, começa a transformar-se em algo, diante da revolução tecnológica a que assistimos dia a dia, que ainda não dominamos adequadamente.

Já para as eleições de 2018, ainda que não se prescindam das formas tradicionais de campanha, o fato é que assistiremos a um implemento considerável na propaganda eleitoral através da internet, especialmente pela possibilidade de impulsiona-

mento das mensagens pelos candidatos e pela limitação orçamentária das campanhas. Esse, nos parece, é um processo irreversível, tendente a aumentar, mais e mais, nos próximos anos.

Nesse cenário, consideramos imprescindível uma maior consideração com o tratamento dos dados pessoais dos usuários na rede, como forma de estabelecer os parâmetros adequados para a disputa entre os candidatos e o respeito à privacidade dos eleitores. Nunca é demais lembrar que as principais plataformas na internet são propriedades de grandes conglomerados empresariais em negócios com alto retorno econômico, em que as pessoas voluntariamente participam através da inserção de mensagens, fotos e informações. Embora, na legislação eleitoral vigente, já se possa encontrar formas de proteção judicial contra o mau uso e o abuso nas informações coletadas, conforme acima descrito, é fundamental o debate público e transparente sobre a proteção dos dados dos usuários nos processos eleitorais.

Glossário

Algoritmos – “Algoritmos são formas de automatizar processos decisórios, que estão por detrás de muitas coisas que acontecem também na Internet, como decidir qual anúncio será exibido para você ou quem é a próxima pessoa a aparecer em um aplicativo de relacionamentos. Por meio deles, a sua experiência de navegação pode mudar e, com isso, o seu acesso a determinadas informações, ofertas ou até mesmo oportunidades de emprego”. Fonte: InternetLab, <<http://www.internetlab.org.br/pt/opinioao/especial-em-um-mundo-de-big-data-quais-tipos-de-controle-temos-em-relacao-a-nossos-dados/>>.

Big data – “Atualmente, uma série de funcionalidades e serviços são disponibilizados graças à possibilidade de armazenar, tratar e analisar enormes quantidades de dados de maneiras inovadoras – o chamado **big data**. A partir de tais capacidades de armazenamento, tratamento e análise de dados

pessoais coletados a partir de nossos hábitos, torna-se plausível inferir tendências e traços de personalidade, predizer possíveis comportamentos e estabelecer perfis bastante detalhados de todos nós”. Fonte: <<http://www.internetlab.org.br/pt/opinioao/especial-em-um-mundo-de-big-data-quais-tipos-de-controle-temos-em-relacao-a-nossos-dados/>>.

Cambridge Analytics – “[...] empresa pioneira no uso da psicologia comportamental com base em grande base de dados em campanhas

políticas”. Fonte: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/12/1940938-empresa-que-atuou-na-campanha-de-trump-chega-ao-brasil.shtml>>.

Cookies – Pequenos arquivos armazenados por um navegador de internet (*browser*) que guardam metadados, ou seja, informações como a data da última visita, o estado do *login*, isto é, se a opção de “lembrar minha conta” estiver ativada, além de outras informações que permitem a prática do *microtargeting*. ■

Bibliografia

DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de Dados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____; MONTEIRO, Marília. O Sistema de Privacidade e Proteção de Dados no Marco Civil da Internet. In: ARTESE, Gustavo (Org.). *Marco Civil da Internet, Análise Jurídica sob uma Perspectiva Empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

MENDES, Laura Schertel. *Transparência e Privacidade: Violação e Proteção da Informação Pessoal na Sociedade de Consumo*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, UnB, Brasília.

MORGADO, Laerte Ferreira. *O Cenário Internacional de Proteção de Dados Pessoais*. Necessitamos de um Código Brasileiro? Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_24316822_A_DIRETIVA_EUROPEIA SOBRE_PROTECAO_DE_DADOS_PESSOAIS_UMA_ANALISE_DE_SEUS_ASPECTOS_GERAIS.aspx>. Acesso em: 16 mar. 2018.

REINADO FILHO, Demócrito. *A Diretiva Europeia Sobre Proteção de Dados Pessoais – Uma Análise de seus Aspectos Gerais*. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_24316822_A_DIRETIVA_EUROPEIA SOBRE_PROTECAO_DE_DADOS_PESSOAIS_UMA_ANALISE_DE_SEUS_ASPECTOS_GERAIS.aspx>. Acesso em: 16 mar. 2018.

VASQUES, Rafael Ferraz. *A Proteção de Dados Pessoais nos Estados Unidos, União Europeia e América do Sul: Interoperabilidade Com a Proposta de Marco Normativo do Brasil*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=87682805257e619d>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

VAZ, Ana Carolina. Neutralidade, Proteção de Dados Pessoais e Marco Regulatório da Internet no Brasil. In: *Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico*. (ISSN 2175-9391), n. 5, p. 147-171, 2011.

A inelegibilidade por doações tidas por ilegais.

Henrique Neves da Silva

Advogado. Ex-ministro do TSE.

Fernando Neves da Silva

Advogado. Ex-ministro do TSE.

A imprensa brasileira tem dedicado razoável espaço para discutir a viabilidade jurídica de candidaturas que poderão (ou não) surgir nas eleições de 2018. Diversas análises são feitas em razão dos fatos que envolvem vários políticos que ocupam ou ocuparam importantes cargos. Entre tais matérias, há constante debate sobre a inelegibilidade decorrente de doações eleitorais em pleitos anteriores que tenham sido apontadas como ilegais pela Justiça Eleitoral.

Sem enfrentar caso específico, até porque a análise de cada situação depende de suas próprias circunstâncias, vale repisar algumas considerações sobre o tema, ainda que a matéria somente possa ser discutida judicialmente se e quando requerido o registro de candidatura de candidato apontado como inelegível.

As discussões anteriores ao registro de candidatura são meramente acadêmicas. Somente no momento do registro de candidatura é que cabe à Justiça Eleitoral examinar, inclusive de ofício, se o candidato preenche todas as condições de elegibilidade e não incide em nenhuma hipótese de inelegibilidade.

Como o próprio nome diz, as condições de elegibilidade são os requisitos gerais que todas as pessoas precisam preencher para se tornarem candidatos. Elas estão previstas no art. 14, § 3º, da Constituição Federal (CF) e são as seguintes: **I – a nacionalidade brasileira**, ou seja, somente os bra-

sileiros é que podem ser candidatos; **II – o pleno exercício dos direitos políticos** (somente quem pode exercer integralmente os direitos políticos é que pode ser candidato); **III – o alistamento eleitoral**, que significa que o candidato deve ser eleitor; **IV – domicílio eleitoral na circunscrição**, ou seja, quem quer ser candidato deve morar ou demonstrar algum tipo de vínculo com o local em que a eleição é disputada; **V – filiação partidária**, pois, para ser candidato, é preciso ser filiado a um partido político; e **VI – possuir a idade mínima** de 18 anos para ser vereador; 21 para deputado federal, estadual ou distrital; 30 anos para governador e vice-governador; e 35 anos para presidente da República, vice-presidente e senador.

Quando o pedido de candidatura é apresentado à Justiça Eleitoral, o juiz ou o tribunal examina se esses requisitos estão presentes. Para isso conferem os documentos que lhe são apresentados e consulta aqueles que já estão registrados nos seus arquivos. O exame deve ser objetivo. Verifica-se, por exemplo, a partir do título eleitoral, qual a idade da pessoa, se ela é brasileira e há quanto tempo vota no local em que a eleição será disputada. Da mesma forma, analisando os seus bancos de dados, a Justiça Eleitoral verifica se o eleitor está em dia com suas obrigações e se está filiado a um partido político pelo tempo mínimo necessário.

Nessa oportunidade, a Justiça Eleitoral confere se todos os requisitos estão presentes. Se não for demonstrado que todas as condições estão cumpridas, basta a ausência de uma delas para que a pessoa não possa ser candidata.

Em relação às inelegibilidades, a situação é inversa. Para que alguém não possa ser candidato, basta estar presente uma das hipóteses previstas na legislação para que a candidatura não seja admitida.

As inelegibilidades – ou seja, as situações que impedem que alguém concorra nas eleições – somente podem ser aferidas a partir da presença dos fatos certos e determinados previstos na legis-

lação. É pacífico o entendimento de que os impedimentos, como regras que restringem direitos (a capacidade eleitoral passiva), não comportam interpretação extensiva.

O impedimento de os inalistáveis e analfabetos disputarem as eleições, assim como os casos relacionados à reeleição, os que decorrem de parentesco e a situação dos militares estão previstos na Constituição da República (art. 14, §§ 4º ao 8º), na qual também se encontra expressa autorização para o legislador complementar estabelecer outras hipóteses de inelegibilidade e o prazo de sua duração, a fim de

“proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada 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” (CF, art. 14, § 9º).

É pacífico o entendimento de que os impedimentos não comportam interpretação extensiva.

Pelos termos acima transcritos, verifica-se que as hipóteses de inelegibilidade não podem ser traçadas de forma aleatória pelo Congresso Nacional. O desvalor a ser considerado para efeito de proibir uma candidatura deve necessariamente estar relacionado com os propósitos contemplados na Constituição da República. Em outras palavras, a atividade legislativa complementar somente pode ser exercida de forma vinculada aos princípios constitucionalmente delimitados.

Essa constatação e a necessidade de se dar interpretação objetiva e restrita às hipóteses de inelegibilidade demonstram que seria salutar que as inelegibilidades infraconstitucionais fossem editadas com a maior técnica e precisão possível, de

modo a evitar dúvidas nos aplicadores do direito. Não se pode, contudo, dizer que a Lei Complementar (LC) nº 64, de 1990, com a redação que lhe foi dada pela LC nº 135, de 2010, seja um exemplo de precisão e técnica legislativa.

Veja-se, a propósito, entre os casos de inelegibilidade decorrentes da iniciativa popular apelada como “ficha limpa”, a hipótese que consta da alínea *p* do art. 1º, inciso I, da LC nº 64/1990, com a redação dada pela LC nº 135/2010, nos seguintes termos:

“Art. 1º - São inelegíveis:

I - para qualquer cargo: [...]

p) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22;”.

O texto se refere, de forma genérica e ampla, às doações tidas por ilegais. Porém, sem prejuízo do detalhamento que se fará mais à frente, desde logo é possível verificar que o dispositivo acima transcrito indica que a inelegibilidade só resta caracterizada quando presentes os seguintes requisitos:

a) a existência de doação eleitoral de responsabilidade de pessoas físicas ou jurídicas;

b) que a doação eleitoral tenha sido **tida por ilegal**;

c) a existência de decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral;

d) tal decisão ter sido proferida em procedimento que tenha observado o rito contemplado no art. 22 da LC nº 64/1990.

O primeiro requisito, a existência de doações eleitorais, não está restrito à transferência patrimonial, tendo em vista que se admite a existência de doações estimáveis em dinheiro, ou seja, a doação realizada mediante a utilização ou cessão do uso de bens móveis e imóveis, além da prestação de serviços próprios.

O termo “doação eleitoral”, assim, pode ser compreendido como a transferência voluntária de bem ou serviços providos de conteúdo financeiro ou econômico em favor de candidato ou partido político com o propósito de patrocinar campanha eleitoral. As doações regidas pelo Código Civil, realizadas fora do período eleitoral, em princípio, não se enquadram como doações eleitorais, ainda que o seu produto, incorporado ao patrimônio do donatário, venha a ser utilizado futuramente. Não se examina aqui eventual fraude ou abuso de poder que venha a ser cometido em tais operações, os quais, se existentes, podem ser investigados pelas vias próprias e, se confirmados, podem ensejar a caracterização de outras hipóteses de inelegibilidade.

Em relação às doações eleitorais, é interessante notar que a Lei Complementar – ao contrário do decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI nº 4.650, julgada em 2015 – contempla a possibilidade de doações realizadas por pessoas jurídicas.

A eficácia desse dispositivo ainda se mantém, tendo em vista que, antes do pronunciamento da Suprema Corte, proibindo as doações empresariais, a prática era admitida e, como tal, sujeita à fiscalização por parte da Justiça Eleitoral. Considerado o prazo da inelegibilidade fixado em oito anos, ainda é possível a verificação da inelegibilidade a partir da existência de doações realizadas em eleições anteriores, consideradas ilegais por motivo diverso do fato de terem sido feitas por pessoa jurídica.

Aliás, considerando-se que a legislação admitia expressamente a doação eleitoral realizada por pessoa jurídica até 2015, não seria possível considerar que todas as campanhas eleitorais realizadas nos pleitos anteriores tenham contado com recursos provenientes de fonte vedada.

Ainda em relação às doações realizadas por pessoas jurídicas, cabe avaliar a necessidade de quem pretende ser candidato ostentar a quali-

dade de dirigente da pessoa jurídica condenada em razão de doação realizada. Nesse sentido, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) já decidiu ser desnecessário

“que os dirigentes das pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais irregulares integrem a relação processual da representação respectiva, mas tão somente que a doação irregular tenha sido reconhecida por meio de decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado. A inelegibilidade não atinge a pessoa jurídica condenada na referida representação, mas, sim, seus dirigentes” (AgR-REspe nº 406-69, DJe de 4/6/2013).

Assim, para que o impedimento reste configurado, é necessário que o impugnante comprove que quem almeja a candidatura era dirigente da pessoa jurídica ao tempo da doação, compreendendo-se como dirigente a pessoa que – a par da existência de outras – detém o efetivo poder de gerir, administrar e dispor do patrimônio da pessoa jurídica.

Há, ainda, outro aspecto curioso que pode ser registrado, mesmo que mereça oportunamente uma melhor análise.

A inelegibilidade prevista na alínea *p* vigora **pelo prazo de oito anos após a decisão**. Em consequência, a eventual morosidade para definição do processo que analisa doações eleitorais pode acarretar a projeção do impedimento em período distante da eleição em que a ilicitude teria ocorrido. Ao contrário de outros dispositivos que têm como termo de referência a data da eleição para o início do período de inelegibilidade, a hipótese da alínea *p* incide apenas após o pronunciamento judicial que aponta a doação como ilegal.

Aliás, na verdade são duas situações, pois a lei se refere à decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado.

A primeira ocorre quando a decisão singular, proferida pelo juiz de primeira instância ou pelo relator no tribunal, não é atacada por recurso que imponha a sua submissão ao órgão colegiado.

Nesse caso, o trânsito em julgado torna imutável a condenação e atrai o início do prazo da inelegibilidade.

Não ocorrendo o trânsito em julgado, surge a segunda hipótese contemplada pela norma. As decisões individuais condenatórias não são suficientes para atrair a inelegibilidade enquanto não confirmadas pelas instâncias colegiadas do Poder Judiciário. Confirmada a condenação, a inelegibilidade começa a incidir a partir da publicação do respectivo acórdão. Do mesmo modo ocorre quando se trata de recurso interposto contra decisão singular absolutória que venha a ser acolhido.

A inelegibilidade começa a incidir a partir da publicação do respectivo acórdão.

Apesar de ser necessário um melhor debate sobre a questão, a confirmação de uma decisão colegiada por outra decisão colegiada proferida por instância superior não tem o condão de reabrir a contagem do prazo de inelegibilidade. Vale dizer, se alguém é condenado, nas situações específicas previstas na legislação, por um acórdão proferido por Tribunal Regional Eleitoral, o prazo de inelegibilidade se inicia e eventual manutenção dessa condenação pelo TSE não autoriza que o prazo se reinicie, uma vez que o recurso manejado como ferramenta da defesa não pode servir para agravar os efeitos, ainda que secundários, da condenação.

Além disso, por óbvio, quando se fala em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado para a caracterização da inelegibilidade, é evidente que se está falando em decisão cujos efeitos não tenham sido revogados ou suspensos por outro ato judicial, como amplamente demonstrado no julgamento do REspe nº 229-91, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 4/8/2014.

O quarto requisito previsto na Lei das Inelegibilidades diz respeito ao meio de apuração capaz de gerar a inelegibilidade. As doações eleitorais normalmente são examinadas, ainda que de forma superficial, nos processos de prestação de contas. Eventual ilicitude que seja revelada nessa via não tem o condão de gerar a inelegibilidade, até porque os doadores normalmente não são chamados para compor o processo de prestação de contas.

A caracterização da inelegibilidade somente se dá quando a doação específica é apurada em feito que segue o rito do art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 1990, ou seja, o rito da ação de investigação judicial eleitoral. Ao tratar das doações eleitorais, na Lei nº 9.504/1997, o legislador contemplou a apuração de eventual excesso de doação apenas na hipótese daquelas provenientes de pessoas jurídicas, como constava do art. 81, já revogado. Não havia disposição específica em relação às doações realizadas por pessoas físicas, que são tratadas no art. 23 da Lei das Eleições.

Não obstante, tornou-se habitual a adoção do rito previsto no art. 22 para a apuração de excesso de doação, que, a partir da reforma introduzida pela Lei nº 13.165, de 2015, pode ser iniciado pelo Ministério Público até o final do exercício financeiro posterior ao ano da eleição (Lei nº 9.504/1997, art. 24-C, § 3º).

Em suma, a partir da análise desses primeiros requisitos – sem adentrar, ainda, na principal questão que move esse artigo – pode-se resumir que não é qualquer tipo de doação que gera a inelegibilidade, mas somente aquelas que se enquadram como doações eleitorais (assim compreendidas as disciplinadas pela legislação eleitoral, em especial pela Lei nº 9.504/1997), consideradas ilegais por decisão emanada da Justiça Eleitoral (são inservíveis para esse efeito, portanto, as decisões administrativas ou proferidas por outros órgãos do Poder Judiciário) que não esteja revogada ou suspensa (requisito implícito) e tenha sido tomada em procedimento em que se observou o rito pre-

visto no art. 22 da LC nº 64/1990, o que exclui, por consequência, as que tenham sido apuradas por outros meios, como, por exemplo, o julgamento das prestações de contas e as representações de que trata o art. 96 da Lei nº 9.504/1997.

Presentes esses requisitos, cumpre analisar a questão relativa à conceituação da doação pela expressão **tida por ilegal** para acrescentar que somente as irregularidades graves, que denotem quebra da normalidade e da legitimidade do pleito, devem ensejar a inelegibilidade prevista na alínea *p*. Como anunciado pelo eminente ministro Gilmar Mendes, no julgamento do REspe nº 229-91, a caracterização das inelegibilidades deve ser feita “com base na compreensão da reserva legal proporcional, limitando a incidência da referida restrição da capacidade eleitoral passiva às situações jurídicas que efetivamente tenham o condão de violar o bem jurídico protegido pelo art. 14, § 9º, da Constituição Federal de 1988”.

Realmente, como afirmado no início desse artigo, a criação pelo legislador complementar de outras hipóteses de inelegibilidade além daquelas previstas na Constituição da República somente pode ser feita de forma vinculada aos preceitos constitucionais que regem a matéria.

Não há dúvida de que o único órgão competente para estabelecer as hipóteses de impedimento de candidaturas é o Congresso Nacional. Nessa linha, sobre tema análogo, recordem-se as palavras de Daniel Sarmiento (2003, p. 114-116):

“[...] é evidente que, em uma democracia, a escolha dos valores e interesses prevalecentes em cada caso deve, a princípio, ser da responsabilidade de autoridades cuja legitimidade repouse no voto popular. Por isso, o Judiciário tem, em linha geral, de acatar as ponderações de interesses realizadas pelo legislador, só as desconsiderando ou invalidando quando elas se revelarem manifestamente desarrazoadas ou quando contrariarem a pauta axiológica subjacente ao texto constitucional.

Nesse sentido, o juiz Felix Frankfurter, um dos grandes expoentes da Suprema Corte norte-americana neste século, no voto que proferiu no julgamento do caso *Dennis v. United States*, onde se apreciava a constitucionalidade de lei estadual que limitara a liberdade de expressão, tornando crime manifestações que incitassem a tomada do poder nos Estados Unidos pela força, averbou:

‘[...] Quem deve ponderar os fatores relevantes e avaliar que interesse e em que circunstâncias deve prevalecer? A responsabilidade plena por esta escolha não pode ser transferida aos Tribunais. Tribunais não são corpos representativos. Eles não se destinam a ser um bom reflexo de uma sociedade democrática... A responsabilidade primária pelo equacionamento dos interesses concorrentes necessariamente pertence ao Poder Legislativo... Nós devemos afastar o julgamento daqueles que têm o dever de legislar apenas se a sua obra não possuir nenhuma base de razoabilidade’.

Isso, contudo, não significa excluir da competência do Judiciário a possibilidade de verificar se a norma criada atende às diretrizes e aos parâmetros previstos no texto constitucional que determina a sua edição, a partir dos princípios da reserva legal e da vinculação do legislador à Constituição.

Canotilho (2003, p. 246) lembra que

“a vinculação do legislador à constituição sugere a indispensabilidade de as leis serem feitas pelo órgão, terem a **forma** e seguirem o **procedimento** nos termos constitucionalmente fixados. Sob o ponto de vista **orgânico, formal e procedimental** as leis não podem contrariar o princípio da constitucionalidade. A constituição é, além disso, um **parâmetro material intrínseco** dos actos legislativos, motivo pelo qual só serão válidas as leis materialmente conformes com a constituição”.

Nessa compreensão é que deve ser interpretado o requisito para a configuração da inelegibilidade em tela que, nos exatos termos da alínea *p*, só alcança as doações eleitorais “**tidas por ilegais**”.

O que se deve perquirir, portanto, é o que pode ser tido como ilegal para efeito da caracterização da inelegibilidade.

O conceito do termo **ilegal** é amplo e

“é empregado em equivalência a ilícito e a ilegítimo. Mas, propriamente, seu significado sensivelmente se distingue destas duas palavras. O ilícito é o que se faz contravindo à proibição legal. É sentido que se contém no ilegal, em parte, pois que o seu é de maior amplitude, vai ao que a lei proíbe ou excedente do que estava autorizado. É, portanto, o que não encontra apoio na lei ou não está autorizado legalmente” (SILVA, 2005, p. 697).

O que se deve perquirir é o que pode ser tido como ilegal para caracterização da inelegibilidade.

Karl Larenz (1991, p. 450 e 457) ensina que

“toda interpretação de um texto há de iniciar-se com o sentido literal [...] como uma primeira orientação, assinalando, por outro lado, enquanto sentido literal possível – quer seja segundo o uso linguístico de outrora, quer seja segundo o actual – o limite da interpretação propriamente dita. Delimita, de certo modo, o campo em que se leva a cabo a ulterior atividade do intérprete”.

A adoção da literalidade da norma, considerado o conceito amplo e aberto do que seja “ilegal”, implicaria reconhecer a incidência da inelegibilidade prevista na alínea *p* em qualquer situação que revelasse uma doação eleitoral realizada de forma contrária à lei, o que levaria a situações absurdas, pois se pode olvidar que a legislação eleitoral é fecunda em estabelecer especificidades, algumas de caráter meramente formal, que, se violadas, podem caracterizar uma ilegalidade *lato sensu*.

As principais regras relativas às doações eleitorais estão previstas na Lei nº 9.504/1997 e, em um sentido amplo da palavra, podem ser consideradas como ilegais: as doações realizadas acima dos limites legais (art. 23); as realizadas por fontes vedadas (art. 24); as que não observem as formas estabelecidas em lei (art. 22, § 1º, inciso II; art. 23, § 4º; art. 28, § 3º). Em tese, também poderiam ser contempladas as doações realizadas por candidato ao eleitor, com o fim específico de lhe obter o voto (art. 41-A), o que pode caracterizar outra hipótese de inelegibilidade (LC, art. 64, art. 1º, inciso I, j) e as doações de cadastros eletrônicos da internet (art. 57-E).

Além dessas situações, em que a Lei Eleitoral utiliza especificamente o termo doação, também seria possível concluir que a ilegalidade poderia derivar de qualquer conduta em desacordo com as regras da Lei nº 9.504/1997 relativas à arrecadação e gastos de recursos, que é a matéria tratada no art. 30-A do referido diploma, e que, igualmente, estaria contemplada na hipótese da alínea j do inciso I do art. 1º da Lei das Inelegibilidades.

Ademais, considerando-se que a prestação de contas das eleições majoritárias se dá “na forma disciplinada pela Justiça Eleitoral” (Lei nº 9.504, art. 28) e, também, que o TSE expede instruções para regulamentar a legislação eleitoral (Lei nº 9.504, art. 105, Código Eleitoral, art. 23, inciso IX), poder-se-ia chegar à afirmação forçada de que qualquer doação que não observasse fielmente as disposições contidas nas resoluções do TSE seria, em consequência, **tida como ilegal** e, como tal, atrairia a inelegibilidade em análise.

Nessa linha de compreensão, o mero erro formal no preenchimento de um recibo eleitoral seria suficiente para a caracterização da inelegibilidade pelo prazo de oito anos, o que demonstra a total inviabilidade de se emprestar interpretação meramente literal ao dispositivo em análise, pois levaria não apenas severa restrição ao direito político passivo do candidato, mas também limitaria

o direito de voto dos eleitores, a partir da supressão de escolha do nome que poderia ser sufragado.

O reconhecimento da inelegibilidade não pode ser baseado em meras conjecturas sobre fatos irrelevantes. A regra deve ser interpretada de acordo com a realidade em que se insere e, como ensina Canotilho (2003, p. 1.226), no

“caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição”.

De igual forma, ao discorrer sobre o princípio da interpretação conforme a Constituição, Konrad Hesse (2009, p. 119) ensina que:

“[...] segundo esse princípio uma lei não deve ser declarada nula quando possa ser interpretada em consonância com a Constituição. Esta “consonância” não existe apenas onde a lei, sem que recorra a pontos de vista jurídicos-constitucionais, comporta uma interpretação compatível com a Constituição, pode ter lugar, também, quando um conteúdo ambíguo ou indeterminado da lei se torna preciso graças aos conteúdos da Constituição. Assim, portanto, no âmbito da interpretação conforme, as normas constitucionais não são apenas ‘normas-parâmetros’ (Prüfungsnormen), mas também normas de conteúdo (Sachnormen) na determinação do conteúdo das leis ordinárias”.

Da mesma forma, retornando a Larenz (1991, p. 484), é valiosa a lembrança do entendimento do Tribunal Constitucional Federal alemão contida em sua obra, sobre a necessidade de se ter uma

“interação recíproca, no sentido de que as ‘leis gerais’, na verdade, impõem, segundo o teor literal, barreiras ao direito fundamental; mas elas, por seu lado, têm que ser interpretadas com base no conhecimento do significado da estatuição valorativa desse direito fundamental do Estado liberal democrático, sendo assim também elas restringidas na sua ação delimitadora do direito fundamental”.

Na hipótese que se põe, como já dito, os parâmetros constitucionais que regem o estabeleci-

mento de outros casos de inelegibilidades estão traçados no § 9º do art. 14, que traz expressamente a finalidade e os valores a serem observados pelo legislador complementar. Tais valores também devem ser respeitados pelo intérprete.

A partir da combinação dos parâmetros traçados na Constituição da República – vida pregressa, normalidade e legitimidade das eleições contra o abuso do poder econômico –, é que se pode chegar à interpretação constitucionalmente aceitável da hipótese de inelegibilidade prevista na alínea *p* do art. 1º, inciso I, da Lei das Inelegibilidades.

Com isso, tem-se que, a partir dos princípios constitucionais, o impedimento de candidatura somente restará configurado quando a doação eleitoral considerada ilícita, ou na linguagem da alínea *p*, **tida como ilegal**, se der por infração às regras legais que traduza a quebra dos parâmetros constitucionais de preservação da normalidade e legitimidade dos pleitos.

Em outras palavras, não é qualquer doação eleitoral **tida como ilegal** que é capaz de atrair a inelegibilidade prevista na alínea *p*. Somente aquelas que, em si, representam quebra da isonomia entre os candidatos, risco à normalidade e legitimidade dos pleitos ou que se aproximem do abuso do poder econômico é que poderão ser qualificadas para efeito da aferição da referida inelegibilidade.

Esse entendimento também decorre de uma análise sistemática do regime de inelegibilidades em vigor, que reflete o respeito a tais parâmetros em várias outras hipóteses contempladas pelo legislador.

Confira-se, por exemplo, que nem todas as condenações criminais são aptas a caracterizar a inelegibilidade prevista na alínea *e*, mas apenas aquelas relativas aos crimes especificados no rol taxativo contido na mencionada alínea. Igualmente, deve ser observado que o § 4º do art. 1º da LC nº 64/1990 exclui expressamente do âmbito da inelegibilidade por condenação criminal as decorrentes de crimes culposos, crimes definidos

em lei como de menor potencial ofensivo e crimes de ação penal privada.

Na alínea *g*, não é qualquer tipo de rejeição de contas que gera inelegibilidade, mas apenas aquelas que caracterizem irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa.

Na alínea *j*, que pode tratar de espécies de doações ilegais, a inelegibilidade decorrente da condenação por captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou pela prática de conduta vedada por agentes públicos somente se caracteriza nos casos que “impliquem cassação do registro ou do diploma”.

A condenação por ato de improbidade somente gera inelegibilidade quando há suspensão dos direitos políticos por ato doloso de improbidade que resulte, concomitantemente, em dano ao erário e enriquecimento ilícito.

Ou seja, como afirmado, as hipóteses de inelegibilidade infraconstitucionais refletem parâmetros e valores definidos pela Constituição da República que exigem o comprometimento da normalidade e legitimidade das eleições para caracterização do impedimento.

A interpretação lógico-sistemática da inelegibilidade em exame deve seguir o mesmo caminho, de forma a reconhecer a sua incidência apenas quando os bens jurídicos protegidos pela Constituição da República tenham sido violados, com a quebra da isonomia entre os candidatos ou contaminação do pleito pelo abuso do poder econômico.

Não se trata, no caso, de se defender a aplicação do princípio da bagatela, pois em matéria de doação eleitoral já se decidiu que

“o princípio da insignificância não se aplica às representações propostas com fulcro em doação eleitoral acima do limite legalmente estabelecido” (AgR-REspe nº 364-85, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014).

O exame da inelegibilidade também não pode ser confundido com o julgamento da representação que examina a observância dos limites legais

de doação, os quais são conduzidos pela observação de parâmetros percentuais rígidos, sendo que já se reconheceu que

“a aplicação das multas eleitorais por doação acima dos limites legais (art. 81, § 2º, da Lei nº 9.504/97) decorre da inobservância do teto estabelecido na legislação eleitoral e não ofende os princípios da igualdade e da proporcionalidade, pois estabelece critério objetivo e igualitário para todas as empresas” (AgR-REspe nº 41-18, DJe de 28/3/2014).

Note-se, a propósito, que eventuais falhas – inclusive em relação às doações eleitorais – podem levar à rejeição das contas do candidato, se não for o caso de aprovação com ressalvas, mas, mesmo no caso em que as contas eleitorais são rejeitadas, tem-se reconhecido, sem maior dificuldade, que essa rejeição de contas não é, por si, suficiente para atrair as sanções previstas no art. 30-A da Lei das Eleições. Nesse sentido: RO nº 1746, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 20/5/2014; RO nº 7123-30, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 11/4/2014; RO nº 4443-44, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJe de 13/2/2012; ED-RO nº 1540, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 1º/9/2009.

A análise de tais precedentes, nos quais esteve presente a realização de doações ilegais, demonstra que a aplicação da alínea *p* a partir de uma interpretação meramente literal levaria ao contrassenso de se afastar a cassação do mandato conquistado pelo candidato que recebeu doações ilegais, em razão da ausência de infração relevante ao bem jurídico protegido pela Constituição, mas a partir do igual fato, repita-se, tido como irrelevante em relação ao donatário, poderia se chegar à suspensão da capacidade eleitoral passiva do doador pelo prazo de oito anos.

Diante desse paradoxo, vale lembrar Carlos Maximiliano (2010, p. 128): “as leis conformes no seu fim devem ter idêntica execução e não podem ser entendidas de modo que produzam decisões diferentes sobre o mesmo objeto”.

Realmente, ainda que se compreenda que a infração ao art. 30-A da Lei das Eleições configura a hipótese de inelegibilidade prevista na alínea *j*, a interpretação do fato jurídico em benefício do candidato não pode destoar em relação ao doador.

Em suma, é assente que a causa de inelegibilidade descrita na alínea *p* somente se caracteriza quando a condenação por doações ilegais revelar situação capaz de comprometer a normalidade e legitimidade do pleito ou envolver quantia significativa que reflita gravidade suficiente para ofender a normalidade e legitimidade de uma eleição. Pequenos deslizes, excessos de doação insignificantes, valores que não têm o condão de desequilibrar as chances dos candidatos, ainda que justifiquem a aplicação de multa, não têm o condão de gerar a inelegibilidade do responsável.

Esse entendimento tem sido adotado pelo TSE, em diversos julgados, dentre os quais o REspe nº 534-30 – cujo voto condutor serviu de base para esse artigo –, sendo igualmente válida a leitura, dentre outros, dos seguintes acórdãos: Agr-AI nº 36-63, Rel. Min. Admar Gonzaga, DJe de 18/8/2017; REspe nº 465-57, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 17/3/2017; REspe nº 124-68, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 20/3/2017; REspe nº 161-88, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, PSESS 14/12/2016; AgR-REspe nº 274-25-CE, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, PSESS de 20/10/2016; REspe nº 82-79-MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 17/11/2016; REspe nº 245-93, Rel. Min. Luciana Lóssio, PSESS 29/11/2016; AgR-REspe nº 430-17, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, PSESS de 29/11/2016.

A jurisprudência reiterada sobre a matéria indica que o entendimento consagrado nas últimas eleições deve prevalecer para o pleito de 2018, apesar da compreensível discussão explorada pela imprensa em antecipação de eventuais impugnações que podem surgir nas próximas eleições.

Ademais, por se tratar de jurisprudência sólida e firmada em diversos precedentes nas eleições

anteriores e também considerando que não houve modificação da legislação, a eventual alteração desse entendimento não se aplicaria ao próximo pleito, tendo em vista que o STF já decidiu, em julgamento que envolvia tema com repercussão geral, que

“mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica. Não só a Corte Constitucional, mas também o Tribunal que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral devem adotar tais cautelas por ocasião das chamadas viragens jurisprudenciais na interpretação dos preceitos constitucionais que

dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral. [...] é razoável concluir que a Constituição também alberga uma norma, ainda que implícita, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE. Assim, as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior [...]” (STF, RE nº 637485, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 21/5/2013). ■

Bibliografia

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

HESSE, Konrad. A Interpretação Constitucional, § 80. Tradução de Inocêncio Mártires Coelho. In: *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed.

Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. 15. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. São Paulo: Lumen Juris, 2003.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

A tutela preventiva como instrumento capaz de garantir o devido processo eleitoral.

Do caráter não absoluto da liberdade à informação ao controle do conteúdo das *fake news*.¹

Juliana Rodrigues Freitas

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Pará, com pesquisa realizada na Universidade de Pisa, na Itália, e na Universidade Diego Portales, em Santiago, Chile. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará. Pós-graduada em Direito do Estado pela Universidade Carlos III de Madri, Espanha. Advogada e professora da graduação e mestrado do Centro Universitário do Pará.

Luiz Fernando Casagrande Pereira

Doutor e mestre pela Universidade Federal do Paraná. Advogado.

Sumário

1. Introdução
2. A liberdade de informação e a sua indispensabilidade para o devido processo eleitoral
3. A responsabilidade política como responsabilidade coletiva: um olhar sob a perspectiva de Hannah Arendt
4. A tutela preventiva como mecanismo de proteção da disseminação das *fake news* e instrumento de garantia do devido processo eleitoral
5. Conclusão

Bibliografia

1 Introdução

Uma das preocupações que mais atormentam os debates e influenciam os estudos eleitorais atualmente perpassa pela disseminação das *fake news* e os efeitos causados pela potencialização da sua divulgação, nas mídias sociais.

1. Alguns trechos desse artigo foram retirados de outro artigo ainda não publicado: “A liberdade à informação do eleitor e o seu núcleo de questionamentos: por que? para que? por quem?” (FREITAS, Juliana Rodrigues; CARVALHO, Paulo Victor Azevedo).

Isso porque parece-nos inegável que a principal celeuma que a propaganda eleitoral enfrenta, e nessa toada, o período que a antecipa, é a de mensurar em que medida as notícias publicizadas nas redes sociais podem impactar, positiva ou negativamente, a sociedade e, assim, influenciar o resultado das eleições.

As liberdades de informação e de expressão não são absolutas e devem ser exercidas, acima de tudo, com responsabilidade.

Indiscutível que a liberdade à informação, diante do contexto da sua fundamentalidade em nível nacional e reconhecidamente um direito humano, é um dos pilares que erguem o Estado Democrático de Direito, sendo imprescindível para a efetivação da democracia no nosso país.

Do mesmo modo, também identificamos que as liberdades de informação e de expressão, que figuram numa relação de proximidade, cumplicidade e mesmo complementaridade, não são absolutas – como, aliás, nenhuma das liberdades o é – e devem ser exercidas, acima de tudo, com responsabilidade.

Diante de um contexto em que se preza pela garantia do devido processo eleitoral, marcado que deve ser pelo forte debate – e embate – na arena democrática, de modo a permitir que os cidadãos, partícipes do processo de escolha dos seus representantes, possam discutir, acompanhar, amadurecer e, assim, tornar-se conscientes politicamente, responsáveis pelas suas decisões, ações

e omissões, nada mais lúcido que, na era digital, as redes sociais também sirvam de palco para essa manifestação democrática.

E na arena democrática virtual, as redes trazem consigo a potencialização de todos os atos que, quando praticados nas relações reais ou pessoais, não geram os mesmos impactos, em razão da sua (bem) menor difusão.

E, então, sob a perspectiva do Direito Processual Eleitoral, admite-se a tutela preventiva como instrumento capaz de coibir, através do controle de conteúdo das *fake news*, as consequências avassaladoras e incontornáveis que uma notícia falsa pode gerar, fulminado, assim, a legitimidade material do processo democrático, porque influenciadora, em potencial, do (não) êxito do resultado logrado nas urnas.

2 A liberdade de informação e a sua indispensabilidade para o devido processo eleitoral

A informação² representa um dos principais pilares para a efetivação e consolidação da democracia, nos seus distintos níveis de manifestação: seja através da participação direta da sociedade na definição de políticas públicas que almeja serem implementadas para garantirem a satisfação das necessidades sociais, ou pela fiscalização da verba destinada às finalidades justificadoras do Estado; durante o processo de escolha dos representantes, como legítimos mandatários do poder do povo para administrar e legislar, precipuamente, na esfera política, no exercício indireto da democracia; ou, mesmo, quando numa atuação conjunta de sociedade e Estado, são realizadas consultas plebiscitárias ou referendárias e iniciados projetos de lei corroborando, uma vez mais, a consciência que todos devemos ter para que o nosso agir – e suas consequências – reflitam o que queremos, as nossas perspectivas e expectativas sobre a realidade que nos circunda, quaisquer que sejam os motivos.

2. Reconhecida inicialmente pela Organização das Nações Unidas, durante a primeira sessão realizada em 14 de dezembro de 1946 pela sua Assembleia Geral, ocasião em que foi adotada a Resolução nº 59(1), afirmando que: “A liberdade de informação constitui um direito humano fundamental e [...] a pedra de toque de todas as liberdades a que se dedica a ONU”.

Considerando que a informação é um dos instrumentos democráticos mais eficazes no combate à corrupção, inclusive, como mecanismo de consolidação da responsabilidade política, tão necessária para a efetivação de um Estado Democrático de Direito, é essencial que sejamos livres, não apenas para obtermos informações sob o domínio do Estado, mas, (muito) mais que isso, para que as nossas liberdades estejam (também) relacionadas ao fluxo de informações atinentes a um dado contexto sociopolítico.³

E, desde que não exista liberdade, não podemos sequer conceber um Estado Democrático de Direito, que requer, dentre outros aspectos, uma participação ativa e consciente da sociedade, seja na gestão, na fiscalização, como na escolha dos seus representantes, num movimento que deveria seguir as regras do jogo democrático (BOBBIO, 2000), considerando-se que:

a) o órgão político máximo, com função legislativa, e os órgãos da administração e de chefia de Estado devem ser compostos de membros eleitos direta ou indiretamente pelo povo;

b) participação indistinta de todos os cidadãos – independentemente da raça, gênero, religião... – atingida a maioria, na escolha dos seus representantes;

c) voto paritário;

d) liberdade de voto do eleitor, de acordo com suas próprias convicções formadas também livremente;

e) liberdade de escolha do eleitor, no sentido de serem apresentadas, durante o processo eleitoral, reais alternativas ou opções de candidatos capazes de representar o interesse da coletividade;

f) aplicação do princípio da maioria, sem desprezar não apenas a existência, como a participação, voz e voto da minoria, permitindo-lhe, ainda, a possibilidade de vir a tornar-se maioria.⁴

Diante desse contexto, a informação do eleitor é, sem dúvidas, um dos principais pilares que erguem a democracia, de modo a impulsionar a

atuação efetiva de todos na tomada de decisões que os afetam, mediata ou imediatamente.

E estimular a democratização das sociedades a partir, dentre outros valores, dessa liberdade de informação significa propulsionar um cenário político-participativo mais equilibrado (STIGLITZ, 2002), porque menos vulnerável e sujeito aos abusos que podem ser cometidos por quem usa da manipulação para subjugar aos seus mandos (e desmandos) os destinatários das (in)verdades ditas como informações necessárias para subsidiar posicionamentos, diminuindo, sem dúvidas, a margem da livre convicção, fator crucial para a concretização da democracia.

Faz-se imprescindível, então, para a democratização das sociedades que o eleitor, ao estar informado, possa assumir posições, promover ideias, decidir sobre o programa político ou candidato que melhor representam e defendem os valores de um dado contexto social e estão mais aptos a ge-

3. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1948, é considerada a declaração primordial dos direitos humanos internacionais. Em seu art. 19, que tem efeito vinculante e obriga todos os Estados como direito internacional consuetudinário, garante a liberdade de expressão e informação nos seguintes termos: “Todos têm o direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de expressar opiniões sem interferência e de buscar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e sem limitações de fronteiras”.

4. Interessante a leitura da obra de Cass Sustein, para quem a regra da maioria não pode ser concebida como uma simples mudança de *status quo*, visto que durante o processo de deliberação política deve ser observado um método de discussão, consulta e persuasão, durante o qual a minoria que não teve os seus interesses atendidos será ouvida e instigada, por meio da persuasão da maioria, a conciliar os seus objetivos com os que serão positivados, considerando que toda e qualquer modificação deve ser justificada como sendo o instrumento mais hábil para alcançar e satisfazer as necessidades sociais, finalidade para a qual o Estado foi (e é) concebido. Assim, para justificar a democracia, Sustein entende que todo processo político, cujo resultado depende da aprovação de uma maioria, deve ser marcado por um procedimento de deliberação, discussão, consulta e persuasão; portanto, para o autor, a minoria que não teve os seus interesses atendidos será persuadida a concordar com a medida priorizada durante determinado processo democrático, não simplesmente por entender que a decisão legislativa é a que melhor corresponde aos seus anseios, mas por ter consciência e estar convencida de que numa futura discussão ou debate poderá vir a tornar-se maioria durante a deliberação política (SUSTEIN, 2000, p. 133-137).

rir a coisa pública; portanto, escolher quem pode, em nome do povo, compor as esferas do poder.

A liberdade do eleitor não está adstrita, portanto, a (qualquer) informação. Simplesmente, porque consiste na liberdade à informação condizente com os atos e fatos relacionados àquilo que for essencial para a formação da sua livre e consciente convicção, perpassando, nessa toada, por todas as fases que constituem o devido processo eleitoral.

Um homem público detém uma expectativa de intimidade menor do que um cidadão comum.

Sob a perspectiva dos candidatos, titulares do direito fundamental político manifestado no exercício da capacidade de serem escolhidos como representantes do povo, situa-se o dever de informar os seus eleitores sobre o que realmente fizeram durante os mandatos eletivos para os quais foram escolhidos – se for o caso – bem como esclarecer quais as ações políticas que pretendem desenvolver durante a gestão que seguirá ao pleito eleitoral caso sejam eleitos pelo povo.

Parece-nos muito evidente que, para o eleitor, não importam, ou não deveriam importar, outras facetas do candidato, a não ser aquela concernente à sua atuação na seara política; isto é, considerando que todos exercemos distintos papéis na sociedade, o que toca à seara da privacidade do candidato deve ser resguardado, porque, ao lado da liberdade à informação do eleitor acerca do candidato, situa-se o direito à intimidade e à vida privada daquele que, além de candidato, é cidadão:

“As informações que circulam sobre nossa intimidade deveriam estar sob o nosso domínio, e, assim, para que seja caracterizado o seu caráter pessoal, deve-se observar: o papel da vontade; a definição do que seja ‘obtenção de informação’;

a compreensão do termo ‘uso de informação’; e a natureza ampla de informação ‘pessoal’” (SAMPAIO, 2014, p. 282).

A fronteira mais frequentemente aparente da intimidade se dá com a liberdade de imprensa e expressão ou, coletivamente, do direito à informação. Não há como se antecipar, de modo absoluto e candente, uma prevalência abstrata de um ou outro direito fundamental. Tudo depende da situação de conflito, a considerarem-se, por exemplo, o tipo de informação captada e publicada, o lugar da captação, o comportamento do titular do direito, o interesse público e a objetividade na divulgação da notícia. Um homem público detém uma expectativa de intimidade menor do que um cidadão comum, sendo legítimo revelar certos aspectos de sua intimidade que interfiram ou possam concretamente interferir em sua atividade ou profissão. Os eleitores podem ter um legítimo interesse na divulgação do estado de saúde do candidato a um cargo eletivo, se, por exemplo, vier a não permitir o seu livre exercício, caso eleito. Será, por igual, lícita a divulgação da vida opulenta que leva um servidor público, clara e comprovadamente incompatível com suas rendas, ou um líder de uma seita, financiada por fundos recolhidos em campanhas televisivas. Ilegítima será, no entanto, a afirmação, por um jornal ou *blog*, da homossexualidade de um político sem mais (SAMPAIO, 2014, p. 283).

De outra forma, todos nós temos uma projeção de alcance público e outra, particular, e quanto maior a nossa inserção na seara pública, menores os limites da nossa vida privada; quanto maior for o interesse público acerca da nossa pessoa, menor a esfera da nossa privacidade, que, a despeito disso, deve ser sempre preservada, porque, inclusive, reconhecida em nível constitucional (art. 5º, inciso X, Constituição Federal de 1988 – CF/1988).

Os partidos políticos, (ainda) fundamentais que são para a efetivação da democracia (nos ter-

mos do art. 14, § 3º, inciso V, da CF),⁵ não deveriam se valer do manto e da regulamentação das matérias *interna corporis*, para, então, definirem as suas políticas intrapartidárias ignorando os pilares democráticos, como os do pluralismo político, da igualdade e da liberdade.

Assim, desde a definição dos candidatos aptos a representá-los, perpassando pela distribuição, aos candidatos, do fundo partidário⁶ e do fundo especial de campanha, além dos tempos nas mídias para a veiculação da propaganda eleitoral, até a composição dos cargos do mais alto escalão das executivas; tudo, indistintamente, deveria ser devidamente informado à sociedade, independentemente de qualquer solicitação formalizada por parte dos cidadãos, baseando-se no mecanismo de transparência ativa e observando os axiomas democráticos. E, mais que isso: não apenas informar também os próprios filiados, que, na maioria das vezes, se situam à mercê de todos esses processos decisórios intrapartidários, como, inclusive, transferir o poder de decisão da cúpula partidária para a base constituída pelos filiados. Aí, então, poderíamos começar a conjecturar, de fato, a tão almejada democracia intrapartidária, essencial para a consolidação do nosso Estado Democrático de Direito.

Dentre as funções políticas do Estado, o dever de informar o eleitor, responsável direto pela composição da sua estrutura, decorre das suas atribuições previstas em nível constitucional, e configura princípio irretocável da Administração Pública, como se nos apresenta o *caput* do art. 37 da CF.

Mas, talvez, um dos principais e mais basilares dos aspectos que permeiam essa discussão esteja relacionado à educação: nossa sociedade não é educada para se informar e, a partir de então, formar a sua própria convicção acerca dos problemas que nos assolam, nossas prioridades e as demandas de ordem pública.

Da mesma forma, o eleitor (ainda) não tem educação política e, assim, atribui, inúmeras vezes, a um patamar de diminuta importância a sua

mais nobre função em uma coletividade, que é o poder para decidir quem serão os responsáveis para, em seu nome: gerir a coisa pública, criando e efetivando políticas; administrar o dinheiro público, destinado aos cofres do Estado, a peso de muito suor dos que mais são onerados com a alta tributação que se aplica no nosso sistema; e definir os rumos, os sonhos e as angústias, as decepções e os louros de uma sociedade durante o período de um mandato eletivo.

Essa educação política dos eleitores é essencial para que possamos construir uma sociedade de fato consciente da sua importância no devido processo eleitoral, e porque composta de quem propulsiona a democracia e protagonistas que são, em potencial, de toda e qualquer mudança que possa vir a ser realizada com o intuito de desconstituir um *status quo* que já, há muito, não satisfaz o mínimo necessário para garantir o respeito à

5. CF/1988: art. 14 - “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...] § 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei: [...] V - a filiação partidária”.

6. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.617 – Relatoria do ministro Edson Fachin. Decisão: “O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta para: i) declarar a inconstitucionalidade da expressão “três”, contida no art. 9º da Lei 13.165/2015, eliminando o limite temporal até agora fixado; ii) dar interpretação conforme à Constituição ao art. 9º da Lei 13.165/2015 de modo a (a) equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (hoje o do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/1997, isto é, ao menos 30% de cidadãs), ao mínimo de recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados, que deve ser interpretado como também de 30% do montante do Fundo alocado a cada partido, para as eleições majoritárias e proporcionais, e (b) fixar que, havendo percentual mais elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido destinados a campanhas lhe seja alocado na mesma proporção; iii) declarar a inconstitucionalidade, por arrastamento, do § 5º-A e do § 7º do art. 44 da Lei 9.096/1995. Vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes, por terem julgado parcialmente procedente a ação, e o Ministro Ricardo Lewandowski, por tê-la julgado procedente em maior extensão. Falaram: pela Procuradoria-Geral da República – PGR, o Dr. Luciano Mariz Maia, Vice-Procurador-Geral da República; pelo *amicus curiae* Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político – ABRADEP, a Dra. Polianna Pereira dos Santos; e, pelo *amicus curiae* Cidadania Estudo Pesquisa Informação e Ação – CEPIA, a Dra. Lígia Fabris Campos. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 15.3.2018. Ainda pendente de publicação”.

dignidade da vida dos seus mais nobres sujeitos: o povo brasileiro!

Sem educação, não há informação, porque a liberdade à informação, inclusive para saber que somos dela titulares, pressupõe que conheçamos minimamente a nossa realidade para que, a partir das informações obtidas, possamos influenciar direta e imediatamente nos rumos das decisões que nos alcançarão; e, desta feita, a educação potencializada pela informação, ao tempo em que diminui o poder de manipulação que tanto contamina as relações de poder, liberta o eleitor consciente, emancipando-o, em razão da sua educação, afastando-o da cegueira e da ignorância políticas, em razão da informação!

Sem educação, não há informação.

Com a base de educação política bem fomentada, pode-se, inclusive, evitar as fraudes, ainda tão comuns, como ocorre nas candidaturas fictí-

cias de mulheres,⁷ seja porque o eleitor precisa se informar sobre os candidatos apresentados pelos partidos políticos, como eles pensam e o que pretendem desenvolver, caso eleitos (e, assim, poderiam identificar que uma (ou várias) mulher(es) lançada(s) pelo partido político desconhece(m), inclusive, o fato de sua candidatura); seja porque a própria candidata, acaso conhecedora e ciente da candidatura fictícia, não se permitirá atuar de forma fraudulenta, com o fito de burlar a legislação e permitir, assim, a perpetuação da opressão do gênero feminino, também na política.

E, então, nesse caso, quando os partidos políticos e os próprios candidatos optam por fraudar a legislação, violando, também, a liberdade de informação do eleitor, ao lançar candidaturas fictícias, cabe à Justiça Eleitoral julgar firmemente e responsabilizar a todos, indistintamente, considerando que, como também atores do processo eleitoral, deveriam zelar pela sua lisura e retidão.

Depois da viragem jurisprudencial introduzida pelo Recurso Especial (REspe) nº 1-49/2015,⁸ que ampliou o cabimento da AIME para coibir frau-

7. O Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Piauí reconheceu, em sede de ação de investigação judicial eleitoral, que a constatação de fraude para o alcance da cota de gênero vicia toda a chapa: “RECURSOS. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES MUNICIPAIS 2016. PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. NÃO ACOLHIMENTO. MÉRITO. FRAUDE. ABUSO DO PODER POLÍTICO. BURLA AO INSTITUTO DAS COTAS DE GÊNERO. VIOLAÇÃO AO ART. 10, § 3º, LEI Nº. 9.504/97 E AO ART. 5º, I, DA CF/88. COMPROVAÇÃO. A CONSTATAÇÃO DE FRAUDE NA COTA DE GÊNERO MACULA TODA A CHAPA, PORQUANTO O VÍCIO ESTÁ NA ORIGEM. CASSAÇÃO DOS DIPLOMAS E REGISTROS DOS CANDIDATOS ELEITOS, SUPLENTE E NÃO ELEITOS, RESPECTIVAMENTE, OS QUAIS CONCORRERAM AO PLEITO PELAS CHAPAS PROPORCIONAIS CONTAMINADAS PELA FRAUDE. NULIDADE DOS VOTOS ATRIBUÍDOS AOS CITADOS CANDIDATOS, RECONTAGEM TOTAL DOS VOTOS E NOVO CÁLCULO DO QUOCIENTE ELEITORAL. INELEGIBILIDADE. SANÇÃO DE CARÁTER PERSONALÍSSIMA. ALCANÇA OS CANDIDATOS QUE DERAM CAUSA AO ILÍCITO. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. 1. Os fatos narrados na inicial não foram atribuídos aos Presidentes das Agremiações. Preliminar de ausência de litisconsórcio rejeitada. 2. Candidaturas registradas com único propósito de preencher o regramento do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/97. Manifesto desvio de finalidade, comprometendo →

→ a lisura, a normalidade e a legitimidade das eleições proporcionais, circunstâncias que se amoldam às condutas previstas no art. 22, incisos XIV e XVI, da Lei Complementar 64/90. 3. A existência de vício ou fraude na cota de gênero contamina toda a chapa, porquanto o vício está na origem, ou seja, o seu efeito é *ex tunc* e, assim, impede a disputa por todos os envolvidos. 4. Reconhecida a fraude, devem ser cassados os diplomas e registros dos candidatos eleitos, suplentes e não eleitos, respectivamente, declarando nulos os votos a eles atribuídos, com a imperiosa recontagem total dos votos e novo cálculo do quociente eleitoral. 5. Em não havendo prova da participação efetiva dos demais candidatos, e diante do caráter personalíssimo da inelegibilidade prevista no art. 22, XIV, LC 64/90, seu alcance restringe-se às candidatas fictícias, pois concorreram para efetivação da fraude às cotas de gênero, porquanto conscientemente disponibilizaram seus nomes para fins de registro de candidatura, sem a intenção de disputar o pleito eleitoral de 2016. 6. Não existindo comprovação da participação dos candidatos majoritários, deve ser mantida a sentença que julgou improcedente o pedido nessa parte. 7. Recursos parcialmente providos” (TRE-PI, AIJE nº 19392-Valença do Piauí-PI, Rel. Astrogildo Mendes de Assunção Filho, j. 12/9/2017, publ. DJE, Tomo 176, de 27/9/2017, p. 17-18). 8. “Conceito de fraude e propositura de AIME. O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, assentou que se enquadrava no conceito de fraude, para fins de cabimento da ação de impugnação de mandato eletivo (art. 14, § 10, da Constituição Federal), a violação do percentual de candidaturas exigido no § 3º, art. 10, →

de à lei, a Justiça Eleitoral reconheceu, no julgamento do REspe nº 243-42,⁹ do município José de Freitas-PI, que fraudes no cumprimento das quotas de gênero são modalidade de abuso do poder político, sindicáveis pela AIJE, afastando, assim, o entendimento segundo o qual, após o deferimento do registro, fatos ulteriores comprobatórios da fraude não poderiam provocar a atuação jurisdicional.

Nesse mesmo compasso e seguindo o mesmo fundamento de fraude à Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições), mais especificamente no seu art. 10, § 3º, que estabelece a exigência de candidaturas

→ da Lei nº 9.504/1997, que dispõe: § 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. Na hipótese, o juízo da 24ª Zona Eleitoral/PI extinguiu, sem resolução do mérito, ação de impugnação de mandato eletivo ajuizada em desfavor de candidatos eleitos ao cargo de vereador, no pleito de 2012, sob a acusação de suposta fraude eleitoral caracterizada pela adulteração de documento e falsificação de assinaturas para o preenchimento do percentual mínimo de candidaturas previsto em lei. Em concordância, o Tribunal Regional Eleitoral manteve a decisão de piso ao argumento de que o conceito de fraude, para os fins de cabimento da ação de impugnação de mandato eletivo (AIME), é restritivo, alcançando somente atos tendentes a afetar a vontade do eleitor. O Ministro Henrique Neves (relator) ressaltou inicialmente que o Tribunal de origem proferiu acórdão em consonância com o posicionamento até então adotado por esta Corte, no sentido de que a fraude que enseja a AIME diz respeito ao processo de votação, nela não se inserindo questões alusivas à inelegibilidade ou a outros vícios passíveis de atingir, de forma fraudulenta, o processo eleitoral. Entretanto, o relator salientou a necessidade de superar esse entendimento, passando-se a interpretar o termo fraude, estampado no art. 14, § 10, da Constituição Federal, de forma ampla, a englobar todas as situações de fraude – inclusive a de fraude à lei – que possam afetar a normalidade das eleições e a legitimidade do mandato obtido. Ressaltou ainda que a AIME deve ser admitida como instrumento processual para preservar a legitimidade e a normalidade das eleições contra toda sorte de abuso, corrupção ou fraude, não cabendo impor limitações ao texto constitucional que não estejam previstas na própria Constituição Federal. Prosseguiu afirmando que a norma constitucional supracitada deve ser considerada com as demais regras e princípios contidos na Lei Maior, de forma a permitir a harmonização das hipóteses de cabimento da AIME com os fins legítimos das eleições que reflitam a vontade popular, livres de influências ilegítimas, tal como consta do § 9º do art. 14 da Constituição Federal. Dessa forma, concluiu que, na espécie, a extinção da ação de impugnação de mandato sem julgamento de mérito, ao fundamento de que a suposta violação do percentual mínimo de candidaturas não se enquadraria no conceito de fraude, deve ser reformada, possibilitando o devido prosseguimento da ação proposta. O Tribunal, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, →

de gênero acompanhando o percentual de 70% e 30%, o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo cassou, no Recurso Eleitoral nº 370-54/2016,¹⁰ o diploma de três vereadores eleitos em 2016, na cidade de Santa Rosa de Viterbo, e o registro de todos os 22 candidatos de uma coligação composta pelo Partido da Solidariedade (SD), pelo Partido da Mobilização Nacional (PMN) e pelo Partido Republicano da Ordem Social (Pros).

Portanto, contraria os termos constitucionais reduzir a liberdade do eleitor a toda e qualquer informação, considerando que todos os atores, que

→ determinando o retorno dos autos ao TRE do Piauí para, afastando o argumento de inviabilidade da via eleita, permitir que a ação de impugnação de mandato eletivo siga seu curso normal e legal, nos termos do voto do relator” (Recurso Especial Eleitoral nº 149-José Freitas-PI, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, j. 4/8/2015).

9. “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. FRAUDE. PERCENTUAIS DE GÊNERO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. 1. Não houve ofensa ao art. 275 do Código Eleitoral, pois o Tribunal de origem entendeu incabível o exame da fraude em sede de ação de investigação judicial eleitoral e, portanto, não estava obrigado a avançar no exame do mérito da causa. 2. ‘É pacífico o entendimento jurisprudencial desta Corte no sentido de que o partido político não detém a condição de litisconsorte passivo necessário nos processos nos quais esteja em jogo a perda de diploma ou de mandato pela prática de ilícito eleitoral’ (AgR-AI nº 1307-34, rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJE de 25.4.2011). 3. Para modificar a conclusão da Corte de origem e assentar a existência de oferta de benesse condicionada ao voto ou de ato abusivo com repercussão econômica, seria necessário o reexame do conjunto probatório dos autos, providência inviável em sede de recurso especial (Súmulas 7 do STJ e 279 do STF). 4. É possível verificar, por meio da ação de investigação judicial eleitoral, se o partido político efetivamente respeita a normalidade das eleições prevista no ordenamento jurídico – tanto no momento do registro como no curso das campanhas eleitorais, no que tange à efetiva observância da regra prevista no art. 10, § 3º, da Lei das Eleições – ou se há o lançamento de candidaturas apenas para que se preencha, em fraude à lei, o número mínimo de vagas previsto para cada gênero, sem o efetivo desenvolvimento das candidaturas. 5. Ainda que os partidos políticos possuam autonomia para escolher seus candidatos e estabelecer quais candidaturas merecem maior apoio ou destaque na propaganda eleitoral, é necessário que sejam assegurados, nos termos da lei e dos critérios definidos pelos partidos políticos, os recursos financeiros e meios para que as candidaturas de cada gênero sejam efetivas e não traduzam mero estado de aparências. Recurso especial parcialmente provido” (TSE, REspe nº 24342-José de Freitas-PI, Rel. Henrique Neves da Silva, j. 16/8/2016, publ. DJE, Tomo 196, de 11/10/2016, p. 65-66).

10. “RECURSO ELEITORAL. ELEIÇÕES 2016. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ABUSO DO PODER DE AUTORIDADE E FRAUDE ELEITORAL. SENTENÇA →

estão envolvidos nesse processo político, possuem também responsabilidade coletiva.

3 A responsabilidade política como responsabilidade coletiva: um olhar sob a perspectiva de Hannah Arendt

O discurso de pseudoautoisenção daqueles que gritam aos quatro cantos não terem culpa pela ausência de políticas definidas e executadas pelo Estado, exatamente porque não depositaram o seu voto no gestor com mandato vigente, não os imuniza de todos os malefícios decorrentes de uma má administração pública, assim como não os impede de serem alcançados por uma gestão eficiente; justamente porque, em uma democracia, todos, indistintamente, são destinatários e responsáveis pelas escolhas e decisões ditadas em nome do poder soberano.

A responsabilidade política, que é uma responsabilidade coletiva, deve ser entendida como um caso especial de responsabilidade vicária, de acordo com a qual tornamo-nos responsáveis por escolhas que não fazemos, mas que realizadas em

nosso nome; e o mesmo já não se pode afirmar em relação à culpa, porque não existe culpa vicária, considerando-se que ninguém se sente culpado pelo acontecimento de coisas sem que tenha dele participado (ARENDT, 2004, p. 213).

Precisamos ter a exata compreensão e percepção dos pilares sobre os quais se assenta uma sociedade democrática.

“[...] duas condições têm de estar presentes para a responsabilidade coletiva: devo ser considerado responsável por algo que não fiz, e a razão para a minha responsabilidade deve ser o fato de eu pertencer a um grupo (um coletivo), o que nenhum ato voluntário meu pode dissolver, isto é, o meu pertencer ao grupo é completamente diferente de uma parceria de negócios que posso dissolver quando quiser” (ARENDT, 2004, p. 216).

E porque essa responsabilidade política é genuinamente uma responsabilidade coletiva, ela

→ DE IMPROCEDÊNCIA. COTAS DE GÊNERO. ART. 10, § 3º, DA LEI Nº 9.504/97. - QUESTÕES INICIAIS DE ORDEM PÚBLICA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 'PODEM SER APURADOS INCLUSIVE EM SEDE DE AIJE, COM FUNDAMENTO EM EVENTUAL ABUSO DO PODER POLÍTICO POR PARTE DO PARTIDO/COLIGAÇÃO E DE SEUS REPRESENTANTES, QUE SUPOSTAMENTE FORJARAM CANDIDATURAS FEMININAS, E ATÉ MESMO COM FUNDAMENTO NA CONFIGURAÇÃO DE FRAUDE À LEI, EM PRIMAZIA DO PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DE JURISDIÇÃO, (.), A FIM DE SE GARANTIR A LISURA DO PLEITO' (TSE - RESP ELEITORAL Nº 24342, REL. MIN. HENRIQUE NEVES DA SILVA, DJE - 11/10/2016, VOTO-VISTA DA MIN. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO). IMPOSSIBILIDADE DE COLIGAÇÃO PARTIDÁRIA FIGURAR NO POLO PASSIVO. - MÉRITO. CANDIDATURAS FICTÍCIAS. ATINGIMENTO DE COTA PARA O SEXO FEMININO APENAS COM O FIM DE SE ELEGEREM MAIS CANDIDATOS. CUMPRIMENTO DE MERA FORMALIDADE. ATO DESPROVIDO DE CONTEÚDO VALORATIVO E SEM INCENTIVO À PARTICIPAÇÃO FEMININA NA POLÍTICA. A APRESENTAÇÃO DE MERO ESPECTRO DAS CANDIDATURAS FEMININAS AQUI QUESTIONADAS CONFIGURA FRAUDE AO DISPOSITIVO EM COMENTO E CONSEQUENTE ABUSO DO PODER →

→ COM A GRAVIDADE NECESSÁRIA A MACULAR A LISURA DO PLEITO DE 2016. JUSTIFICATIVAS PARA A AUSÊNCIA DE QUALQUER ATO DE CAMPANHA EVIDENTEMENTE CONTRÁRIAS AOS FATOS AUERIDOS E COMPROVADOS NOS PRESENTES AUTOS. FRAUDE ELEITORAL CONFIGURADA. APLICAÇÃO DA SANÇÃO DE INELEGIBILIDADE DO ART. 22, XIV, DA L.C. Nº 64/90, TÃO SOMENTE QUANTO AOS RESPONSÁVEIS PELA CONDUTA. PENA DE CASSAÇÃO A TODOS AQUELES QUE FORAM DIRETAMENTE BENEFICIADOS PELO ATO ILEGAL, JÁ QUE POSSIBILITOU O DEFERIMENTO DO REGISTRO DO DEMONSTRATIVO DE REGULARIDADE DE ATOS PARTIDÁRIOS - DRAP DA COLIGAÇÃO 'SD, PMN, PROS' E, CONSEQUENTEMENTE, VIABILIZOU SUAS CANDIDATURAS AO PLEITO PROPORCIONAL DE 2016 E AS RESPECTIVAS ELEIÇÕES, AINDA QUE COMO SUPLENTE. SENTENÇA REFORMADA. DE OFÍCIO, EXTINÇÃO DO FEITO, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO, QUANTO À COLIGAÇÃO RECORRIDA, NOS TERMOS DO ART. 485, INCISO VI, DO CPC. NO MÉRITO, RECURSO PROVIDO, PARA JULGAR PROCEDENTE A AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL” (TRE-SP, RE nº 37054-Santa Rosa de Viterbo-SP, Rel. Claudia Lúcia Fonseca Fanucchi, j. 1º/8/2017, publ. DJESP de 8/8/2017).

não mais existirá desde que abandonemos o núcleo social onde vivemos, deixando para trás nossa comunidade; e como somos seres que vivemos em comunidades, por natureza, esse “abandono de responsabilidade” implicaria trocar uma comunidade por outra, portanto, uma responsabilidade por outra (ARENDT, 2004, p. 217).

“[...] nenhum padrão moral, individual e pessoal de conduta será capaz de nos escusar da responsabilidade coletiva. Essa responsabilidade vicária por coisas que não fizemos, esse assumir as consequências por atos de que somos inteiramente inocentes, é o preço que pagamos pelo fato de levarmos a nossa vida não conosco mesmos, mas entre nossos semelhantes, e de que a faculdade de ação, que, afinal, é a faculdade política *par excellence*, só pode ser tornada real numa das muitas e múltiplas formas de comunidade humana” (ARENDT, 2004, p. 225).

E exatamente porque recai sobre nós essa responsabilidade vicária, precisamos ter a exata compreensão e percepção dos pilares sobre os quais se assenta uma sociedade democrática, para que nossas ações sigam no fluxo da sua consolidação e efetivação, sendo a informação um dos principais alicerces dessa sociedade democrática, oxigenando-a e mantendo vivo um ideal de governo de todos, para todos.

É importante estabelecermos, então, que a consciência coletiva é fundamental para demarcar a responsabilidade política dos cidadãos, cuja liberdade de escolha dos candidatos capazes de representá-los e controle da gestão pública estão direta e imediatamente relacionados à informação que é obtida acerca dos mesmos; portanto, essa responsabilidade vicária alcança, inclusive, os que têm o dever de informar, ao (não) garantir, assim, o livre fluxo de informações.

No que toca ao papel das mídias, no Relatório do Desenvolvimento Humano de 2002 – Aprofundar a Democracia em um Mundo Fragmentado, elaborado pelo Programa das Nações Unidas para

o Desenvolvimento (PNUD),¹¹ considerou-se que é possível que nenhuma reforma seja tão significativa para fazer as instituições democráticas funcionarem quanto a reforma das mídias: a construção de meios de comunicação diversos e plurais, livres e independentes, que alcancem acesso e divulgação em massa, e que apresentem informações precisas e imparciais.

Meios de comunicação livres e independentes são, sem margem para dúvidas, um pilar crucial da democracia, tanto que, em muitos países, novas liberdades de imprensa e tecnologias permitem aos meios de comunicação contribuírem mais para a política democrática, abrindo debates públicos e denunciando a corrupção e os abusos; mesmo que, a despeito disso, ao redor do mundo, ainda haja restrições às liberdades cívicas básicas – como os direitos de livre expressão, de reunião e de informação...

Responsabilidade mútua, considerando que, se de um lado temos a necessária transparência na gestão dos bens e interesses públicos; de outro, o compromisso do cidadão não apenas de acompanhar e fiscalizar todo o funcionamento da Administração Pública, bem como reivindicar que a sua opinião, ideia ou decisão sejam norteadoras para a composição dos espaços de poder, ainda que os não eletivos, e definidoras das tomadas de decisões.

E nesse contexto de informação, mídia e internet se apresenta a democracia virtual, impulsionada pela aceleração de conhecimento e divulgação de informação, e assentada sobre o que consideramos serem os seus quatro pilares:

- a educação digital relacionada à nossa consciência e conhecimento necessários sobre o que podemos/devemos socializar, como fazê-lo, quando e para quem;
- o agir com responsabilidade e ética, considerando que o computador ou qualquer outro ins-

11. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-20002.html>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

trumento tecnológico não se responsabiliza pelos atos praticados por seus operadores; não servindo, assim, de um mecanismo de blindagem de culpa ou filtro de honestidade;

- a desburocratização das informações, visto que a agilidade e a celeridade da internet permitem um mais rápido e fácil alcance daquilo que deve se tornar de conhecimento público;

- e, por fim, as novas demandas da era digital, também relacionadas às questões concernentes à informação, que não podem ser sanadas analogicamente, e, para tanto, precisamos **mudar o algoritmo do nosso pensar para buscarmos e identificarmos soluções “digitais” para os problemas que nos são apresentados pelo cenário virtual.**

E a necessidade premente de observarmos esses elementos se justifica em razão da lisura e retidão que devem ser atribuídas ao processo eleitoral, de modo que os candidatos eleitos representem de fato, e não apenas virtualmente, o querer de uma maioria consciente e não simplesmente influenciada por *fake news* ou absorvida e enternecida pela potencializada disseminação de notícias por robôs.

E se sim, as redes compõem um núcleo fulcral para a disseminação da informação e, portanto, um elemento ímpar para a consolidação e efetivação da liberdade à informação do eleitor, também apresentam alguns efeitos colaterais, por nós considerados o anverso da democracia virtual, esta que se assenta no pluralismo político, na igualdade e na liberdade.

Assim, a formação das “bolhas ideológicas” ou “virtuais” cria um sentimento comum de que verdades absolutas existem, fulminando de morte a tolerância à diversidade de pensar que erige o pluralismo político ao *status* de princípio constitucional (art. 1º, inciso V, CF/1988); bem como o excesso de restrição da propaganda eleitoral nas redes se contrapõe à imprescindível liberdade que deve permeiar todo o processo eleitoral, e o emprego maciço de esforços para disseminar as *fake news* pende a balança da igualdade, porque o impacto gerado pelas inverdades, inclusive (ou principalmente) quando

não explicitadas, é sempre muito maior e avassalador do que o alcançado pelas *true news*.

De fato, a manipulação precisa ser sedutora, porque quanto mais sedutora, melhor acobertará o tanto que se pretende ocultar... e muito mais sedutora uma mentira mascarada do que uma verdade escancarada!

As redes compõem um elemento ímpar para a consolidação da liberdade à informação do eleitor.

Aliás, para além daquilo que é objetivamente (com)provado, o que pode ser considerado verdade ou mentira se relativiza muito em função da carga valorativa, enraizada e influenciada pelo subjetivismo de cada um de nós.

Ocorre que não apenas durante o processo eleitoral, mas em todas as relações humanas, e no exercício das nossas liberdades, as inverdades – ou *fake news* – compõem a própria essência do ser humano, que é falho, por natureza; e, nesse contexto de imperfeição, mente ou simplesmente transmutada, de acordo com a sua perspectiva sociocognitiva, ou seus interesses, os elementos que integram uma situação concreta.

Importante nesse ponto é identificarmos, com responsabilidade, os impactos gerados em razão do que está sendo por nós divulgado, e, por outro lado, ao receptor da informação, cabe crivar, com parcimônia, todos os códigos que lhe foram emitidos.

4 A tutela preventiva como mecanismo de proteção da disseminação das *fake news* e instrumento de garantia do devido processo eleitoral

A certeza de que as *fake news* são utilizadas, inclusive (ou principalmente) durante o processo

eleitoral, não pode, sob nenhuma perspectiva, limitar a manifestação da liberdade, ainda que saibamos que, nas mídias sociais, a potencialização da disseminação de notícias por robôs pode ser tão devastadora a ponto de influenciar positiva ou negativamente o resultado das eleições, dependendo da carga subjetivo-valorativa que lhes for atribuída.

E mesmo durante o período de processo eleitoral, quando não será considerada propaganda antecipada a livre manifestação político-ideológica do pré-candidato, desde que não se faça pedido explícito de voto (art. 3º, Resolução nº 23.551-TSE e art. 36-A, Lei 9.504/1997),¹² devemos sim considerar o uso irrestrito, porém consciente, das mídias sociais para a promoção da imagem e do posicionamento daquele que pretende lançar-se a um cargo eletivo, principalmente, diante de um contexto em que a propaganda eleitoral é realizada num exíguo período que gira em torno de 45 dias, de acordo com a previsão do art. 36 da Lei nº 9.504/1997, que a permite, tão somente, a partir de 16 de agosto do ano eleitoral (art. 2º da Resolução nº 23.551-TSE).

Não podemos atribuir censura prévia, vedada que é constitucionalmente – mais precisamente no art. 5º, inciso IX, do texto constitucional federal –, às postagens ou manifestações da liberdade de informação e de expressão, em razão do receio pelo mau uso das mídias sociais ou pelo efeito potencializado atribuído à divulgação de eventuais *fake news*.

De outra forma, porém, a despeito da vedação constitucional a toda e qualquer manifestação que caracterize censura, nada obsta a concessão de tutela preventiva e específica para vedar a veiculação de *fake news* (ou de qualquer outro conteúdo ilícito). Isso não é censura prévia. Não se pode censurar previamente antes de se conhecer o conteúdo a ser veiculado. Agora, flagrada a existência de *fake news* (conteúdo conhecido), a tutela jurisdicional recomendada é a preventiva. Com facilidade na hipótese de repetição de conteúdo ilícito (MARINONI, 1995, p. 110-111).

A tutela ressarcitória na forma específica (direito de resposta, art. 58 da Lei Eleitoral) sempre ocupou preferência no ambiente da tutela jurisdicional eleitoral e no controle de conteúdo.¹³ A preferência pelo direito de resposta decorre de interpretação obtusa do que seja a vedação à censura prévia. É importante superar este falso óbice à efetividade. O Direito Eleitoral não prescinde da tutela preventiva, fundamentalmente porque não se ajusta à tutela ressarcitória.

Não é desnecessário lembrar que não há ressarcimento pelo equivalente no Direito Eleitoral (= indenização). Ou é tutela preventiva ou é ressarcimento na forma específica (direito de resposta). É natural

12. Resolução nº 23.551-TSE, que dispõe sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral nas eleições de 2018.

“Art. 3º - Não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito de voto, a menção à pretensão candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos e os seguintes atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet (Lei nº 9.504/1997, art. 36-A, *caput*, incisos I a VII e parágrafos): I - a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico; II - a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, da discussão de políticas públicas, dos planos de governo ou das alianças partidárias visando às eleições, podendo tais atividades ser divulgadas pelos instrumentos de comunicação intrapartidária; III - a realização de prévias partidárias e a respectiva distribuição de material informativo, a divulgação dos nomes dos filiados que participarão da disputa e a realização de debates entre os pré-candidatos; IV - a divulgação de atos de parlamentares e de debates legislativos, desde que não se faça pedido de votos; V - a divulgação de posicionamento pessoal sobre questões políticas, inclusive em redes sociais, blogues, sítios eletrônicos pessoais e aplicativos (*apps*); VI - a realização, a expensas de partido político, de reuniões de iniciativa da sociedade civil, de veículo ou meio de comunicação ou do próprio partido político, em qualquer localidade, para divulgar ideias, objetivos e propostas partidárias; VII - campanha de arrecadação prévia de recursos na modalidade prevista no inciso IV do § 4º do art. 23 da Lei nº 9.504/1997. § 1º - É vedada a transmissão ao vivo por emissoras de rádio e de televisão das prévias partidárias, sem prejuízo da cobertura dos meios de comunicação social (Lei nº 9.504/1997, art. 36-A, § 1º). § 2º - Nas hipóteses dos incisos I a VI do *caput*, são permitidos o pedido de apoio político e a divulgação da pré-candidatura, das ações políticas desenvolvidas e das que se pretende desenvolver (Lei nº 9.504/1997, art. 36-A, § 2º).

13. Sobre o tema da tutela preventiva e específica no Direito Eleitoral, conferir SILVA, 2010.

a prevalência da tutela preventiva, considerando-se a sua natureza *estrarisarcitoria* e o fato de o dano no Direito Eleitoral ser “insuscetível de medir-se com o metro da pecúnia” (BARBOSA MOREIRA, 1980, p. 24).

O art. 497 do novo CPC consagrou expressamente a tutela inibitória. Uma tutela exclusivamente contra o ilícito.

Com a exclusão do ressarcimento pelo equivalente, no Direito Eleitoral a tutela reparatória (**pós-ilícito**) é uma “magra consolazione” (RICOLFI, s.d., p. 166). A reparação é orientada ao passado, no sentido de eliminar o efeito danoso já produzido, a inibitória tem uma função eminentemente preventiva, orientada ao futuro, isto é, a evitar futura ou nova violação; ou, em outros termos, a fazer cessar o ilícito ou prevenir a ocorrência.

O art. 497 do novo Código de Processo Civil (CPC) consagrou expressamente a tutela inibitória (antes deferida com fundamento no art. 461 do CPC/1973). Uma tutela exclusivamente contra o ilícito. Se for possível identificar o risco de veiculação de conteúdo ilícito, sem representar censura prévia (o que só existe na vedação a conteúdo ainda não identificado), a tutela jurisdicional elei-

toral entra em cena para evitar o próprio ilícito e sua consequência eventual: o dano eleitoral; a repercussão indevida no processo eleitoral.

Como a tutela inibitória não tem relação com o dano (e, portanto, também não com o elemento subjetivo),¹⁴ há redução do campo da cognição, expurgando-se do processo tudo o que for estranho à aferição do ilícito ou perigo de ilícito. Impõe-se, por isso, a sumarização da tutela preventiva no Direito Eleitoral, pois dano e, consequentemente, culpa não lhe dizem respeito. Isso é fundamental em uma área do Direito tão orientada pela celeridade. E a cognição, reconhece-se em boa doutrina, também “é instrumento técnico de adequação do processo ao direito material” (MACHADO, 1998, p. 84).

Essa limitação do campo cognitivo se dá no plano horizontal, no âmbito do material submetido à cognição (WATANABE, 1987, p. 89 e ss.).¹⁵ A cognição continua exauriente, mas restringe o objeto em atenção às demandas do direito substancial. Importante reiterar que esta limitação de cognição tem aplicação prática importante na coibição célere de conteúdo ilícito no contencioso eleitoral.¹⁶ Especialmente porque no Direito Eleitoral vale a “tutela da imediatividade” (RAMAYANA, 2008, p. 38). E vale porque “na seara eleitoral a urgência é maior” (PELEJA JÚNIOR; BATISTA, 2010, p. 43).

É claro que a tutela inibitória em controle de conteúdo não prescinde de uma tutela provisória (de urgência ou de evidência). Basta que se demonstre a ameaça da divulgação (ou repetição de divulgação) (RAPISARDA; TARUFFO, 1991, p. 7; SPADONI, 2002, p. 56). É a *injunction quia timet* da *common law* (GROSSEN, 1959, p. 430).

Há que possa dizer que é excessivamente arriscado vedar conteúdo de propaganda eleitoral em cognição sumária. É um receio desprovido de fundamento. O juízo sumário não é superficial, como pensam muitos, mas sim “exame atento e consequente [...] em face de um material probatório ainda incompleto”. É por isso que a expressão

14. “Art. 497 - Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único - Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.”

15. Há quem fale, para a hipótese, em limitação espacial da cognição (DIAS, 2003, p. 90).

16. Marinoni, depois de fixar o campo próprio da inibitória, exclusivamente voltada contra o ilícito, concluiu: “Estas considerações não são apenas relevantes para o delineamento dogmático da tutela inibitória, mas também para sua efetiva e adequada aplicação prática” (MARINONI, 2012, p. 38).

cognição superficial não pode autorizar “decisão irrefletida”.¹⁷ E mais. Também ao contrário do que pensam muitos, “o risco de erro judiciário derivado de cognição exauriente com aquele resultante de cognição menos profunda” é **aproximado, quando não equivalente** (BODART, 2014, p. 89). O juiz eleitoral tem a obrigação de sindicar a licitude do conteúdo e considerar a possibilidade de uma tutela inibitória provisória.

Com o novo CPC, esta construção ganha o aporte da **tutela de evidência**. Agora, sempre que houver uma **defesa inconsistente**, o art. 311 do novo CPC oferece **uma regra** aberta que autoriza a concessão de antecipação de tutela independentemente de urgência (MITIDIERO, 2015, p. 796). O inciso IV do art. 311 prevê a tutela de evidência para os casos de a petição inicial estar instruída “com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”. Este caso também indica, em verdade, julgamento antecipado da lide.

Certo é que o controle de conteúdo, desde que não seja censura prévia – porque não cabe realizá-la –, se resolve no Direito Eleitoral em tutela preventiva, mais especificamente em tutela provisória em inibitória.

5 Conclusão

A massificação e a robotização da divulgação das informações nas redes virtuais, sem dúvida alguma, causam uma série de impactos nas relações, das mais variadas espécies, e, como não poderia deixar de ser, também nas relações políticas.

Considerando que num Estado Democrático de Direito não se pode admitir controle prévio do conteúdo que se pretende externalizar como consequência da manifestação das liberdades de expressão e de pensamento, ambas de caráter fundamental, e reconhecendo que o ser humano age imbuído pelas suas paixões e interesses, inegável que, na arena democrática virtual, o debate polí-

tico pode tornar-se mais acirrado, inclusive, pela proliferação das *fakes news* e a sua interferência no resultado do processo eleitoral.

Como a responsabilidade política que deve impulsionar cada um dos atores desse período de vibrante manifestação democrática é um elemento imprescindível, porém, extremamente subjetivo, que deve ser construído muito mais a partir da consciência político-cidadã do que por qualquer outro meio, não se pode permitir que aqueles que forem alcançados pela divulgação de uma *fake news*, também durante o processo eleitoral, tornem-se reféns e fiquem à mercê da ausência de normas elaboradas **num algoritmo ajustado à velocidade da era digital**.

A finalidade do Direito é a de atribuir justiça às relações sociais, independentemente se estabelecidas no plano real ou virtual, e nada mais injusto do que permitir que um candidato permaneça destinatário de uma série de inverdades, capazes de influenciar no resultado da sua manifestação e projeção política, repercutindo, desta feita, no exercício dos direitos políticos.

Assim sendo, definindo os próprios limites para a atuação jurisdicional, não cabe nem à norma nem ao julgador censurarem, previamente, a manifestação de um cidadão, mas lhes cabe coibir o conteúdo atentatório das liberdades, principalmente, quando direcionadas à efetivação da democracia no nosso país, como as liberdades políticas, e, diante também dessa realidade virtual, está a tutela preventiva como instrumento processual apto a garantir o livre exercício dos direitos políticos, seja pelo eleitor, que deve se informar sobre os candidatos que pretendem lançar-se a um cargo eletivo, seja por quem, no exercício da capacidade eleitoral passiva, pretende conquistar a confiança política, a empatia e o voto de um número suficiente de eleitores que lhe permita a eleição. ■

17. Como se apanha da percutiente análise de Flach (2009, p. 82) sobre o tema.

Bibliografia

- ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva. In: _____. *Temas de Direito Processual*, Segunda Série. São Paulo: Saraiva, 1980.
- BOBBIO, Norberto. Verbete “Democracia”. In: _____. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário da Política*. 5. ed. Tradução de João Ferreira (Coord.). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. 2 v.
- BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de Evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- DIAS, Jean Carlos. *Tutelas de urgência: princípio sistemático da fungibilidade*. Curitiba: Juruá, 2003.
- FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- GROSSEN, Jaques Michel. L'azione in prevenzione al di fuori dei giudizi immobiliari. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, 1959.
- MACHADO, Antonio Claudio da Costa. *Tutela antecipada*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Observações sobre a Tutela Antecipatória. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais, n. 79, 1995.
- _____. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MITIDIERO, Daniel. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso; BATISTA, Fabrício Napoleão Teixeira. *Direito Eleitoral, Aspectos Processuais*. Curitiba: Juruá, 2010.
- RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- RAPISARDA, Cristina; TARUFFO, Michele. Inibitoria (azione). In: *Enciclopedia Giuridica Treccani*. v. 17. 1991.
- RICOLFI, Marco. *I segni distintivi – Diritto interno e comunitario*. Torino: G. Giappichelli, [s.d.].
- SAMPAIO, José Adércio Leite. Dos direitos e deveres individuais e coletivos. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SILVA, Fernando Matheus. A Tutela Específica no Direito Eleitoral. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*, v. 2, n. 3, jul./dez. 2010.
- SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória: a ação preventiva prevista no artigo 461 do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- STIGLITZ, J. Transparency in Government. In: WORLD BANK INSTITUTE. *The Right To Tell: the role of the mass media in economic development*. Washington, D.C.: World Bank Publications, 2002.
- SUSTEIN, Cass. *The Partial Constitution*. Cambridge, Massachussetts; Londres: Harvard University Press, 2000.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

Rregistro de candidatura.

O conflito entre o encurtamento dos prazos e a substituição de candidatos.

Luis Gustavo Motta Severo da Silva

Mestre em Direito Constitucional. Especialista em Direito Eleitoral. Editor da *Revista Brasileira de Direito Eleitoral*. Secretário-geral do Instituto Brasileiro de Direito Eleitoral (Ibrade). Membro da Comissão Especial de Direito Eleitoral do Conselho Federal da OAB. Professor da Escola Superior de Advocacia da OAB e do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Advogado em Brasília.

O art. 13, § 3º, da Lei Eleitoral, com redação dada pela Lei nº 12.891/2013, dispõe que, nas eleições majoritárias ou proporcionais, a substituição de candidato que for considerado inelegível, renunciar ou falecer após o termo final do prazo do registro ou, ainda, tiver seu registro indeferido ou cancelado

“só se efetivará se o novo pedido for apresentado até 20 (vinte) dias antes do pleito, exceto em caso de falecimento de candidato, quando a substituição poderá ser efetivada após esse prazo”.

O dispositivo é relevante, pois visa coibir fraudes e abusos, primando pelo respeito efetivo ao princípio constitucional do voto direto. Com ele, assegura-se ao eleitorado clareza quanto aos candidatos que efetivamente concorrem e podem ser votados, impedindo uma prática que se tornou comum no Brasil nos últimos tempos: votava-se em um candidato que fez propaganda eleitoral ao longo de toda a campanha e cujo nome e foto constavam da urna eletrônica, mas elegia-se uma terceira pessoa, indicada como substituta às vésperas do pleito, totalmente à revelia do conhecimento do eleitor.

No pleito de 2012, por exemplo, primeiro realizado sob a égide da nova Lei de Inelegibilidades, observou-se um excessivo número de candidaturas *sub judice* às vésperas da eleição. E disto, na-

turalmente, resultou um grande número de substituições nos dias que antecederam a votação sem que o eleitor tivesse sido claramente informado acerca da troca do postulante.

Ocorre que, enquanto a Lei Eleitoral estabelecia o dia 5 de julho como data final para a formalização dos registros de candidatura, não se vislumbravam maiores dificuldades na aplicação da regra em comento, pois havia tempo razoável – mais de três meses – para o julgamento dos pedidos de registro de candidatura pelas instâncias ordinárias, de modo que a opção pela substituição ou não de candidatos com o registro *sub judice* se dava com maior grau de certeza e após, ao menos, duas manifestações do Poder Judiciário Eleitoral.

A Lei Eleitoral estabelecia o dia 5 de julho como data final para a formalização dos registros de candidatura.

Todavia, com a nova redação do art. 11 da Lei nº 9.504/1997 (introduzido pela Lei nº 13.165/2015), a partir das eleições de 2016 os partidos e coligações passaram a ter até o dia 15 de agosto do ano eleitoral para formalizar os registros das candidaturas. Ou seja, reduziu-se pela metade o prazo para o registro de candidatura, mantendo-se, nos mesmos termos, a exigência de substituição de candidatos até 20 dias antes do pleito.

Além disso, o art. 16, § 1º, da Lei Eleitoral (também introduzido pela Lei nº 13.165/2015) estabelece que, até 20 dias antes das eleições – ou seja, no mesmo prazo final para a substituição de candidatos –, todos os processos de registro de candidatura, inclusive os dos candidatos impugnados e os respectivos recursos, deverão estar julgados pelas instâncias ordinárias.

Na prática, tem-se que, após os registros de candidaturas serem protocolizados no dia 15

de agosto, as instâncias ordinárias da Justiça Eleitoral terão apenas 28 dias para julgar os processos de registro, impugnados ou não. E mais, atendido ou não esse prazo, também em 28 dias os partidos e coligações terão que decidir se substituem ou não os candidatos que eventualmente estejam com seu registro indeferido ou ainda não julgado pelas instâncias ordinárias.

A dinâmica razoável de tramitação de uma ação de impugnação de registro de candidatura, no entanto, por mais célere que seja, sinaliza a total impossibilidade de cumprimento desse prazo.

Seguindo o rito dos arts. 3º a 11 da Lei Complementar nº 64/1990, num cenário exemplificativo em que não se demande sequer a produção de provas, observaríamos o seguinte: 1) pedido de registro de candidatura: 15 de agosto; 2) publicação de edital: 16 de agosto; 3) apresentação de impugnação ao registro em cinco dias: 21 de agosto; 4) citação dos candidatos impugnados: 22 de agosto; 5) apresentação de defesa em sete dias: 29 de agosto; 6) intimação das partes para alegações finais: 30 de agosto; 7) apresentação de alegações finais em cinco dias: 4 de setembro; 8) prolação e publicação de sentença ou acórdão em três dias: 7 de setembro; 9) recurso ordinário eleitoral em três dias: 10 de setembro; 10) contrarrazões ao recurso ordinário eleitoral em três dias: 13 de setembro.

Ou seja, no cenário mais célere possível para a tramitação de uma impugnação de registro de candidatura, observa-se que no dia 12 de setembro, 20 dias antes do pleito, o processo de registro de candidatura ainda estará tramitando na instância originária (em eleições municipais, nas Zonas Eleitorais; em eleições gerais, nos Tribunais Regionais Eleitorais – TREs).

Apenas em casos de revelia do impugnado ou de ausência de impugnação de registro é que os processos de registro de candidatura poderão observar os novos prazos fixados pela Lei nº 9.504/1997. Em situação de impugnação de registro, no entanto, especialmente as que exijam

produção de prova testemunhal ou diligências complementares, dificilmente o julgamento pela instância originária ocorrerá antes de vencido o prazo de substituição de candidatos.

Por isso, embora a regra de substituição seja louvável, na medida em que pretende garantir ao eleitorado clareza sobre quais candidatos efetivamente podem disputar o pleito e ser eleitos, a aplicação literal dessa norma não pode prejudicar direitos dos candidatos e partidos políticos, impondo que se renuncie ao direito fundamental de participar do processo político antes que se decida, com algum grau de certeza, sobre a viabilidade das candidaturas.

De um lado, assegura-se que os candidatos tenham seus registros de candidatura julgados pelas instâncias ordinárias até 20 dias antes do pleito. De outro, criam-se prazos que tornam inexecutível o cumprimento desse prazo e, além disso, exige-se a substituição de forma totalmente prematura.

A solução, não sendo legítimo modificar o rito processual para reduzir prazos de defesa ou impedir a produção de provas, é admitirem-se cláusulas de exceção à regra de substituição.

Nessa linha, o que se defende no presente estudo é que o prazo de substituição previsto no art. 13, § 3º, da Lei Eleitoral somente seja aplicado aos processos de registro de candidatura cujo julgamento nas instâncias ordinárias ocorrer até o seu vencimento, conforme determina o art. 16, § 1º, da mesma Lei nº 9.504/1997.

Para os processos não julgados pelas instâncias ordinárias até 20 dias antes do pleito, a substituição poderá ocorrer após o julgamento pelo TRE (em eleições municipais) ou pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) (em eleições gerais), aplicando-se excepcionalmente orientação que já foi dominante no TSE quando vigia a redação original do referido § 3º do art. 16 da Lei Eleitoral:

“[...] É de se deferir o pedido de substituição de candidato a cargo da eleição proporcional, requerido no prazo de dez dias previsto no art. 13, § 1º,

da Lei nº 9.504/97, mesmo que dentro do prazo de sessenta dias antes do pleito, a que se refere o § 2º da mesma disposição legal, se, na espécie, ocorreu a demora no julgamento do pedido de registro, circunstância que não pode prejudicar o direito da parte à referida substituição”.¹

Com essa interpretação, seria possível compatibilizar a tramitação regular de um processo de registro de candidatura com os prazos de julgamento dos processos pelas instâncias ordinárias, bem como assegurar-se-ia a substituição de candidaturas sem causar prejuízo aos candidatos não julgados.

A solução aqui proposta – no sentido de que o prazo de substituição 20 dias antes do pleito só se aplique a casos em que o registro já esteja julgado pelas instâncias ordinárias – pode ser implementada a partir de uma interpretação sistemática da nova redação do art. 257, § 2º, do Código Eleitoral, que estabelece que

“O recurso ordinário interposto contra decisão proferida por juiz eleitoral ou por Tribunal Regional Eleitoral que resulte em cassação de registro, afastamento do titular ou perda de mandato eletivo será recebido pelo Tribunal competente com efeito suspensivo”.

Basta que a Justiça Eleitoral confira ao termo **cassação de registro**, previsto na norma acima referida, uma interpretação que abarque também os casos de **indeferimento de registro**. Assim, o recurso ordinário eleitoral interposto em face de decisão originária que indefira registro de candidatura seria, nos termos do art. 257, § 2º, do Código Eleitoral, recebido com efeito suspensivo, inclusive no que se refere à necessidade de substituição prevista no art. 13, § 3º, da Lei Eleitoral.

Essa proposta não causa prejuízo potencial para o eleitorado, tendo em vista que a resolução que disciplina o registro de candidatura obriga o

1. TSE, AgRg-RO nº 1318, Rel. para acórdão Min. Marcelo Ribeiro, PSESS de 29/9/2006.

candidato e o partido político do substituto a darem ampla divulgação à substituição, a fim de que o eleitorado seja devidamente esclarecido quanto ao fato, sem prejuízo da divulgação também por outros candidatos, partidos políticos e pela própria Justiça Eleitoral, que pode promover anúncios em veículos de comunicação, fixar avisos nas seções eleitorais e até mesmo realizar pronunciamento de caráter informativo em cadeia de rádio e televisão.²

Devidamente informado sobre a mudança de candidatura, ainda que em data próxima ao pleito, o eleitor votará de forma legítima no candidato que melhor representar seus interesses. Inviabilizar a substituição, ao contrário, pode reduzir o âmbito de escolha do eleitor, forçando a renúncia prematura de candidatos com grande potencial eleitoral e que poderiam ter seu registro de candidatura deferido pelo TRE ou mesmo pelo TSE.

Informado sobre a mudança de candidatura, o eleitor votará de forma legítima no candidato que melhor representar seus interesses.

Sob outra ótica, a imposição de uma prematura substituição de candidatura pode acarretar outro resultado nefasto para a democracia: compelidos a decidir sobre a substituição diante da decisão apenas da instância originária, muitos

candidatos manter-se-ão na disputa eleitoral na expectativa de reverter eventual indeferimento de registro. Isso, inquestionavelmente, implicará um maior número de candidatos eleitos e com o registro indeferido, o que, nos termos do novo § 3º do art. 224 do Código Eleitoral, demandará sempre a realização de um novo pleito.³

Indaga-se: é mais prejudicial ao processo democrático autorizar a substituição tardia de candidatos ou admitir que o eleitor vote em candidatos inelegíveis, forçando a realização de um novo pleito, com toda a mobilização do aparato estatal para esse fim?

O problema aqui colocado se agrava nos casos em que a decisão originária da Justiça Eleitoral é no sentido de deferir o registro de candidatura e, após, advém a data final de substituição de candidatos antes do julgamento do recurso ordinário pelo tribunal competente. Como se exigir, nesses casos, a substituição prematura de um dos componentes da chapa, quando a expectativa é justamente no sentido do deferimento do registro? Cria-se uma situação claramente injusta e, ao nosso ver, ilegal.

Atento a essa realidade, o eminente ministro Luiz Fux, em brilhante voto proferido no TSE ao decidir questão de ordem suscitada nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 83-53, proveniente de São Luís de Belos Montes-GO, destacou a necessidade de a Justiça Eleitoral ponderar o princípio da indivisibilidade da chapa nos casos em que, na data final para substituição de candidatos, não houver decisão definitiva da Justiça Eleitoral e a chapa estiver com registro deferido.

No referido caso, a parte suscitante da questão de ordem argumentou que

“no momento em que o registro da chapa se tornou *sub judice* – a partir da cassação do registro da Vice-Prefeita pelo TRE/GO, em 26 de setembro de 2016, que se seguiu de recurso especial eleitoral –, não mais dispunha o requerente do direito de substituir por meio de sua Coligação a

2. “Art. 93 - O Tribunal Superior Eleitoral poderá, nos anos eleitorais, requisitar das emissoras de rádio e televisão, no período de um mês antes do início da propaganda eleitoral a que se refere o art. 36 e nos três dias anteriores à data do pleito, até dez minutos diários, contínuos ou não, que poderão ser somados e usados em dias espaçados, para a divulgação de comunicados, boletins e instruções ao eleitorado.”

3. A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, após o trânsito em julgado, a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados.

indigitada candidata, razão pela qual a ele jamais deveria se impor o grave ônus do art. 16-A da Lei nº 9.504/97, isto é, de concorrer sob conta e risco de o registro da candidatura, da vice e não do titular, ser ao final indeferido (fls. 495)”.

Analisando essa tese, expôs o eminente ministro Luiz Fux que

“a impossibilidade do registro de uma chapa majoritária incompleta não deve conduzir, inexoravelmente, à total invalidação dos votos por ela amealhados, sobretudo quando a desarticulação da composição política (i) desponte de uma circunstância superveniente a um deferimento prévio ou inicial (o que gera para a chapa uma expectativa mínima no sentido de que a decisão positiva possa ser restaurada por este Tribunal Superior); (ii) ocorra em momento tardio, impossibilitando a substituição do candidato afetado; e (iii) incida sobre o candidato a Vice, sem a presença de circunstâncias excepcionais que o retirem da condição de mero adjunto no processo de canalização da preferência eleitoral”.

E concluiu Sua Excelência na seguinte linha:

“A *ratio essendi* ínsita ao referido limite temporal instituído pela alteração legislativa consiste em garantir tempo hábil para que a Justiça Eleitoral faça as modificações necessárias na urna eletrônica, bem como em evitar, ou, ao menos, amainar, os impactos deletérios da substituição dos candidatos em momentos próximos ao pleito, que surpreendem negativamente os eleitores, levando-os, em alguns casos, a sufragar em favor de alternativas que não subsistem no jogo, emitindo o que a doutrina tem chamado de ‘voto cego’ (ZILIO, Rodrigo López. Direito Eleitoral. 5ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 316). Cuida-se, então, de uma garantia normativa defendente do voto, com vistas a evitar que a vontade do eleitor resulte desviada pela falta de informação suficiente.

Sabe-se que o aludido regramento inserto no art. 13, § 3º, da Lei nº 9.504/97 deve ser compreendido sistematicamente com a norma prevista no

art. 16-A da mesma lei,⁴ a qual preconiza que a validade dos votos atribuídos a candidato com registro *sub judice* condiciona-se ao deferimento de seu registro por instância superior.

O arcabouço normativo revela um quadro de plena previsibilidade dos efeitos do eventual indeferimento do registro de candidato. Em outras palavras, o candidato às eleições majoritárias cujo registro foi impugnado pode praticar todos os atos de campanha, correndo por conta e risco da chapa a opção de prosseguir no processo eleitoral até a última instância, de modo a superar as consequências jurídicas previsíveis de tal escolha. Em definitivo, a parte final do parágrafo único do art. 16-A visa a desestimular a insistência das forças políticas em candidaturas improváveis, trazendo uma nota de estabilidade para o pleito.

Ocorre que a regra em questão, positivada por meio da Lei nº 12.034/09, é anterior à introdução do marco legal para a substituição de candidatos majoritários, promovida em 2013 com a Lei nº 12.891. Esse importante detalhe não pode ser despercebido pelo intérprete. Isso porque, se a introdução do elemento de conta e risco tem por finalidade dissuadir postulações inviáveis, o efeito radical dele advindo é de ser temperado nas novas hipóteses em que o desestímulo não cobre sentido.

É tal, exatamente, o caso da chapa majoritária quando o indeferimento seja superveniente ao prazo para a promoção da substituição de candidatos. Nessas hipóteses, excluída a viabilidade jurídica da troca, não resta à aliança opção alguma senão persistir na disputa, não lhes sendo razoável exigir que refluem, especialmente quando a vitória em uma das instâncias prospecta um panorama relativamente positivo”.

4. “Art. 16-A - O candidato cujo registro esteja *sub judice* poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior.”

A tese exposta pelo eminente ministro Luiz Fux no precedente acima citado, a despeito de conter peculiaridade afeta à questão do indeferimento de registro de candidato a vice-prefeito, alcança o cerne da tese aqui defendida: a demora no tempo de tramitação do processo de registro não pode constituir óbice à possibilidade de substituição de candidatura ou, em última análise, não pode implicar posterior indeferimento de toda chapa, sem qualquer temperamento.

Se duas normas de igual hierarquia preveem (i) a necessidade de julgamento dos processos de registro pelas instâncias ordinárias em até 20 dias antes do pleito (art. 16, § 1º, da Lei Eleitoral) e (ii) a substituição de candidaturas em até 20 dias antes do pleito (art. 13, § 3º, da Lei Eleitoral), por que razão admite-se o descumprimento da primeira regra e exige-se, sem temperamentos, a observância da segunda?

Cumpra lembrar que os direitos políticos assumem papel estruturante no regime democrático, na medida em que estabelecem as balizas para o exercício da soberania popular, assegurando que o povo influencie nas manifestações do Estado, mediante a transformação da vontade política em posições de poder estatal (STERN, 1987, p. 534-535).

Seu âmbito de proteção, em vista disso, compreende todas as fases do processo político eleitoral – filiação partidária; alistamento dos eleitores; convenções partidárias; registro de candidaturas; propaganda eleitoral; votação; totalização dos votos; designação dos eleitos; diplomação – salvaguardando, em cada uma delas, posições jurídicas em favor do eleitor, dos candidatos, e dos partidos políticos e coligações (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 500; GUEDES, 2013, p. 663-664).

Nessa perspectiva, a questão ora em estudo revela também colisão aparente de direitos fundamentais: de um lado, a regra de substituição de candidatos visa garantir clareza ao eleitorado sobre quem efetivamente disputa o pleito, apre-

sentando-se como desdobramento do próprio princípio do voto direto (art. 14 da Constituição Federal (CF) de 1988); de outro, sua aplicação incondicional pode impedir, dificultar ou restringir os direitos ao sufrágio passivo e à legitimidade do pleito (art. 14 da CF/1988), na medida em que impõe que alguns postulantes tenham que abrir mão de participar do processo político antes mesmo que se decida sobre a viabilidade das candidaturas apresentadas ou, ainda, na medida em que implique nulidade de toda uma eleição em razão do indeferimento tardio de determinado registro de candidatura.

Daí por que sustentamos que somente será constitucionalmente legítimo aplicar o art. 13, § 3º, da Lei Eleitoral para os casos em que o julgamento nas instâncias ordinárias ocorrer antes do vencimento do prazo de 20 dias antes do pleito fixado em lei. Para as demais hipóteses, deve-se aguardar o julgamento do respectivo recurso ordinário.

A CF também contém princípios e normas que encerram direitos fundamentais de caráter judicial.

Ademais, como a duração do processo de registro não é – nem pode ser – igual para todos os candidatos, a aplicação sem ressalvas do art. 13, § 3º, da Lei Eleitoral pode resultar também em ofensa ao princípio da isonomia, na medida em que candidatos que concorrem a um mesmo pleito estarão submetidos a situações desiguais a depender da causa de pedir de eventual impugnação de registro, elemento que pode fazer com que o processo de registro demore mais ou menos tempo para ser julgado.

Vale lembrar que a CF também contém princípios e normas que encerram direitos fundamentais de caráter judicial, que asseguram aos cidadãos a defesa de seus direitos através de um processo juridicamente adequado.

São as chamadas “garantias constitucionais do processo” ou “garantias de procedimento e de processo”, como os direitos à ampla defesa e ao duplo grau de jurisdição, que resultam violados quando se exige a substituição de candidatos antes que a Justiça Eleitoral decida, por suas instâncias ordinárias, sobre a viabilidade do pedido de registro dos candidatos.

Não basta garantir ao impugnado a apresentação de defesa e, eventualmente, a produção das provas pertinentes ao deslinde da causa se, ao final, ele pode ser compelido a deixar o processo eleitoral simplesmente porque o Estado não julgou a tempo seu pedido de registro de candidatura.

A demora na prestação jurisdicional pelas instâncias ordinárias não pode, nessas circunstâncias, importar em constrangimento aos candidatos e partidos políticos no sentido de que promovam a substituição dos postulantes, sob pena de grave violação ao seu direito à ampla defesa.

É verdade que o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido com mitigações o direito constitucional ao duplo grau de jurisdição, assinalando que ele somente se faz presente nas hipóteses em que a Constituição expressamente reconhece a possibilidade de recurso ordinário ou apelação (MENDES, 2012, p. 220-221).

Mas até mesmo essa ótica corrobora a proposta aqui defendida: a própria CF, em seu art. 121, § 4º, inciso III, prevê expressamente o cabimento de recurso ordinário das decisões dos TREs que “versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais”.

Em conclusão ao que aqui exposto, tem-se que a introdução dos arts. 13, § 3º, e 16, § 1º, na Lei nº 9.504/1997, juntamente com a alteração do art. 11 da mesma lei, revela a falta de sistematicidade e cuidado do legislador ao promover alterações na legislação eleitoral. A um só tempo foram criados direitos, deveres, e implementadas

normas procedimentais factualmente incompatíveis entre si.

Essa é mais uma demonstração do efeito deletério que as mudanças casuísticas e a ausência de sistematização da legislação eleitoral (em um Código Eleitoral único e atualizado) impõem a candidatos, partidos políticos e aos próprios eleitores.

A nova regra de substituição de candidaturas prevista no art. 13, § 3º, da Lei Eleitoral precisa ser interpretada de forma sistemática com o art. 16, § 1º, e art. 11, ambos da mesma Lei Eleitoral, com o art. 257, § 2º, do Código Eleitoral e com o art. 3º e seguintes da Lei de Inelegibilidades.

Para isso, revela-se no mínimo razoável que a Justiça Eleitoral aplique a literalidade do art. 13, § 3º, da Lei Eleitoral apenas aos processos julgados pelas instâncias ordinárias no prazo fixado pelo art. 16, § 1º, da Lei Eleitoral, ou seja, 20 dias antes do pleito. Não havendo julgamento do registro pelas instâncias ordinárias em tal prazo, impõe-se a postergação do prazo de substituição até que o juiz eleitoral e o TRE (nas eleições municipais) ou o TRE e o TSE (nas eleições gerais) julguem o registro.

A despeito de tudo isso, e de *lege ferenda*, impõe-se ao Congresso Nacional a solução do quadro aqui retratado mediante simples providência legislativa: desatrelar a fase de registro de candidatura do início da propaganda eleitoral.

Como se sabe, a alteração do art. 11 da Lei Eleitoral – que mudou o prazo para registro de candidatura do dia 5 de julho para o dia 15 de agosto – teve o objetivo declarado de reduzir o custo das campanhas eleitorais mediante a redução do tempo de campanha. Ou seja, a fim de que as campanhas eleitorais ficassem mais curtas (e, em tese, mais baratas), reduziu-se também o período para análise do registro de candidatura, situações absolutamente distintas.

Nada justifica o cenário de incerteza jurídica a que o eleitor é submetido atualmente em razão

da indefinição do quadro de candidaturas durante a **fase crítica** do período eleitoral, em que cidadãos que nem sequer tiveram seu registro de candidatura analisado pela Justiça Eleitoral já promovem ostensiva propaganda visando obter o voto do eleitor.

É perfeitamente possível – e até lógico – que a fase de registro de candidatura anteceda o período de propaganda eleitoral, de modo que,

atingida a data de 15 de agosto, o eleitor assista à propaganda eleitoral e vote em candidatos que efetivamente poderão assumir os cargos que pleiteiam.

Porém, enquanto o Congresso Nacional não se mobiliza nesse sentido, caberá ao Poder Judiciário conferir ao conjunto de normas eleitorais uma interpretação lógica, sistemática e que guarde respeito à CF. ■

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. 2. tir. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. rev. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

CÂNDIDO, Joel. *Inelegibilidades no Direito Brasileiro*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 8. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

FAORO, Raimundo. *Os Donos do Poder*: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.

GUEDES, Néviton. Comentário ao art. 14. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.;

STRECK, Lenio L. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Comentário ao art. 5º, LV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Trad. de António Francisco de Souza e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. Estudios Constitucionales.

I nelegibilidade decorrente de desaprovação de contas públicas.

Uma análise a partir da teoria da ponderação de princípios de Robert Alexy.

Orlando Moisés Fischer Pessuti

Advogado e consultor jurídico. Mestrando em Direito Constitucional pela Unibrasil. Pós-graduado em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Especialista em Direito e Processo Eleitoral pela Unicuritiba. Membro fundador e atual presidente do Instituto Paranaense de Direito Eleitoral (Iprade). Membro fundador e ex-secretário adjunto da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (Abradep). Membro da Comissão de Direito Eleitoral e da Comissão de Gestão Pública, Controle e Transparência da OAB-PR. Professor convidado de Direito Eleitoral da Universidade Positivo. Coautor dos livros: *O Abuso nas Eleições. A Conquista Ilícita de Mandato Eletivo*, editora Quartier Latin, 2008; *Lei de Responsabilidade Fiscal. Uma análise da Lei Complementar nº 101/2000*, OAB – Conselho Federal, 2016; *Conexões Eleitorais*, editora Abradep, 2016; e *Justiça Eleitoral, Controle das Eleições e Soberania Popular*, Editora Íthala, 2016.

Sumário

1. Introdução
2. Aspectos da inelegibilidade decorrente da rejeição de contas constante na alínea g do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/1990
3. Breve análise sobre a teoria de ponderação de princípios de Robert Alexy: adequação, necessidade e proporcionalidade
4. A teoria da ponderação de princípios na prática: aplicação dos elementos parciais à hipótese de inelegibilidade da alínea g em busca de uma maximização de princípios
5. Conclusão

Bibliografia

1 Introdução

Inobstante tenha havido um exaustivo debate doutrinário e jurisprudencial acerca da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, este estudo pretende realizar uma análise interpretativa do art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar nº 64/1990, com as alterações promovidas pela Lei nº 135/2010.

Não são simples e, muito menos, incontroversos os efeitos decorrentes do instituto da inelegibilidade, seja por seu caráter restritivo ao exercício de direito fundamental, seja pelos desafios que

sua aplicação provoca, de forma a causar um verdadeiro embaraço à elegibilidade e ao exercício do *ius honorum*. Doravante, ainda que sem a pretensão de abarcar todos os desdobramentos que o tema exige e implica, posto que impossível, o presente trabalho buscou perpassar alguns requisitos considerados inalienáveis à correta aplicação da norma em questão.

Para tanto, utilizou-se de uma metodologia descritiva a partir de pesquisas bibliográficas, todas pertinentes a um embasamento crítico da matéria. Reputou-se essencial, também, trazer ao exame da presente hipótese de inelegibilidade a teoria da ponderação dos princípios, proposta por Robert Alexy, uma vez que o tema atinge os ditames mais básicos da Constituição e quaisquer restrições a eles impostas não devem prescindir de legítima justificação e fundamento, a fim de impedir que o *ius honorum*, condição fundamental para a democracia, seja arbitrariamente limitado.

Assim, tendo em vista que a concretização dos direitos fundamentais está atada ao princípio da proporcionalidade, em razão do caráter principiológico das normas que os contemplam, percorreram-se as etapas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, a fim de alcançar, ao final, a ponderação e otimização dos princípios envolvidos e preservar o núcleo essencial dos direitos políticos.

2 Aspectos da inelegibilidade decorrente da rejeição de contas constante na alínea g do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/1990

É inequívoco que o conteúdo nuclear da configuração da inelegibilidade diz respeito ao impedimento ao exercício da capacidade eleitoral passiva, ou seja, a possibilidade de ser votado ou eleito.

A fim de proteger a probidade administrativa, a normalidade e legitimidade das eleições contra

a influência do poder econômico ou abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta e indireta, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu art. 14, § 9º, a possibilidade de o legislador complementar criar hipóteses de inelegibilidade. Como forma de regulamentação desse dispositivo, sobreveio a Lei Complementar nº 64/1990, chamada Lei de Inelegibilidades, alterada pela Lei Complementar nº 135/2010, Lei da Ficha Limpa, a qual colacionou hipóteses de inelegibilidades absolutas e relativas, autorizando o indeferimento de candidaturas em função da condenação por órgãos colegiados.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a possibilidade de o legislador complementar criar hipóteses de inelegibilidade.

Consoante a redação integral do art. 1º, inciso I, alínea g, da LC nº 64/1990, são inelegíveis para qualquer cargo

“os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;”.

Desse modo, conforme delimita o tipo legal da Lei das Inelegibilidades, para que seja declarada a inelegibilidade de determinado agente público – aqui considerado agente político executor de orçamento, na posição de quem presta contas relativas ao exercício de cargos ou funções

públicas – há que se ter cumprido uma série de requisitos cumulativos, que só operam efeitos se observados em conjunto, e são, nas palavras de José Jairo Gomes:

“(a) a existência de prestação de contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas; (b) o julgamento e a rejeição das contas; (c) a detecção de irregularidade insanável; (d) que essa irregularidade caracterize ato doloso de improbidade administrativa; (e) decisão irrecorrível do órgão competente para julgar as contas” (GOMES, 2016, p. 249).

Nessa esteira, interessa compreender previamente cada um desses tópicos a fim de obter uma interpretação legislativa coerente, bem como apontar eventuais lacunas ou termos imprecisos que possam influenciar o julgamento das contas e incorrer na inelegibilidade do gestor.

Quanto à existência de prestação de contas, cabe ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas realizar o controle financeiro das contas públicas, restando sujeitos ao exercício desse controle tanto a União quanto Estados, Municípios e o Distrito Federal (GOMES, 2016, p. 249). Sobre o assunto, Rodrigo Pironti adverte, com especial relevo, a observação de dois aspectos: o primeiro diz respeito ao fato de que, no exercício do controle financeiro das contas públicas, os Tribunais de Contas poderiam realizar o chamado “exame de gestão”, o que estaria atrelado à análise de critérios de discricionariedade da atuação dos gestores, diferentemente do Poder Judiciário; o segundo refere-se ao caráter orientador do conteúdo das manifestações das Cortes de Contas, que funcionaria como um “instrumento de compatibilização de um controle preventivo”, próximo à concreção do interesse público (CASTRO, 2016, p. 171).

Frisa-se, por ora, que o julgamento o qual compete aos Tribunais de Contas limita-se à prestação de contas a ele submetida. Assim sendo, é possível prosseguir ao segundo ponto, quanto ao julgamento e à rejeição de contas, propriamente.

Nos termos dispostos pela Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443/1992), em seu art. 16, as contas serão julgadas “regulares” quando corresponderem aos demonstrativos contábeis com exatidão, observando-se a legalidade, legitimidade e economicidade dos atos de gestão, restando ao tribunal oferecer quitação ao responsável. Por outro lado, as contas poderão ser julgadas “regulares com ressalva”, com a quitação acompanhada da recomendação de medidas a serem tomadas para corrigir impropriedades. E, por último, as contas serão julgadas “irregulares”, com condenação do responsável ao pagamento da dívida e, também, aplicação de multa, dependendo da existência ou não do débito (GOMES, 2016, p. 249).

Aqui reside um tópico crucial. José Jairo Gomes é incisivo em apontar e perceber a ausência do requisito “irregularidade insanável” no dispositivo supracitado, diferentemente da alínea g, inciso I, art. 1º da LC nº 64/1990 (GOMES, 2016, p. 250). Acerca do terceiro requisito, não basta que o Tribunal de Contas encontre supostas e eventuais irregularidades, mas que a irregularidade identificada seja, manifestamente, “irremediável, insuperável, incurável”. Não se caracterizam como pequenas falhas detectadas nas contas, ao revés, traduzem-se em irregularidades graves, provenientes de dolo ou má-fé e que podem ensejar danos ao erário, enriquecimento ilícito, contrariando o interesse público e os princípios constitucionais da administração (GOMES, 2016, p. 250).

Para além do aspecto da insanabilidade, que se entende deveras controverso,¹ é imprescindível que a irregularidade também configure “ato doloso de improbidade administrativa”. O aspecto

1. A controvérsia estaria tanto na configuração da insanabilidade, ante a total ausência de apontamentos legislativos sobre o que seria considerado uma irregularidade insanável, quanto no aspecto da autoridade competente para sua caracterização. Para José Jairo Gomes, não restam dúvidas de que a insanabilidade revela-se exigência da lei eleitoral à configuração da inelegibilidade e, por certo, competiria à Justiça Eleitoral privativamente e absolutamente apreciá-la.

da caracterização do elemento dolo abre espaço para variantes, na medida em que a doutrina se preocupou em demonstrar que sua caracterização ultrapassa a competência de julgamento dos Tribunais de Contas e das Casas Legislativas.

Por fim, exige-se que haja “decisão irrecorrível do órgão competente” quando da rejeição das contas. Nesse caso, considera-se a ocorrência de preclusão, constituindo coisa julgada formal. Gomes salienta que, em função de ser uma decisão administrativa, é possível submetê-la à apreciação do Poder Judiciário, em homenagem ao art. 5º, inciso XXXV, que preconiza a inafastabilidade da jurisdição.

Nesse caso, nota-se que, em que pese existirem tais requisitos – em grande medida, doutrinários e jurisprudenciais –, é comum que a rejeição de contas derive de mera inobservância de regras formais ou técnicas do que, efetivamente, má-fé ou desonestidade do gestor (ZILIO, 2016, p. 229). Segundo Marlon Reis, a referência ao dolo foi inserida justamente com o intuito de evitar eventual inelegibilidade de administrador que “evidentemente nada concorreu para a ocorrência do vício detectado quando da tomada de contas” (REIS apud ZILIO, 2016, p. 230).

Contudo, a problemática se instala quando a Justiça Eleitoral é instada a julgar uma impugnação de registro de candidatura fundamentada na alínea g, inciso I, art. 1º da LC nº 64/1990, posto que – a partir do que se depreende da grande maioria das decisões – a análise das inelegibilidades decorrentes da desaprovação de contas leva em consideração, apenas e tão somente, o conteúdo das decisões havidas nos Tribunais de Contas.

Não se pretende aqui, de forma alguma, questionar a competência de tais órgãos no julgamento das contas ou as funções por ele exercidas. Ao revés, considerando que o julgador eleitoral tenha que – necessariamente – partir da atividade fiscalizatória da Corte administrativa, a verdade é que não se encontram em tais documentos (acórdãos) referências satisfatórias para “aquilatar o psiquis-

mo do responsável pelas contas, a ponto de tornar possível uma análise minimamente sofisticada do seu elemento volitivo” (REIS apud ZILIO, 2016, p. 230), revelando-se a inequívoca necessidade de se investigar a suposta improbidade.

Dessa forma, o que resta sensível à percepção é um evidente “julgamento em tese”, na medida em que a Justiça Eleitoral se baseia, única e exclusivamente, no teor das decisões dos Tribunais de Contas para aferir se há ou não o atendimento aos requisitos que informam a inelegibilidade, no exercício legítimo do “juízo de valor” a respeito do “enquadramento jurídico” das irregularidades constatadas.

O que resta sensível à percepção é um evidente “julgamento em tese”.

Justamente, como já apontado, em razão da gravidade das sanções previstas na Lei de Inelegibilidades, a análise sobre o elemento volitivo da conduta que configura improbidade administrativa deve ser realizada com cautela de forma a afastar mera irregularidade dissociada do dolo, podendo não vir a ser caracterizada a prática de um ato de improbidade administrativa. Tal cautela determina que o âmbito de apuração e verificação da prática dos atos de improbidade administrativa deva se dar nos exatos termos da lei específica que regulamenta a matéria, que é a Lei de Improbidade Administrativa.

É possível inferir, assim, que nem no processo de prestação de contas (no âmbito dos Tribunais de Contas) ou no processo de registro (e impugnação) de candidatura (no âmbito da Justiça Eleitoral) é realizada instrução probatória a fim de verificar o aspecto volitivo da conduta do agente. Igualmente, durante a tramitação da prestação de contas, não há a possibilidade de o acusado se

defender de eventual imputação de improbidade administrativa, em função da sumarização do processo eleitoral prenunciado pelo princípio da celeridade. Por fim, no momento da tramitação do processo de registro (e impugnação) de candidatura, o candidato que teve as contas reprovadas não dispõe de meios de prova para embasar a alegação de que a irregularidade motivadora da desaprovação, ainda que possa ser configurada ato de improbidade, não foi praticada de maneira dolosa.

Diante disso, depreende-se: não incumbe aos órgãos competentes (Tribunais de Contas e Poder Legislativo) essa análise, onde nem sequer se exige defesa técnica por advogado. Tampouco isso na seara eleitoral, pois não se faz instrução probatória a respeito de fatos julgados na rejeição das contas, vez que não compete à justiça especializada tal mister, que se limita a realizar o enquadramento jurídico da inelegibilidade.

Então, tem-se como indubitável que não haverá imputação de improbidade administrativa por outro meio que não seja o do rito ordinário na justiça comum, em ação judicial proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada.

Não há que se falar em configuração de improbidade administrativa ou, conseqüentemente, inelegibilidade decorrente de rejeição de contas sem a efetiva observância das normas infraconstitucionais, levadas a cabo dentro das regras processuais cabíveis. Considerando que o dolo é conduta personalíssima, é preciso garantir que exista, no bojo do processo de prestação de contas, uma delimitação específica de quais foram as irregularidades que culminaram na desaprovação das contas, delimitando ainda, especificamente, todos os agentes públicos que para ela concorreram, em menor ou maior grau, de modo a permitir à Justiça Eleitoral uma análise efetiva do elemento volitivo (dolo) da conduta que culminou em irregularidade.

É notório, inclusive, que o sistema carece de maiores aperfeiçoamentos no sentido de garantir um processo administrativo que efetivamente per-

siga a verdade material, contemplando o amplo direito de defesa e com a participação de todos os agentes envolvidos na gestão, também daqueles cujas condutas necessitam maiores esclarecimentos, ainda que indiretas ao ato irregular, tudo com vistas a identificar o que, de fato, levou à desaprovação da respectiva conta.

A questão cinge-se, basicamente, à existência ou não de dolo. Então, é a partir dessa análise que se torna possível depreender o processo adequado à hipótese de inelegibilidade em pauta e, afinal, perceber o impacto com que são atingidos os princípios do devido processo legal, ampla defesa e juiz natural.

3 Breve análise sobre a teoria de ponderação de princípios de Robert Alexy: adequação, necessidade e proporcionalidade

Quando se fala em uma hipótese legal que atinge diretamente os direitos políticos de um indivíduo, seja cerceando sua liberdade de participação no cenário eletivo, seja limitando, como medida sancionadora, há que se ter uma certa cautela.

Como leciona Robert Alexy, uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se for compatível com a Constituição (ALEXY, 2015, p. 281). Para isso, entende que os direitos fundamentais são dotados do caráter de princípios, sujeitos a eventuais colisões. Nessa condição, reputa-se necessária uma solução ponderada em favor de um deles (ALEXY, 2002b, p. 112).

Dessa forma, a distinção que o autor propõe resume as regras como normas que podem ou não ser cumpridas e os princípios como normas ordenadoras da realização de algo, na maior medida possível, dentro de um suporte fático – possibilidades jurídicas e fáticas.

É partindo desse pressuposto que Robert Alexy adentra em sua teoria, de maneira a ater-se fundamentalmente ao postulado da proporcionalida-

de. Nesse sentido, Mônica Júdice observa que a máxima da proporcionalidade revela-se deveras adequada por impedir um esvaziamento dos direitos fundamentais sem introduzir, por outro lado, uma rigidez excessiva (JÚDICE, 2007). Assim, a chamada “máxima” da proporcionalidade constitui-se em uma dedução da aceitação dos direitos fundamentais como princípios, isto é, uma consequência lógica incontornável. E, na medida em que os princípios são considerados mandados de otimização, os quais determinam uma efetividade em nível máximo conforme as possibilidades fáticas e jurídicas, chega-se, inevitavelmente, à proporcionalidade (JÚDICE, 2007).

As consequências jurídicas dos princípios devem ser postas em uma balança.

Cumpra mencionar que a proporcionalidade, como elemento da teoria de ponderação, é subdividida nos denominados subprincípios ou máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Ressalta-se, ainda, que a utilização dos elementos parciais deve ser de forma concatenada, ou seja, uma ordem deve ser obedecida. Só se decide com base na proporcionalidade em sentido estrito, se já tiverem sido superadas, nesta sequência, a adequação e a necessidade.

Para Alexy, o subprincípio da adequação implica a utilização do meio adequado para a persecução do fim desejado. Aqui, o que é considerado “adequado” é o meio que possibilita a promoção do fim perseguido pelo princípio, não infringindo o outro princípio como os demais meios que poderiam vir a infringir (ALEXY, 2002b, p. 115).

Por sua vez, o elemento da necessidade diz respeito à inexistência de qualquer outro meio menos restritivo com custo menor. Nos termos de Alexy, a colisão se resolve em favor do princípio

de meio menos gravoso, ou seja, que menos afete o indivíduo (ALEXY, 2002a, p. 36). Consoante André Canuto Lima, enquanto na adequação a análise é realizada com observância tão somente do meio escolhido, na necessidade realiza-se um juízo comparativo. Assim, “este elemento da proporcionalidade exige que, quando o meio escolhido restringe outro direito fundamental, sejam buscados meios alternativos que não atinjam este outro direito fundamental” (LIMA, 2014). A partir de então, a teoria de Alexy caminha ao âmbito de aplicação do último elemento, com a verificação das possibilidades jurídicas (LIMA, 2014).

Na ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito deve-se considerar a intensidade e a relevância da intervenção em dado direito fundamental, pois, conforme Alexy salienta, “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção” (ALEXY, 2002b, p. 160). Em verdade, o objetivo do autor era explicar de maneira racional o grau de importância das consequências jurídicas dos princípios em colisão. Ou seja, não sendo o embate solucionado pelos critérios anteriores, as consequências jurídicas dos princípios devem ser postas em uma balança, a fim de precisar qual consequência torna-se mais relevante naquele suporte fático, caso concreto (JÚDICE, 2007).

Segundo ele, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito ou mandamento de ponderação é uma análise que leva em consideração a intensidade da restrição do direito atingido e a importância da realização do direito fundamental colidente. Noutras palavras, trata-se de apontar qual direito, em determinado caso concreto, deve ser protegido. Conforme Alexy, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou lei do sopesamento estabelece que “quanto maior o grau de não satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro” (ALEXY, 2003, p. 132-134).

Assim, a aplicação do subprincípio da proporcionalidade deve ser dividida em três partes: (i) deve-se determinar a intensidade da intervenção, ou seja, o grau de restrição ou não satisfação do direito atingido; (ii) deve-se averiguar a importância das razões que justificam a intervenção restritiva; e, por fim, (iii) deve-se realizar a ponderação entre as respostas das duas fases anteriores, concluindo se há importância ou legitimidade em satisfazer o princípio concorrente e se a restrição do direito atingido é justificada. Dessa forma, uma medida não passa neste teste se os motivos que fundamentam a sua adoção não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. Justamente, defende ser o caso da hipótese analisada neste estudo.

Considerando a estrutura da proporcionalidade, torna-se viável compreender a razão pela qual Alexy defende a sua obrigatória conexão com sua teoria dos princípios. Com efeito, uma vez que os direitos fundamentais são, em maioria, configurados como princípios, ou seja, normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso (mandamentos de otimização).

Uma restrição a um direito fundamental tem limites e somente é admissível se, em caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído peso maior do que o princípio de direito fundamental em questão. Por isso, afirma-se que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade (ALEXY, 2015, p. 296).

A natureza dos direitos fundamentais como direitos dos indivíduos pede uma coexistência entre uma teoria subjetiva e uma objetiva. As teorias subjetivas do conteúdo essencial podem ser absolutas ou relativas. Na teoria relativa, o conteúdo essencial é aquilo que sobra após o sopesamento. Restrições que usam do princípio da proporcionalidade não afetam a garantia do conteúdo essencial, nem se, em caso concreto, nada restar do direito fundamental, pois a garantia do conteúdo

essencial é reduzida pelo princípio da proporcionalidade. Com a teoria absoluta, cada direito fundamental possui um núcleo em que não é possível nenhuma intervenção (ALEXY, 2015, p. 296).

Inobstante, mais completa e coerente irrompe a posição de Alexy, em que existem direitos que nunca são afastados por razões superiores. Trata-se de uma concepção absoluta, baseada na teoria relativa, vez que, “quanto mais se deixa de realizar um princípio, mais forte ele se torna”, ou seja, “a força das razões que justificam a não realização tem de aumentar tanto quanto aumenta a intervenção”. Desse modo, tem-se que, “quanto maior uma intervenção, mais difícil será sua justificação” (LIMA, 2014). E, assim, o núcleo essencial dos direitos fundamentais não importa limitação alguma à ponderação, ao revés, decorre de sua utilização (ALEXY, 2002b, p. 290-291).

Nessa esteira, assim como o jurista desenvolve regras de argumentação hábeis a fundamentar uma decisão jurídica, na ponderação, também se observam regras que assegurem sua racionalidade. Pois a ponderação diz respeito à avaliação das possibilidades jurídicas e fáticas que um princípio dispõe para ser realizado, na medida em que depende diretamente da intervenção de um princípio contraposto no caso concreto. Destarte, Alexy criou um sistema que permite tentar atingir a maximização da realização de princípios, sem precisar recorrer à invalidação de um deles, de tal forma que “quanto maior é o grau da não satisfação de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2002b, p. 161).

4

A teoria da ponderação de princípios na prática: aplicação dos elementos parciais à hipótese de inelegibilidade da alínea g em busca de uma maximização de princípios

A discussão se resume, afinal, em uma questão de interpretação que privilegie os direitos po-

líticos, como direitos fundamentais que são, bem como prestigie a proteção do direito de ser eleito, o *ius honorum*, como um princípio que deve nortear uma democracia.

Conforme Pieroth e Schlink entendem que “com o imperativo da interpretação conforme aos direitos fundamentais, estes direitos influenciam a interpretação e a aplicação da lei ordinária pelos tribunais e pela Administração. O esforço metodologicamente correto da interpretação de uma disposição do direito ordinário permite a cada passo diversas interpretações; e quando estão em causa cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, a jurisprudência e a Administração têm uma margem de interpretação especialmente ampla. Neste caso, a vinculação aos direitos fundamentais exige que a decisão a favor de uma ou de outra interpretação se oriente pelos direitos fundamentais. Essa decisão tem de fazer valer os direitos fundamentais e interpretar o direito ordinário de forma a proteger os direitos fundamentais e a preservar e a promover a liberdade” (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 71-72).

Pois então, determina o art. 5º, inciso LIV, da Carta Constitucional que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Como aventado, a Lei das Inelegibilidades passou a exigir o dolo no ato de improbidade do qual decorre a desaprovação das contas, para fins de caracterização da inelegibilidade prevista em seu art. 1º, inciso I, alínea g.

Na lição de Zaffaroni, “dolo é uma vontade determinada que, como qualquer vontade, pressupõe um conhecimento determinado” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 415). Destarte, dolo configura-se a consciência da vontade de realizar a conduta descrita no tipo, restando composto, necessariamente, de dois elementos: (i) conhecer previamente e (ii) querer (elemento volitivo), sendo que, em síntese, traduz-se na representação da vontade de alcançar o resultado típico (BITENCOURT, 2004, p. 256). Segundo Fernando

Capez, dolo é gênero e pode ser (i) direto e (ii) indireto. Enquanto dolo direto ocorre na ocasião em que o autor quer diretamente a produção do resultado típico, o dolo indireto (eventual) realiza-se quando o resultado é aceito como possibilidade da conduta (probabilidade), ou seja, o autor não se importou em produzi-lo. Em outra classificação, Capez subdivide o conceito de dolo em: (i) genérico e (ii) específico, em que o dolo genérico é a realização de uma conduta sem uma finalidade especial (pratica-se tão somente o núcleo do tipo) e dolo específico, por sua vez, exige a finalidade especial do agente, além dos elementos objetivos do tipo (CAPEZ, 2004, p. 191).

A devida fundamentação é corolário do devido processo legal.

Nesse sentido, reputa-se alarmante a configuração de inelegibilidades através da interpretação por um “dolo genérico”. Segundo Márcio Cammarosano e Flávio Henrique Unes Pereira, estar-se-ia desincumbindo o juiz do dever de motivar sua decisão a partir da situação de fato apresentada. Isto é, ao se falar “no terreno pragmático” ou “em tese”, significa que se considera suficiente apenas o descumprimento patente da lei para constatar a existência de uma improbidade. Em termos mais claros: considerando que não se pode alegar desconhecimento de uma determinada norma (ou de qualquer norma), bastaria a sua mera violação para atestar conduta ímproba (CAMMAROSANO; UNES PEREIRA, 2014).

Tanto quanto o respeito às normas processuais e procedimentais, a devida fundamentação é corolário do devido processo legal, principalmente quando se fala em proteção a um direito fundamental, qual seja o direito à participação cidadã. Pois o devido processo legal substantivo vai além da decisão formal, proferida pelo juiz frente a um caso concreto (controle difuso).

Outrossim, o devido processo substantivo se constitui verdadeiro limitador à atuação do próprio legislador, implicando a observância aos critérios de justiça, razoabilidade e racionalidade, bem como ao princípio da proporcionalidade – inerente à Administração – e às garantias constitucionais, quais sejam o acesso à justiça, igualdade entre as partes, ampla defesa e contraditório, e, sobretudo ao que interessa ao tema proposto, o respeito ao princípio do juiz natural (NOVELINO, 2008, p. 332).

Observando-se a ordem estabelecida e já dispondo de um suporte fático com possibilidades jurídicas e fáticas, qual seja a negativa de ampla defesa, ofensa ao juiz natural e ao devido processo legal decorrentes da declaração de inelegibilidade em função da desaprovação de contas nos termos da alínea g, há que se iniciar a aplicação pelo elemento da adequação com o objetivo de alcançar uma maximização dos princípios envolvidos e mitigados.

Existe a norma estabelecida pelo art. 1º, inciso I, alínea g, da LC nº 64/1990, conforme as alterações da Lei nº 135/2010, que é o meio disposto a atingir o fim desejado, traduzido na promoção do princípio da probidade administrativa, o qual traz consigo o pretenso escopo da Lei da Ficha Limpa de curvar-se ao interesse público e barrar candidaturas “espúrias”, considerando a moralidade para o exercício do mandato.

Contudo, como já apontado, a norma da alínea g infringe de forma direta, mormente, a promoção do princípio do *ius honorum*, cuja reverberação reflete instantaneamente no devido processo legal, juiz natural e ampla defesa, sem mencionar as controvérsias relativas à presunção de inocência. Nesse sentido, vale lembrar que o prestígio a tais princípios estaria condicionado ao cumprimento integral dos requisitos inerentes à declaração da inelegibilidade, o que não ocorre na prática.

Cabe consignar que, se a norma destacada configurasse meio adequado apto à promoção,

sobretudo do princípio da probidade administrativa, não poderia infringir outro princípio, como manifestamente ocorre no caso observado. Dessa forma, haveria a possibilidade de declarar inválida a norma constante na alínea g por não se configurar adequada à otimização do princípio da probidade. No entanto, a discussão não se encerra neste ponto, visto que a Suprema Corte entendeu pela constitucionalidade da lei e insistiu no “princípio moralizador” inerente à proposta legislativa. Assim, a colisão ainda não foi superada na medida em que a adequação não se mostrou suficiente a resolver a ponderação.

Pois, uma vez não sanada a questão, consoante a teoria elaborada por Alexy, passa-se à aplicação do critério da necessidade. Enquanto que a necessidade constitui a não existência de qualquer outro meio menos restritivo, a colisão se resolve em favor do princípio do meio menos gravoso ao direito fundamental em questão. Há que se realizar um juízo comparativo, pois se o meio escolhido na adequação restringe outro direito fundamental, impende que sejam buscados meios alternativos que não atinjam este outro direito fundamental.

Considerando o suporte fático apresentado, existe o meio M1, aqui representado pela norma disposta na alínea g, e o meio M2, o qual traduz-se pelos requisitos elencados na Lei de Improbidade Administrativa para que seja declarada a inelegibilidade, levando ao raciocínio de que não haverá imputação de improbidade administrativa por outro meio que não seja o do rito ordinário na justiça comum.

Então, os dois meios devem vislumbrar o fim F, que se traduz no respeito ao direito fundamental do *ius honorum*. Mas, enquanto o meio M2 apenas pugna pelo pleno exercício dos princípios do devido processo e juiz natural, sem influenciar o princípio da probidade administrativa, endossando-o em verdade, o meio M1 pugna pelo alcance da probidade, infringindo, novamente, o princípio do devido processo legal substantivo, além do princípio da legalidade e ampla defesa.

Assim, o direito fundamental do *ius honorum* será otimizado na maior medida possível se escolhido o meio M2. Destarte, sob a visão da otimização, somente M2 deveria ser permitido, enquanto M1 proibido. Ocorre que, em contrapartida, argumenta-se que M2 poderia ferir o princípio da celeridade inerente ao processo eleitoral, importando em uma insuficiência do elemento da necessidade à resolução da ponderação.

Destarte, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito – ou ponderação estrita – é exatamente a forma de efetuar o controle desse dever de otimização no caso concreto. E, analisando o assunto tratado no presente artigo, o que se percebe é uma descarada desproporcionalidade quando a Justiça Eleitoral declara inelegível um determinado candidato em função da desaprovação de suas contas, sem que lhe tenha sido garantido o contraditório e ampla defesa a respeito do principal elemento que motiva a declaração de inelegibilidade, fundamentando tal decisão no entendimento “em tese” do que constituiria o “ato doloso de improbidade administrativa” por ele praticado, ou ainda pior, efetivando um provimento jurisdicional sobre um fato – improbidade dolosa – que foge da sua alçada de competência.

Como percebe Marilda de Paula Silveira, até o momento em que o gestor público decide pela candidatura, tem contra si apenas uma decisão que rejeita suas contas, que, eventualmente, pode acarretar alguma sanção pecuniária (SILVEIRA, 2016). Num cenário ideal (de quem não poderia alegar o desconhecimento do direito), ele até deveria ter ciência da potencial inelegibilidade que pudesse lhe alcançar, sendo certo, em todo o caso, que sobre ele também não penderia qualquer imputação de improbidade e, menos ainda, do cometimento de ato ímprobo doloso (genérico ou específico) (SILVEIRA, 2016).

Dessa forma, até aqui o agente político não teria oferecido defesa ou sequer produzido material probatório. Tampouco o contraditório seria opor-

tunizado no procedimento de julgamento de contas (por tal análise não competir aos Tribunais de Contas e ao Poder Legislativo ou por prescindir de defesa técnica por advogado), ou nos registros de candidatura (por não haver instrução probatória sobre os fatos ou por não incumbir à Justiça Eleitoral tal avaliação) (SILVEIRA, 2016).

A lei eleitoral necessita da aplicação da regra da lei de improbidade administrativa.

Nesse caso, ainda que o indivíduo imputado pudesse recorrer sobre a decisão de rejeição das contas, não existe mecanismo judicial hábil para tanto, “que declarasse a inexistência de improbidade ou de dolo” (SILVEIRA, 2016). Também é assim quando imputada a prática de atos de improbidade dolosa no registro de candidatura, pois não existem opções para dismantelar a decisão.

Marilda Silveira aponta que o respeito ao preceito constitucional do devido processo e, por conseguinte, do juízo natural envolve, para além da garantia de contraditório,

“ampla instrução probatória e a clareza quanto aos potenciais resultados do julgamento, para que os eventuais afetados não sejam surpreendidos com uma decisão unilateral e abrupta do Poder Público” (SILVEIRA, 2016).

Veja-se que tanto a regra da lei eleitoral quanto a da lei de improbidade não rivalizam, pelo contrário, complementam-se, na medida em que a lei eleitoral, para que seja aplicada em sua plenitude, necessita da aplicação da regra da lei de improbidade administrativa. Não havendo o cumprimento da regra da lei de improbidade – de que a declaração de ato doloso de improbidade só pode se dar na forma da lei de improbidade –, a lei eleitoral não pode ser aplicada, uma vez que a irregularidade de que trata a alínea g não estaria

caracterizada como ato doloso de improbidade administrativa. Isso tudo é reforçado por princípios como o do devido processo legal, que na sua amplitude abrangem os princípios do contraditório e da ampla defesa e do juiz natural.

Nessa esteira, é patente afirmar: a alínea g do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/1990, com os acréscimos da Lei Complementar nº 135/2010, é multiplamente inconstitucional. Aliás, como bem aponta Cyrineu, o problema reside no fato de que o sistema constitucional dedicou a improbidade administrativa apenas e tão somente ao exame exclusivo do Poder Judiciário, concebendo-o, portanto, “única instituição habilitada a dizer se um cidadão cometeu conduta ímproba” (CYRINEU, 2017).

Considerando, portanto, que foi dada ao Judiciário a palavra em caráter exclusivo, é seguro dizer que não compete à Justiça Eleitoral determinar o que constitui “ato doloso de improbidade administrativa de natureza insanável”. Porquanto a Constituição estabelece o devido processo legal, o vocábulo “devido” deve ser entendido como o processo legal regulamentado na Lei de Improbidade, que designa, sob a égide do princípio do juiz natural, que a autoridade competente para processar e sentenciar o cidadão por ato de improbidade é o juiz da causa, seja este da Justiça Comum Estadual ou Federal, e não os Tribunais de Contas ou a Justiça Eleitoral. O juiz natural é, por consequência, aquele já indicado no art. 17 da Lei de Improbidade, com ampla dilatação probatória.

Assim, sob a égide da ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito, observando a teoria elencada por Robert Alexy, constata-se que o meio utilizado pela norma da alínea g é inadequado, sopesando-se com os princípios da probidade, devido processo, contraditório e ampla defesa e juiz natural. Estes são, por sua vez, direitos fundamentais com caráter de princípio fundante da Constituição e que se mostram

profundamente atingidos através da aplicação da referida norma. A celeridade do processo eleitoral como argumento contrário não prospera, na medida em que a atribuição da comprovação do dolo não é da Justiça Eleitoral, ainda que a declaração da inelegibilidade ocorra na seara eleitoral.

Ademais, tratando-se de direito fundamental que diz respeito ao exercício da capacidade eleitoral passiva, quando se pretende sua restrição, conforme Alexy, impera a preservação do seu conteúdo nuclear. E, para além disso, o respeito aos direitos políticos, os quais, ainda que de dimensão prestacional, exercem função precípua de direito de defesa – direitos de defesa do indivíduo ante o Estado, no que diz respeito a liberdade pessoal e propriedade (SARLET, 2015, p. 181-184).

5 Conclusão

A interpretação acerca de qualquer dispositivo legislativo deve levar em consideração os princípios constitucionais como norteadores, sob pena de abalar todo o sistema que neles se alicerça. Dentro desse contexto, a própria hermenêutica dos dispositivos da Constituição demanda a observância de aspectos característicos, destacando-se a otimização da efetividade a ser oferecida, em especial, aos direitos fundamentais com caráter de princípios.

Considerando que podem existir colisões entre os princípios envolvidos em uma dada circunstância, impende a utilização da teoria da ponderação oferecida por Alexy, objetivando possibilitar a aplicação da máxima otimização dos princípios com uma garantida cientificidade, sendo este um dos maiores méritos do autor. Além disso, ofereceu um caminho racional para solução de colisões, desenvolvendo um método plenamente aplicável em casos concretos.

A ponderação consiste no método necessário ao equacionamento das colisões entre princípios,

em que se busca alcançar um ponto ótimo, em que a restrição a cada um dos direitos fundamentais envolvidos seja a menor possível, na medida exata à salvaguarda do direito contraposto. Foi o que se propôs este estudo, ao escolher como partida e análise a disposição da hipótese de inelegibilidade relacionada ao processo de prestação de contas, estabelecida na Lei Complementar nº 64/1990, em seu art. 1º, inciso I, alínea g.

Com efeito, muitas discussões têm sido travadas acerca do tema, por força dos aspectos subjetivos apresentados na redação atual do referido diploma, em função das alterações legislativas decorrentes da Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), quais sejam a configuração de uma irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, impactando diretamente a restrição do *ius honorum* e de demais direitos fundamentais envolvidos, o que torna imprescindível uma análise conforme a Constituição.

Os questionamentos que envolvem o Direito Eleitoral são muito perigosos, pois cogita-se da democracia e, ainda, da observância do devido proces-

so legal. Nesse sentido, há que se falar em devido processo como garantia à inelegibilidade, isto é, sobreleva notar o perfil estabelecido pela Constituição aos princípios fundamentais, estendendo seus efeitos não só para os processos de natureza penal e civil, mas também para a seara administrativa, incluindo-se os de cunho político, como é o caso da prestação de contas. Mister, ainda, por envolver restrição ao direito fundamental de participação política.

É notório, inclusive, que o sistema carece de maiores aperfeiçoamentos no sentido de garantir um processo administrativo que efetivamente persiga a verdade material, contemplando o amplo direito de defesa e com a participação de todos os agentes envolvidos na gestão, também daqueles cujas condutas necessitam maiores esclarecimentos, ainda que indiretas ao ato irregular, tudo com vistas a identificar o que, de fato, levou à desaprovção da respectiva conta. Pois, uma vez que se trata de direitos políticos, intrinsecamente ligados aos direitos de cidadania, estar-se-á tratando diretamente de democracia representativa e da proteção do próprio Estado Democrático de Direito. ■

Bibliografia

- ALEX, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. México: Fontamara, 2002a.
- _____. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, 2003.
- _____. *Teoria da Argumentação Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.
- _____. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002b.
- _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.
- BITENCOURT, Roberto Cezar. *Tratado de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 ago. 2017.
- _____. *Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990*. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>. Acesso em: 14 ago. 2017.
- _____. *Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 22 ago. 2017.
- _____. *Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm>. Acesso em: 16 ago. 2017.
- CAMMAROSANO, Márcio; UNES PEREIRA, Flávio Henrique. Improbidade e esvaziamento do dolo. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC*, São Paulo, Revista dos Tribunais, fev. 2014.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Ensaio Avançado de controle interno: profissionalização e responsabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- CYRINEU, Rodrigo. Da inconstitucionalidade da alínea “g” da Lei da Ficha Limpa por violação ao postulado da reserva de jurisdição em matéria de improbidade e do due process of law. In: Ciclo de Debates da Abradep – Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político. Belo Horizonte, 10-11 maio 2017.
- GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- JÚDICE, Mônica Pimenta. Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras. Conflitos no Direito. *Conjur*. 2 mar. 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras>. Acesso em: 27 out. 2017.
- LIMA, André Canuto de F. O modelo de ponderação de Robert Alexy. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4077, 30 ago. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31437/o-modelo-de-ponderacao-de-robert-alexey-1>>. Acesso em: 24 out. 2017.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. São Paulo: Editora Método, 2008.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Trad. Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva Série IDP. 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- SILVEIRA, Marilda de Paula. STF decide quem julga as contas, mas e a inelegibilidade? *JOTA*. 7 ago. 2016. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/e-leitor/e-leitor-stf-deci-de-quem-julga-contas-mas-e-inelegibilidade-07082016>>. Acesso em: 24 ago. 2017.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 7. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- ZILIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

Candidatura sem partido, uma análise de constitucionalidade.

Ricardo Penteado

Advogado. Coordenador jurídico de diversas campanhas à Presidência da República e ao Governo do Estado. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (Iasp). Membro fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (Abradep).

Francisco Octavio de Almeida Prado Filho

Advogado. Mestre em Direito do Estado (PUC-SP). Vice-presidente da Comissão de Direito Eleitoral do Iasp. Membro fundador da Abradep.

Sumário

1. Introdução
 2. Hierarquia dos tratados internacionais ratificados em período anterior à promulgação da EC nº 45
 3. Sobre a previsão contida na Convenção Interamericana de Direitos Humanos
 4. Possibilidade de previsão de candidaturas avulsas por emenda constitucional
 5. Conclusão
- Bibliografia

1 Introdução

Pretende-se, no presente artigo, discutir a viabilidade jurídica das candidaturas avulsas, independentes de partido político, tema objeto do ARE nº 1.054.490, pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Em apertada síntese, discute-se se as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) sobre direitos políticos, ratificada pelo Brasil em setembro de 1992, têm *status* de norma constitucional e, ainda, se são ou não compatíveis com a exigência de filiação partidária prevista como condição de elegibilidade pelo art. 14, § 3º, inciso V, da Constituição da República.

O tema será analisado sob diversos aspectos, cada qual objeto de um tópico específico, a começar pela hierarquia dos tratados internacionais integrados ao ordenamento jurídico brasileiro.

2 Hierarquia dos tratados internacionais ratificados em período anterior à promulgação da EC nº 45

Em sua redação original, a Constituição de 1988 inseriu disposição a respeito de tratados internacionais de direitos humanos no capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais, mais precisamente em seu art. 5º, § 2º, nos seguintes termos:

“Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Inúmeros debates foram travados a respeito do alcance de tal dispositivo, cabendo ressaltar, nas palavras de Marcelo Ramos Peregrino Ferreira (2016, p. 88-89), que é

“inviável desconhecer a necessidade de o direito interno emprestar um fundamento de validade e prever expressamente a admissão, incidência e forma de recepção do direito internacional no ordenamento nacional”.

Como explica o autor:

“[...] a doutrina e jurisprudência vacilam sobre a qualidade dos tratados internacionais de direitos humanos no plano doméstico, perfilando as seguintes e principais teses: i) os que entendem que os tratados têm natureza constitucional; ii) a compreensão da suprallegalidade das convenções; iii) a noção de paridade entre os acordos internacionais e a lei ordinária; iv) a supraconstitucionalidade” (FERREIRA, 2016).

Um dos principais pontos de discussão diz respeito à interpretação dada à parte final do referido

§ 2º, especialmente o trecho em que menciona outros direitos e garantias, não expressos na Constituição, mas decorrentes “dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte”.

Respeitáveis doutrinadores defendem que a menção a outros direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais seria suficiente para conferir-lhes caráter constitucional. Nesse sentido, vale mencionar o entendimento de Antônio Augusto Cançado Trindade (1999, p. 66-67), para quem:

“Se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no tocante aos tratados de direitos humanos em que o Brasil é Parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os parágrafos 2 e 1 do artigo 5 da Constituição Brasileira de 1988, pela primeira vez entre nós a integrar o elenco dos direitos constitucionais consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano de nosso ordenamento jurídico interno. Por conseguinte, mostra-se inteiramente infundada, no tocante em particular aos tratados de direitos humanos, a tese clássica – ainda seguida em nossa prática constitucional – da paridade entre os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional”.

Como menciona o autor, o STF, até então, tinha jurisprudência consolidada no sentido da equiparação dos tratados internacionais de direitos humanos à lei ordinária,¹ considerando, entre outros fundamentos, a equivalência entre os quóruns de aprovação das leis e dos decretos legislativos de referendo dos tratados celebrados nos termos do art. 84, inciso VIII, da Constituição.

1. A tese da equivalência entre os tratados e a lei ordinária vinha sendo adotada pelo STF desde 1977, com o julgamento do RE nº 80.044-SE, de relatoria do ministro Xavier de Albuquerque.

Em dezembro de 2004, no entanto, foi promulgada a Emenda Constitucional (EC) nº 45, que, entre outras alterações, incluiu no art. 5º da Constituição os §§ 3º e 4º, a saber:

“§ 3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º - O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

Não havia mais dúvida, portanto, a respeito da possibilidade de equiparação dos tratados de direitos humanos à norma constitucional, mas, para atingir esse fim, a Constituição exigiu, expressamente, quórum equivalente ao previsto para a aprovação das emendas constitucionais.

Os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição.

A despeito da nova redação, as divergências continuaram, não com relação à possibilidade de novos tratados serem aprovados na forma prevista, mas com relação à natureza e hierarquia dos tratados promulgados anteriormente.

Sem pretender esmiuçar os fundamentos de cada uma das posições – até porque não é este o propósito do presente parecer –, cabe ressaltar que, desde 2008, com o julgamento do RE nº 466.343-SP,² o STF alterou seu entendimento anterior, que equiparava os tratados à lei ordinária, para reconhecer a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, tendo havido

posicionamento do ministro Celso de Mello pelo reconhecimento de sua constitucionalidade.

Dentre os diversos votos proferidos naquele julgamento, cabe citar o voto do ministro Gilmar Mendes, que entendeu que

“a discussão em torno do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004”.

Defendeu o ministro, em seu voto, que:

“Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.

Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico. [...]

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. [...]”.

De fato, com a devida licença dos respeitáveis posicionamentos em sentido diverso, a emenda passou a prever a possibilidade de equiparar os

2. Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 3/12/2008, DJe publicado em 5/6/2009.

tratados de direitos humanos à Constituição, mas exigiu, para esse fim, sua aprovação por quórum qualificado, coincidente com o previsto para a aprovação de emendas constitucionais.

Para além da importância dos tratados internacionais na matéria, a alteração enfatizou a necessidade de quórum qualificado de apreciação pelo Congresso Nacional para qualquer alteração no texto da Constituição.

O entendimento, que antes já poderia ser tirado do art. 60, § 2º, da Lei Maior, foi expressamente afirmado pelo novo § 3º do art. 5º, que, ao mesmo tempo em que previu a aprovação de tratados com *status* constitucional, exigiu um quórum qualificado, a reafirmar a necessidade de deliberação pelo Congresso Nacional, em procedimento e quórum equiparados ao das emendas, para toda e qualquer alteração no texto da Constituição.

Entendemos, na linha do citado voto proferido pelo ministro Gilmar Mendes, que não faria qualquer sentido exigir um quórum qualificado para que tratados fossem aprovados com equivalência às emendas constitucionais e, ao mesmo tempo, atribuir *status* constitucional a tratados aprovados sem respeito ao quórum determinado.

Cabe ao Congresso Nacional, como poder constituinte derivado, a decisão acerca da atribuição ou não de *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos do qual o Brasil faça ou venha a fazer parte.

Nessa linha de raciocínio, e reconhecendo a importância das normas sobre direitos humanos previstas nos tratados internacionais, entendemos correta a jurisprudência do STF que atribui aos referidos tratados, aprovados antes da vigência da EC nº 45, o caráter de supralegalidade.

A questão, no entanto, não se esgota aqui. Independentemente do entendimento que se adote a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, cabe analisar se, no caso concreto, a norma prevista no tratado é ou não compatível com o texto constitucional.

3 Sobre a previsão contida na Convenção Interamericana de Direitos Humanos

Diz o art. 23 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica):

“Artigo 23. Direitos políticos

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

a. de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;

b. de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e

c. de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal”.

Apresentado o teor do dispositivo, a questão que se põe é se suas disposições, mais precisamente a alínea *b*, do item 1, e o item 2, são ou não compatíveis com a exigência de filiação partidária prevista como condição de elegibilidade pelo art. 14, § 3º, inciso V, da Constituição da República.

A Convenção prevê a todos os cidadãos o direito de votar e de ser eleito. Estabelece, ainda, em seu item 2, que a regulação desses direitos só pode se dar

“por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal”.

Considerando a ausência de menção expressa à filiação partidária como motivo justificador da regulação do direito de ser votado, há quem defenda que essa exigência não poderia ser prevista

como condição de elegibilidade por qualquer dos países signatários.

A prevalecer tal entendimento, qualquer país que condicionasse a candidatura a qualquer cargo público à prévia filiação partidária ou a qualquer outro motivo não previsto na Convenção – como, aliás, faz a Lei de Inelegibilidades, conhecida como Lei da Ficha Limpa, especialmente após as alterações incluídas pela LC nº 135/2010 – estaria descumprindo o tratado internacional.

Basta uma rápida pesquisa, entretanto, para verificar que a restrição a candidaturas independentes está longe de ser uma peculiaridade brasileira.

Nesse sentido, de acordo com levantamento feito em mais de 200 países pela Administration and Cost of Elections (ACE), projeto do International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA), em conjunto com o The Carter Center e diversas outras organizações internacionais, constatou-se que **57% dos países estabelecem algum tipo de restrição para candidaturas independentes**, a saber: 37% as permitem apenas para cargos legislativos; 11%, apenas nas eleições presidenciais; e 9% não as permitem para qualquer cargo, grupo em que se encontra o Brasil, junto com Argentina, Uruguai, Suriname, Guiana, Nicarágua e Honduras, apenas para citar os países da América Latina.³

O fato é que, longe de caracterizar restrição indevida ao direito de se candidatar, a exigência de vinculação do candidato a um partido político é consequência do modelo de sistema político-representativo adotado pelo país, tendo em vista

suas peculiaridades, como reconheceu a própria Corte Internacional de Direitos Humanos quando do julgamento do caso que Jorge Castañeda Gutman moveu contra os Estados Unidos Mexicanos:

“La Corte considera que el Estado ha fundamentado que el registro de candidatos exclusivamente a través de partidos políticos responde a necesidades sociales imperiosas basadas en diversas razones históricas, políticas, sociales. La necesidad de crear y fortalecer el sistema de partidos como respuesta a una realidad histórica y política; la necesidad de organizar de manera eficaz el proceso electoral en una sociedad de 75 millones de electores, en las que todos tendrían el mismo derecho a ser elegidos; la necesidad de un sistema de financiamiento predominantemente público, para asegurar el desarrollo de elecciones auténticas y libres, en igualdad de condiciones; y la necesidad de fiscalizar eficientemente los fondos utilizados en las elecciones. [...]”.

É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, nos termos do art. 17 da CF.

Em nosso modelo constitucional, a despeito de ser exigida a filiação partidária como condição de elegibilidade, cabe destacar que é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, nos termos do art. 17 da Constituição Federal (CF).

De outro lado, o Estado não tem ingerência sobre o funcionamento dos partidos capaz de impedir qualquer pessoa de se filiar.

Diferentemente das diversas hipóteses de inelegibilidade previstas na Lei de Inelegibilidade (LC nº 64/1990, com as alterações da LC nº 135/2010), em que o Estado, por seus agentes, restringe a elegibilidade por motivos não previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos,⁴ sem

3. Disponível em: <<http://aceproject.org/epic-em>>.

4. Como exemplos: as alíneas *d* e *j* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990, que preveem como hipótese de inelegibilidade a condenação por órgão colegiado da Justiça Eleitoral (não em processo penal, como prevê o pacto); a alínea *g* do mesmo dispositivo, que prevê uma decisão do Tribunal de Contas ou, ainda, do órgão legislativo responsável pelo julgamento das contas como hipótese de inelegibilidade; a alínea *l*, que trata da condenação por órgão colegiado por ato de improbidade; a alínea *m*, que considera inelegíveis aqueles que “forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente”, entre inúmeras outras hipóteses não previstas, nem autorizadas pela Convenção Interamericana.

qualquer outro remédio ao prejudicado que não o recurso às vias judiciais, a exigência de filiação partidária independe, para seu cumprimento, de qualquer ato discricionário do Estado brasileiro.

A verdade é que, muito além de exigência isolada, prevista no art. 14, § 3º, inciso V, da Constituição da República, a vinculação dos candidatos a partidos políticos é base de todo o sistema eleitoral-representativo adotado entre nós.

Nesse sentido, nos termos da Constituição e também da legislação ordinária, os partidos é que são os destinatários dos recursos do financiamento público eleitoral e do tempo gratuito de rádio e TV.⁵ O funcionamento das Casas Parlamentares também foi estruturado com base nos partidos políticos⁶ e até mesmo a Comissão designada pela Mesa do Congresso Nacional para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas referentes ao estado de defesa e ao estado de sítio deve ser formada após “ouvidos os líderes partidários”.⁷

Por fim, o art. 77, § 2º, da Constituição, ao tratar da eleição do presidente da República, reitera a necessidade de que seja candidato “registrado por partido político”.

A importância dos partidos políticos no sistema representativo nacional foi bastante ressaltada nos debates travados pelo STF quando do julgamento do MS nº 26.602-3,⁸ que chancelou a fidelidade partidária imposta pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) a partir da interpretação do texto constitucional.

A esse respeito, é bastante ilustrativo trecho do voto proferido pelo ministro Menezes Direito por ocasião do mencionado julgamento:

“Ora, a obrigatoriedade de filiação partidária significa, pelo menos na minha avaliação, que a origem da representação popular como forma de exercício da soberania popular está indissociavelmente ligada à existência dos partidos políticos que são indispensáveis para que se dê consequência aos direitos políticos assegurados pelo constituinte de 1988.

Ainda que não se considere, para efeito da interpretação constitucional, a disciplina infra-

constitucional que estabelece os mecanismos para a formatação do sistema proporcional e contagem de votos, tudo repousando na organização dos partidos políticos, como já demonstrado na resposta à consulta feita ao TSE, o certo é que existe um vínculo necessário, diria eu, até mesmo imperativo, entre o eleitor e o candidato passando necessariamente pelo partido político por meio do qual ele se apresenta ao corpo político em busca de um mandato. Ora, essa vinculação obrigatória traduz-se em tornar o mandato obtido dependente do partido político, considerando que a opção individual por este ou aquele candidato está ligada ao partido na medida em que não há candidato sem partido que lhe dê suporte e os votos na representação proporcional estão vinculados ao partido político para a obtenção da vitória eleitoral. [...]

Se os partidos foram transformados em meros instrumentos de acesso ao poder popular da representação política, com isso abastardando-se, assim foram se tornando à míngua de uma interpretação consentânea com a natureza do sistema de representação popular que, no caso brasileiro, impõe obrigatória filiação partidária. Isso, sem dúvida, mancha o sistema de representação popular e remete a possibilidade de que sejam autorizadas candidaturas avulsas desvinculadas dos partidos, o que, sob todas as luzes, é vedado pela Constituição Federal [...]”.

Vê-se, pois, que um dos argumentos invocados foi justamente a necessidade de combater o enfraquecimento dos partidos políticos, afirmando a necessidade de fidelidade partidária, em “interpretação consentânea com a natureza do sistema de representação popular”.

5. CF, art. 17, § 3º.

6. Como exemplo, o art. 58, § 1º, da CF:

“Art. 58 - [...]”

§ 1º - Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa”.

7. CF, art. 140.

8. Rel. Min. Eros Grau, j. 4/10/2007, DJe publ. em 17/10/2008.

Tratou-se de clara intervenção judicial com o declarado objetivo de alterar a relação entre os mandatários políticos e os partidos pelos quais foram eleitos, com a finalidade última de fortalecer os partidos pela imposição da fidelidade de seus membros.

Tanto os partidos quanto a classe política de maneira geral estão desacreditados pela população.

Ao invés de atingir os objetivos esperados, no entanto, a medida acabou por resultar em significativo aumento no número de partidos, considerando-se a criação de novas agremiações um dos casos de justa causa para a mudança sem perda do mandato.

O exemplo apenas ressalta que modificações pontuais, impostas sem ampla discussão pelas Casas Legislativas, nem sempre atingem o resultado esperado e podem desconfigurar o sistema como um todo.

Não há dúvida de que hoje, por inúmeras razões, entre as quais os gravíssimos casos de corrupção que vieram à tona, vivemos uma crise de representatividade, sendo certo que tanto os partidos quanto a classe política de maneira geral estão desacreditados pela população.

Infelizmente, no entanto, a questão não será resolvida de maneira fácil, como num passe de mágica, com decisões simplistas, sem ampla discussão legislativa, que enfraqueçam ainda mais os partidos políticos.

Feitas essas breves considerações, volta-se a tratar da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do já citado caso movido por Jorge Castañeda Gutman contra os Estados Unidos Mexicanos, em razão da negativa de inscrição de sua candidatura independente à Presidência. Entendeu a Corte, em 2008, que:

“[...] 198. La Corte observa que en el derecho electoral comparado la regulación del derecho a ser votado respecto de la inscripción de las candidaturas puede implementarse de dos maneras; mediante el sistema de registro de candidatos de forma exclusiva por parte de los partidos políticos, o bien el sistema de registro de candidaturas por parte de los partidos políticos junto con la posibilidad de inscribir candidaturas independientes. En la región puede observarse que existe cierto equilibrio entre los Estados que establecen el sistema de registro exclusivo a cargo de partidos y aquellos que, además, permiten candidaturas independientes. [...]”

200. Ninguno de los dos sistemas, el de nominación exclusiva por parte de partidos políticos y el que permite candidaturas independientes, resulta en sí mismo más o menos restrictivo que el otro en términos de regular el derecho a ser elegido consagrado en su artículo 23 de la Convención. [...]”

201. Las candidaturas independientes pueden regularse de manera que faciliten y amplíen el acceso al derecho a ser votado, pero también puede ocurrir que para inscribir candidaturas independientes se establezcan requisitos mayores que los establecidos para nominar a un candidato por un partido político. El sólo hecho de permitir candidaturas independientes no significa que se trate del medio menos restrictivo para regular el derecho a ser votado. Lo esencial es que cualquiera de los dos sistemas que sea elegido haga accesible y garantice el derecho y la oportunidad a ser votado previsto en la Convención en condiciones de igualdad. [...]”

Assim, o órgão judicial encarregado de aplicar e interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos entendeu que nenhum dos sistemas, seja o da participação obrigatória dos partidos políticos ou o que permite candidaturas independentes, é, por si só, mais ou menos restritivo ao direito de ser eleito, previsto no art. 23 da Convenção.

A Corte considerou que:

“Como ha sido señalado, la Convención Americana, al igual que otros tratados internacionales de derechos humanos, no establece la obligación de implementar un sistema electoral determinado. Tampoco establece un mandato específico sobre la modalidad que los Estados partes deben establecer para regular el ejercicio del derecho a ser elegido en elecciones populares [...]”

E concluiu:

“204. Finalmente, la Corte considera que **ambos sistemas, uno construido sobre la base exclusivamente de partidos políticos, y otro que admite también candidaturas independientes, pueden ser compatibles con la Convención y, por lo tanto, la decisión de cuál sistema escoger está en las manos de la definición política que haga el Estado, de acuerdo con sus normas constitucionales.** A la Corte no se le escapa que en la región existe una profunda crisis en relación con los partidos políticos, los poderes legislativos y con quienes dirigen los asuntos públicos, por lo que resulta imperioso un profundo y reflexivo debate sobre la participación y la representación política, la transparencia y el acercamiento de las instituciones a las personas, en definitiva, sobre el fortalecimiento y la profundización de la democracia. La sociedad civil y el Estado tienen la responsabilidad, fundamental e inexcusable de llevar a cabo esta reflexión y realizar propuestas para revertir esta situación. En este sentido los Estados deben valorar de acuerdo con su desarrollo histórico y político las medidas que permitan fortalecer los derechos políticos y la democracia, y las candidaturas independientes pueden ser uno de esos mecanismos, entre muchos otros”.

Assim, considerando a clara opção adotada pela Constituição da República, de incluir os partidos políticos como elemento essencial de nosso sistema eleitoral, e o entendimento adotado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão jurisdicional autônomo cujo objetivo é a aplicação

e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, entendemos que, independentemente da hierarquia que se dê à Convenção, **não há qualquer incompatibilidade com a exigência de filiação partidária prevista na Constituição.**

4 Possibilidade de previsão de candidaturas avulsas por emenda constitucional

Não há dúvida de que o foro de discussão competente para promover alterações no texto constitucional é o Congresso Nacional, razão pela qual, havendo interesse em adotar um modelo de candidaturas avulsas, independentes de partidos políticos, tal modificação teria que ser feita por meio de emenda à Constituição.

Do ponto de vista estritamente jurídico, no entanto, cabe anotar que tal modificação traria grande impacto ao sistema eleitoral previsto no ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual pouco adiantaria a simples supressão da exigência de filiação partidária como condição de elegibilidade prevista no art. 14, § 3º, inciso V, da Constituição da República.

É que, como já exposto, a construção de todo o sistema político-eleitoral é fundada na necessária participação dos partidos políticos. Não é por outra razão que a distribuição dos recursos do fundo partidário, do novo fundo de financiamento eleitoral e do tempo de propaganda gratuita no rádio e na televisão é feita entre os partidos políticos, e não entre os candidatos.

De igual forma, inúmeras regras de funcionamento das Casas Legislativas dependem da existência e participação dos partidos políticos.

Também no sistema proporcional, das eleições para o Legislativo, os partidos são essenciais para determinar o resultado da eleição, tendo em vista que o número de cadeiras a que cada partido terá direito será calculado pelo número de votos dados ao partido, que preencherá as cadeiras com seus candidatos mais votados.

Tem-se, pois, que eventual alteração constitucional para autorizar as candidaturas avulsas teria que ser acompanhada por uma ampla reforma, tanto da Constituição quanto da legislação infraconstitucional, de modo a adequar o sistema a essa nova realidade.

5 Conclusão

Conclui-se, do exposto, que:

1. A Convenção Interamericana de Direitos Humanos foi aprovada entre nós com *status* de

supralegalidade, a dizer, prevalece sobre toda a legislação ordinária, não podendo ser por ela revogada, mas submete-se à Constituição.

2. Não há incompatibilidade entre os direitos políticos previstos no art. 23 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e a exigência constitucional de filiação partidária como condição de elegibilidade.

3. É possível a previsão de candidaturas avulsas por meio de emenda constitucional, mas tal alteração deveria ser acompanhada de ampla reforma para adequar o sistema a essa nova realidade. ■

Bibliografia

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. *O Controle de Convencionalidade da Lei da Ficha Limpa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos

humanos nos planos internacional e nacional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 36, 1999. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/issue/view/79/showToc>>.

C

ombatendo as *fake news* no processo eleitoral.

Dilemas das iniciativas de controle pelo TSE.

Rodolfo Viana Pereira

Professor da Faculdade de Direito da UFMG. Doutor pela Universidade de Coimbra. Mestre pela UFMG. Pós-graduado pela Universidade de Paris II e pela Universidade da Califórnia, Irvine. Coordenador acadêmico do IDDE. Fundador e primeiro coordenador-geral da Abradep. Advogado.

Renê Moraes da Costa Braga

Doutorando e mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Professor da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete. Ex-professor da Universidade Federal de Ouro Preto. Advogado.

Sumário

1. Introdução
 2. *Fake news* e eleições, uma preocupação mundial
 3. A atuação do TSE e as *fake news* na campanha de 2018
 4. Como as coisas viralizam? Centralização ou dispersão?
 - 4.1. O estado da arte na análise de difusão de notícias falsas
 - 4.2. Ainda sobre a atuação do TSE no combate às *fake news*
 5. Conclusão
- Bibliografia

1 Introdução

No ano de 2016, o mundo assistiu, com certo assombro, à eleição de Donald Trump. Além da forma através da qual a campanha do presidente dos Estados Unidos se consolidou e alcançou a vitória, causou espanto o fato de a maioria das pesquisas eleitorais realizadas à época apontarem para a vitória da candidata derrotada, a democrata Hillary Clinton (VITÓRIA, 2016).

Após o sobressalto inicial, começaram a surgir várias teorias tentando explicar qual seria a razão da vitória de Trump, e a narrativa que ganhou mais força foi a de que a vitória do candidato re-

publicano deveria ser atribuída à disseminação de notícias falsas (ALLCOTT, GENTZKOW, 2017).

O uso de notícias falsas na política, no entanto, não é algo novo. Durante a Revolução Francesa, por exemplo, a difusão de libelos (pequeno escrito acusatório publicado, geralmente, de forma anônima) era muito comum e difundida (sobre o assunto, ver DARNTON, 2012).

Qual a razão, portanto, para que o uso da mentira ganhasse tamanho destaque? O fato novo a colocar no centro das discussões político-eleitorais quanto à disseminação de conteúdos falsos é, sem dúvida, o uso da internet como meio de propulsão.

Sua utilização como meio de divulgação traz vários complicadores para os órgãos de controle, tais como a influência e a participação de outros países e/ou grupos organizados, a utilização de bots a impulsionar exponencialmente a disseminação do conteúdo, bem como a dificuldade técnica de coibir eficazmente essa prática.

Com o cenário descrito nesses termos distópicos, as fake news se tornaram imediatamente uma preocupação para as democracias ocidentais. No Brasil, já adiantando o início da campanha eleitoral de 2018, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) tem tomado várias medidas se antecipando às discussões que certamente surgirão no decorrer do ano.

No entanto, se o contexto está coberto de complicadores, faz-se necessária uma análise atenta das questões envolvidas, deixando de lado os diagnósticos passionais e distópicos motivados por uma análise parcial.

A evolução da ciência de dados possibilitou saber, com relativa certeza, qual é o alcance de uma determinada história, isto é, saber quantas pessoas interagiram com um determinado conteúdo postado. E os números, muitas vezes vertiginosos, podem estimular uma análise açodada e incompleta. É preciso compreender como e por que as notícias “viralizam” para então conseguir determinar se as narrativas de uma nova “guerra fria

propagandista” são realmente fundadas. É esse o objetivo do presente artigo.

2 Fake news e eleições, uma preocupação mundial

Como mencionado, as fake news entraram, de vez, na pauta de discussões dos países com eleições democráticas, muito em razão das acusações de que a eleição para presidente dos Estados Unidos da América foi influenciada diretamente pela sua propagação com vistas a beneficiar Donald Trump e, assim, prejudicar a imagem da candidata democrata, Hillary Clinton.

A evolução da ciência de dados possibilitou saber, com relativa certeza, qual é o alcance de uma determinada história.

A narrativa não se consolidou sem razão, já que pesquisas indicam a divulgação de 115 histórias falsas favoráveis à campanha de Donald Trump que foram compartilhadas mais de 30 milhões de vezes, comparadas a 41 notícias falsas pró-Hillary, compartilhadas 7,6 milhões de vezes (ALLCOTT, GENTZKOW, 2017).

O fato é tão grave que levou o procurador especial Robert Mueller a apresentar um conjunto de acusações criminais contra ex-assessores da campanha de Donald Trump, sob a acusação de terem conspirado com a Rússia para influenciar a eleição de 2016 (PROCURADOR, 2018).

Ao mesmo tempo, outros países já anunciaram medidas para impedir a influência das fake news subindo o tom contra a influência russa, tal como feito, no Reino Unido, pela primeira-ministra Theresa May (JAMES; PIPER; EVANS, 2018).

E se, por um lado, tais fatos não podem ser interpretados como prova de que os sistemas de

mocráticos ocidentais estão à mercê de grupos manipuladores organizados, vários indicadores demonstram que os conteúdos falsos causam danos à democracia.

Tome-se como exemplo singelo o caso “baleia azul”, que ganhou notoriedade na mídia no início do ano de 2017. Matéria veiculada pelo *Jornal da Record* dava notícia de um jogo divulgado através de grupos fechados de redes sociais que impunha uma lista de tarefas aos seus participantes como, por exemplo, se arriscar no alto de um edifício, desenhar uma baleia no corpo com uma faca ou passar madrugadas inteiras assistindo a filmes de terror (FAMÍLIAS, 2017).

A lista, que totalizaria 50 tarefas, tinha como a última delas pular de um prédio para tirar a própria vida. O jornal noticiava, ainda, que o número de casos de suicídios atribuídos ao jogo na Rússia já chegava a 130 (JOGO EM REDE, 2017).

O caso ocupou a pauta da imprensa durante vários dias, e, num ciclo de retroalimentação, a cobertura midiática impulsionou a criação de vários grupos em redes sociais que discutiam o jogo, causando verdadeira comoção nacional.

Em função do alarde causado, vários projetos de lei foram propostos, como, por exemplo, o Projeto de Lei nº 7.430/2017, de autoria do deputado Áureo, do Solidariedade-RJ, que menciona expressamente o jogo “baleia azul” em sua justificativa e propõe a inclusão de uma causa de aumento de pena no crime de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, quando este for “praticado por via informática, eletrônica, digital ou outros meios de disseminação de comunicação em massa”, além de alterações no crime de perigo para a vida ou saúde de outrem.

No mesmo sentido, foram apresentados os Projetos de Lei nº 7.047/2017, nº 7.441/2017, nº 7.460/2017, nº 7.506/2017 e nº 7.538/2017, todos na Câmara dos Deputados.

O problema, no entanto, é que o jogo nunca existiu da forma noticiada pelo *Jornal da Record*.

O fenômeno “baleia azul” nada mais era do que uma notícia falsa já desmentida na Europa havia mais de um ano (JOGO, 2017).

Isso não impediu, contudo, que o assunto ocupasse os veículos de comunicação em massa, bem como a pauta do Congresso Nacional durante longo tempo.¹ Isso prova que a ameaça das notícias falsas à democracia e suas instituições é, portanto, real.

Some-se a isso o fato de que, como já alertava Denis McQuail (2003) há quase 20 anos, a internet apresenta característica que a distingue de todos os outros meios de comunicação, qual seja a interatividade. Essa característica das aplicações de internet faz com que a distribuição do conteúdo se dê de forma diferente. Não são os meios de comunicação que enviam o conteúdo a um espectador passivo. Na internet, o usuário busca pelo conteúdo, interage com o mesmo e, principalmente, amplifica sua importância para outros usuários.

Num ambiente em que é possível “curtir e compartilhar”, concentrar a atenção dos usuários em um ponto passa a ser valioso economicamente e *sites* lucram com a venda de anúncios. Quanto maior a audiência da página, mais ela ganhará com publicidade (VICTOR, 2017).

A comercialização de publicidade na internet, no entanto, não funciona da mesma forma que nos outros meios de comunicação. Apesar de ser possível a venda de anúncios diretos para patrocinadores individuais, o mais comum é que se veiculem anúncios intermediados por ferramentas como o Google AdSense (GOOGLE ADSENSE, 2017).

Notícias falsas, principalmente aquelas que chamam muita atenção, são extremamente lucrativas. E, no contexto eleitoral, isso pode se tornar ainda mais relevante, na medida em que, além do interesse econômico envolvido, danificar a imagem

1. Importante notar que a importância dada ao assunto pela mídia acaba por incentivar a ocorrência de suicídios reais.

de um candidato concorrente ou exaltar a imagem de um candidato que se quer apoiar pode ter consequências impactantes na definição do pleito.

Antecipando-se ao risco desse fenômeno nas eleições, o TSE tem anunciado várias medidas para 2018, ano de campanha presidencial.

3 A atuação do TSE e as *fake news* na campanha de 2018

Conforme crescia a veracidade da narrativa de que a vitória de Donald Trump se devia ao uso de *fake news*, aumentava o receio sobre os efeitos dessa prática no já conturbado contexto político brasileiro, especialmente com a proximidade das eleições gerais de 2018.

Um exemplo interessante sobre a descrição que a mídia tem dado ao fenômeno das *fake news* é a reportagem veiculada no programa *Fantástico*, da Rede Globo, no dia 25 de fevereiro de 2018 (FAKE NEWS, 2018).

Na citada reportagem, há um eco da narrativa de que as eleições presidenciais dos Estados Unidos foram decididas pelo uso de notícias falsas e afirma-se que no Brasil “a eleição já começou” e que a “estratégia é conhecida: espalhar notícias falsas pela internet”, o que pode decidir quem serão os próximos deputados, senadores, governadores e o presidente da República.

Completando o quadro da reportagem, uma pessoa com o rosto encoberto e a voz alterada afirma pertencer ao “lado b”, ao grupo de pessoas que trabalhariam divulgando notícias falsas em *bunkers* inacessíveis à Polícia Federal. O entrevistado tem um tom irônico e afirma que a divulgação de notícias falsas seria “a parte mais divertida da eleição” e que a atividade seria “jogo de cachorro grande, jogo de tubarão”, e que “não cabe amador nesse jogo”.

O próprio nome dado à reportagem sugere um tom alarmista (“Guerrilha Virtual”), que se completa com a descrição de *bots*, aplicações de

software concebidas para simular ações humanas como “Pinóquios virtuais”.

Na sequência, os jornalistas solicitam, ao TSE, um pronunciamento de seu presidente. O ministro Luiz Fux afirma, então, que “o TSE não pretende assistir passivamente o cometimento desses ilícitos”, ressaltando ainda que “a todos aqueles que pretendem usar *fake news* para a obtenção de um resultado político ilícito, que coloquem as suas barbas de molho”.

A dificuldade é superar a tendência de se encarar o problema das notícias falsas como um evento centralizado.

O discurso do ministro Fux é proporcional à importância que a mídia tem dado ao tema, mídia essa que, em regra, repercute a impressão de que as instituições de controle no Direito Eleitoral não dispõem de aparato tecnológico adequado para combater essas práticas criminosas forjadas em um contexto de robôs, algoritmos e inteligência artificial.

Ainda na gestão do ministro Gilmar Mendes, o TSE já tinha se adiantado a esse fenômeno e anunciado a criação do Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições, instituído pela Portaria nº 949/2017, que conta com representantes da inteligência da Abin e do Exército, além de representantes da própria Justiça Eleitoral, do governo federal e da sociedade civil.

O tribunal organizou, ainda, encontro com representantes do Federal Bureau of Investigation (FBI), dos Estados Unidos, com o intuito de discutir o arcabouço legal utilizado para mitigar a ocorrência de crimes cibernéticos, especialmente a distribuição de notícias falsas (FBI, 2018), além de anunciar que iria “combater *fake news* com o apoio da imprensa” (BERGER, 2014).

Contudo, a dificuldade em relação à política de combate instituída pelos órgãos estatais, em especial pelo TSE, é superar a tendência de se encarar o problema das notícias falsas como um evento centralizado, com um ponto difusor definido e que, portanto, seria passível de eficaz regulação estatal. É o que se discute na sequência.

4 Como as coisas viralizam? Centralização ou dispersão?

No dialeto da internet, é usual fazer referência ao adjetivo “viral”, que designa algo com “maior probabilidade de se propagar de uma pessoa para outra” (KAHNEMAN, 2011). O conteúdo viral é aquele que, mesmo por pouco tempo, torna-se o centro das atenções em vários círculos sociais. Nesse contexto, incluem-se postagens em redes sociais, músicas, vídeos, programas, publicações ou notícias.

A razão pela qual várias notícias se tornam virais, enquanto a maioria das publicações não atrai qualquer atenção, é de difícil explicação, por envolver diversos fatores. Uma explicação mais imediata para a viralização seria a qualidade do que se divulga. Se um produto é melhor que outro, tende a ter mais consumidores. Se o objetivo de uma notícia é informar, natural seria que aquela que mais informa ganhasse mais atenção.

A viralização guardaria, portanto, relação com a qualidade intrínseca ao objeto de análise. No que tange às *fake news*, no entanto, verifica-se justamente o contrário. As notícias falsas atraem muito mais atenção, a ponto de se tornarem objeto de grande exploração econômica, conforme apontado anteriormente.

Uma possível explicação se encontra no fato de que as notícias falsas florescem em ambientes politicamente polarizados com temas sabidamente controversos. Elas confirmariam, assim, as acusações, críticas e pré-conceitos de um grupo em

relação ao outro, gerando uma atenção coletiva retroalimentada.

A indústria das *fake news* se nutre da ausência de tolerância e da propensão do indivíduo de buscar, a qualquer custo, comprovação de suas pré-compreensões, seja para justificar suas convicções, seja para incriminar ou culpabilizar os que pensam de modo distinto. A busca por esse tipo de conhecimento é identificada pela psicologia como “viés de confirmação” (ou *confirmation bias*, termo em inglês mais recorrente em publicações acadêmicas). O viés de confirmação seria a propensão de buscar (ou dar maior atenção) e interpretar as informações que ratifiquem as concepções individuais do intérprete. Essa seria a forma pela qual toda a raça humana, predominantemente, raciocina.

Essa forma de perceber o mundo pode ter raízes evolutivas muito profundas e é analisada por Daniel Kahneman em obra consagrada sobre a estrutura do pensamento humano (KAHNEMAN, 2011). Kahneman afirma que o ser humano possui dois sistemas de pensamento, denominados de sistema 1 e sistema 2.

O sistema 1 seria aquele que opera de forma automática e rápida, com pouco ou nenhum esforço do indivíduo e sem qualquer senso de controle voluntário. Esse sistema seria ativado, por exemplo, ao contemplar a face de uma pessoa que aparenta estar zangada. De forma automática e sem qualquer raciocínio sobre os motivos desse estado emocional, a conclusão do indivíduo de que a pessoa está zangada é imediata. E não é só: quem vê uma face zangada, também de forma automática, começa a prever qual seria sua próxima atitude. Haverá ofensas? Talvez agressões físicas?

O sistema 2, por sua vez, seria aquele que aloca atenção às atividades mentais que demandam esforços, incluindo cálculos complexos. As operações do sistema 2 são geralmente associadas com atuações subjetivas, escolhas e concentração.

Caberia ao segundo sistema, portanto, a realização de tarefas custosas e que requerem atenção, como a realização de um cálculo matemático complexo, um raciocínio seguido de uma tomada de decisão ou a checagem de validade de um argumento lógico.

Segundo defende Kahneman, ambos os sistemas funcionariam de forma conjugada. O cérebro estaria, assim, em constante atividade e processando diversas informações a todo o tempo. O cérebro estaria sempre atento e respondendo a questões, como, por exemplo: Há algo de novo acontecendo? Há alguma ameaça? Está tudo ocorrendo conforme o esperado? É preciso focar a atenção em algum ponto específico? É necessário um esforço maior para essa tarefa?

Todas essas questões são vitais à sobrevivência do indivíduo e, por isso, representaram uma grande vantagem evolutiva durante os milhões de anos que trouxeram a raça humana até o presente momento. Essas funções são realizadas de forma automática pelo sistema 1, e uma de suas tarefas é determinar se algum esforço adicional do sistema 2 será necessário (KAHNEMAN, 2011, p. 53).

O sistema 1, no entanto, “evitaria” ao máximo acionar o sistema 2, já que acioná-lo implicaria a conclusão de que há algo errado: alguma ameaça, tarefa ou necessidade não atendida. Acionar o sistema 2 significaria, conseqüentemente, colocar o cérebro em estado de alerta, de tensão e de ansiedade. Esse estado é particularmente desgastante e demanda muita energia, na medida em que, perante uma ameaça nova ou um fenômeno desconhecido, nenhum detalhe pode ser ignorado.

Já nos casos em que o indivíduo percebe os sinais do mundo exterior de forma a reafirmar suas previsões (ou convicções), a conclusão é a de que o sistema 1 estava correto em presumir a desnecessidade de dispêndio de energia extra e que não há perigo ou situação nova com a qual se preocupar.

Caso o indivíduo perceba sinais do mundo exterior que contradizem suas previsões ou concepções, o sistema 2 precisa ser iniciado. Como referido, isso desencadeia um estado de alerta e ansiedade que não é uma experiência agradável, já que coloca o indivíduo em uma situação de vulnerabilidade. A consciência de que as expectativas não estão se confirmando na realidade é chamada de “dissonância cognitiva”, sendo o primeiro sinal de que o sistema 2 deve ser acionado.

Ao ignorar notícias contrárias às concepções individuais, o leitor experimenta uma sensação de recompensa.

A dissonância cognitiva é, portanto, um estado de sofrimento mental. Encontrar-se em dissonância cognitiva significa, para o indivíduo, a constatação de que sua capacidade de julgar o ambiente à sua volta não é tão apurada quanto acreditava ser.

Assim, quando o sistema 1 encontra um sinal exterior potencialmente contraditório com as expectativas do indivíduo e escolhe ignorar esses sinais, sem que uma consequência negativa ocorra imediatamente, o cérebro produz uma “sensação de recompensa”.

Logo, essa é uma possível explicação para a popularidade das *fake news*. Ao ignorar dados ou notícias contrárias às concepções individuais (evitando assim a dissonância cognitiva), o leitor experimenta uma sensação de recompensa, na medida em que a notícia ratifica suas concepções de mundo. O sistema 1, portanto, continuaria em estado de conforto, evitando o acionamento do sistema 2 e o dispêndio de energia.

Apesar de nos identificarmos muito mais com a figura racional e temperada do sistema 2, é muito mais provável que qualquer ser humano seja

guiado, na maior parte do tempo, pelo sistema 1. Não obstante, aceitar que é essa uma forma prevalente do raciocínio humano não é uma afirmação que passe sem controvérsias. Aceitar essa premissa leva à aceitação de que a maior parte das decisões tomadas por nós são feitas à margem de qualquer consideração mais detida.

Como a política tem por objetivo a tomada de decisões coletivas em um ambiente de escassez e divergência, é natural o surgimento de opiniões contraditórias. A consequência imediata é a presença, em vários momentos, de dissonância cognitiva, o que estimula, como visto, a produção e o engajamento com as notícias falsas, a fim de evitar o estado de estresse psicológico.

Justamente por isso, as *fake news* são geralmente criadas com estrutura que explore assuntos ou personalidades polêmicas, reafirmando o discurso de um dos lados do embate. Atribuir ao “inimigo” um comportamento reprovável justificaria a posição discordante.

Nesse ponto, importante destacar que a análise aqui feita sobre as *fake news* se afasta da abordagem tradicional, empreendida, até o momento, tanto pelo TSE quanto pela mídia. Enquanto a posição majoritária assume a narrativa da “teoria da conspiração”, adotada inclusive pela diplomacia internacional, que vê no fenômeno o resultado de ações coordenadas, o presente trabalho pretende ressaltar uma faceta diversa, qual seja a de que a dispersão das notícias falsas se dá, sobretudo, por ações individuais esparsas.

4.1. O estado da arte na análise de difusão de notícias falsas

O recentíssimo estudo publicado na revista *Science*, edição de março de 2018, intitulado “A propagação *on-line* de notícias verdadeiras e falsas”² (VOSOUGHI; ROY; ARAL, 2018) vai no mesmo sentido ora defendido.

O trabalho afirma que, diferentemente do que propõe o senso comum (incluindo a abordagem

mais tradicional da mídia), os *bots* aceleram a propagação de notícias verdadeiras e falsas com a mesma eficácia. Sendo certo que o uso de robôs é hoje uma realidade utilizada de forma extremamente difundida, a conclusão sugere que a difusão mais acentuada de notícias falsas ocorre porque humanos, e não robôs, são mais propensos a difundir esse tipo de informação.

O estudo é de importância singular, na medida em que, utilizando a ciência de dados, tem como amostragem aproximadamente 126 mil histórias, verdadeiras e falsas, difundidas na rede social Twitter por mais de 3 milhões de pessoas em mais de 4,5 milhões de publicações (*tweets*), no período compreendido entre 2006 e 2017.

Com base em uma amostragem dessa monta, o estudo pode responder, com grande asserção, a perguntas que até então não tinham resposta convincente como, por exemplo: De que maneira informações verdadeiras e falsas diferem em sua forma de difusão? Qual é a explicação para essas diferenças?

O estudo também confirma algumas noções do senso comum como, por exemplo, a de que a política é o tema mais prevalente dentre os rumores espalhados pela internet (verdadeiros ou falsos), constituindo aproximadamente 45 mil das 126 mil histórias analisadas. Também é ratificada a ideia de que histórias falsas são mais difundidas do que histórias verdadeiras.

Segundo o estudo, enquanto notícias verdadeiras raramente eram difundidas para mais de mil pessoas, as histórias falsas que estão entre o 1% mais difundido atingiram entre mil e 100 mil pessoas, sugerindo que as notícias falsas não foram difundidas por uma dinâmica de publicação, mas sim pelo “boca a boca”, característico do processo viral.

A difusão de notícias verdadeiras demorou até 20 vezes mais para atingir o mesmo potencial de difusão da notícia falsa (o que representa um

2. “The spread of true and false news online”, no original.

complicador especialmente grave para o Direito Eleitoral, na medida em que retratações não terão a mesma potencialidade de difusão comparada com a das notícias falsas).

O estudo do MIT também aponta para um fato determinante que contraria as expectativas do senso comum. As *fake news* têm seu potencial de viralização ancorado em usuário com menos seguidores e com menor atividade nas redes sociais. Ao contrário do que se poderia imaginar, não são centros “formadores de opinião” com vários seguidores que fazem com que um conteúdo viralize, mas sim a sua divisão entre usuários comuns e geralmente com pouca atividade.

Discutindo em referido artigo possíveis explicações para o fenômeno, Vosoughi, Roy e Aral defendem que a novidade atrai a atenção humana. De fato, o comportamento humano é moldado para estar sempre atento a informações novas que possam contribuir para o processo de decisão, o que encorajaria o compartilhamento da informação.

A informação nova não seria apenas surpreendente, mas também potencialmente mais valiosa, tanto de uma perspectiva teórica quanto social.

Vosoughi, Roy e Aral defendem, portanto, que difundir informações atuais e “privilegiadas” garantiria *status* social, o que explicaria a maior propensão humana a difundir esse tipo de conhecimento.

O estudo ainda vai além, analisando o léxico de palavras que acompanharam a difusão de notícias verdadeiras e falsas. Corroborando a tese da atualidade como fundamento para divulgação, enquanto interações com notícias falsas inspiraram manifestações de surpresa e repugnância, interações com notícias verdadeiras expressaram tristeza, confiança e antecipação.

Por fim, e já antecipando crítica imediata do senso comum, que confia na hipótese da difusão de notícias falsas através do uso de *bots*, o estudo utilizou dois algoritmos de detecção da atividade de *bots* dentre a análise amostral, e, mesmo reti-

rando as difusões de histórias oriundas da atividade de *bots*, com ambos os algoritmos, os resultados mantiveram-se os mesmos.

O estudo termina sua análise com conclusões atribuídas ao governo estadunidense, mas que poderiam ter sido direcionadas às autoridades brasileiras, afirmando que, embora a atividade governamental tenha focado suas atividades no papel desempenhado pelos *bots* na difusão de notícias falsas, é o comportamento humano o fator determinante para essa difusão.

4.2. Ainda sobre a atuação do TSE no combate às fake news

Não é objetivo do presente artigo revisar a iniciativa do TSE no combate às notícias falsas. A população exige do TSE essa postura e, em um contexto de instabilidade política e de questionamento das instituições democráticas, essa resposta é necessária e merece elogios.

Na difusão de notícias falsas, é o comportamento humano o fator determinante.

O que se questiona aqui é a abordagem alarmista, muito em razão da narrativa corrente na mídia tradicional de grande circulação (essa, sim, verdadeiramente ameaçada pela internet), que sustenta uma postura de endurecimento contra “todos aqueles que pretendem usar as *fake news* para a obtenção de um resultado político ilícito”, para usar as palavras do ministro Fux na referida entrevista concedida ao *Fantástico*.

A iniciativa é correta, e, indiscutivelmente, aqueles que assim pretendem agir merecem as sanções já previstas em lei. No entanto, os estudos mais aprofundados sobre o tema vão no sentido de que a prevalência de *fake news* é fenômeno decorrente de mazelas humanas já há muito conheci-

das, como o preconceito, a ignorância, a empáfia e a intolerância.

Assim, o melhor combate à desinformação é, por óbvio, a informação. O TSE já possui iniciativas nesse sentido, como a reunião das principais plataformas de redes sociais operacionais no Brasil (Facebook, Google, Twitter e WhatsApp) para discutir o papel que estas desempenharão na campanha eleitoral de 2018.³

Mais do que atuar prontamente na eliminação de conteúdo, como gostariam alguns setores do jogo político,⁴ o combate às *fake news* passa pelo fortalecimento das instituições democráticas e, principalmente, do diálogo democrático.

Iniciativas como o *fact checking*, acreditados pelas instituições, têm resultados muito mais efetivos em interromper a propagação de conteúdo falso (uma vez desmentido, o conteúdo deixa de ser atual e perde o apelo de compartilhamento), além de ser mais salutar ao jogo democrático.

Justamente por isso, cabe ao TSE zelar pela qualidade das discussões políticas, essenciais ao pleito democrático, como guardião dos direitos políticos de votar e de ser votado.

5 Conclusão

O presente artigo se debruçou sobre um dos assuntos mais debatidos nos países democráticos desde a eleição presidencial dos Estados Unidos em 2016. As *fake news* são motivo de preocupação em todo o mundo em função das incertezas sobre as consequências do uso da tecnologia da informação em sua disseminação.

Nesse contexto, o artigo analisou também as medidas que vêm sendo tomadas pelo TSE em preparação para o pleito de 2018.

Foi possível aferir que, assim como fazem a mídia e a opinião pública em geral, o TSE tende a encarar o fenômeno das notícias falsas como produto de grupos que se utilizam de tecnologia da informação (principalmente através do uso de

bots e de inteligência artificial) para potencializar ganhos eleitorais.

As notícias falsas teriam, portanto, uma origem identificável da qual partiriam as publicações de forma coordenada e manufaturada. Baseando-se nessa premissa, várias têm sido as iniciativas de modernização tecnológica, além da sempre presente discussão sobre a necessidade de responder com novos tipos penais.

O artigo apresentou, no entanto, um viés que contraria tal premissa. As notícias falsas, desse modo, são decorrentes de velhas mazelas humanas há muito conhecidas e que representam entraves ao desenvolvimento de democracias saudáveis: a ignorância e o preconceito. Muito mais do que robôs, são os usuários os responsáveis pela divulgação de notícias falsas, o que ocorre, principalmente, em um contexto de polarização política.

A disseminação de *fake news* em redes sociais se assemelha, assim, ao mexerico e ao falatório, distanciando-se dos diagnósticos alarmistas de que a tecnologia da informação representaria a total colonização da democracia.

Deve-se elogiar, contudo, as iniciativas tomadas pelo TSE. É necessário estar preparado para combater aqueles que intentam difundir *fake news*, muitas vezes utilizando-se das ferramentas tecnológicas. No entanto, o estado da arte no estudo do fenômeno recomenda que o combate à desinformação é muito mais efetivo quando se ataca a própria desinformação, e não tanto os que pretendem difundi-la. ■

3. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Fevereiro/presidente-do-tse-participa-de-reuniao-sobre-fake-news-com-facebook-google-twitter-e-whatsapp>>.

4. Emenda de última hora incluía na Lei nº 9.504/1997 o art. 57-B, inciso IV, § 6º, através da Lei nº 13.488/2017. O citado parágrafo determinava que “§ 6º - A denúncia de discurso de ódio, disseminação de informações falsas ou ofensa em desfavor de partido ou candidato, feita pelo usuário de aplicativo ou rede social na internet, por meio do canal disponibilizado para esse fim no próprio provedor, implicará suspensão, em no máximo vinte e quatro horas, da publicação denunciada até que o provedor certifique-se da identificação pessoal do usuário que a publicou, sem fornecimento de qualquer dado do denunciado ao denunciante, salvo por ordem judicial”. O dispositivo foi vetado pelo presidente Michel Temer.

Bibliografia

- ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social media and fake news in the 2016 election. *Journal of Economic Perspectives*, Pittsburgh, American Economic Association, v. 31, n. 2, 2017.
- BERGER, Jonah. *Contágio. Por que as coisas pegam?* Rio de Janeiro: LeYa, 2014.
- DARNTON, Robert. *O diabo na água benta ou a arte da calúnia e da difamação de Luís XIV a Napoleão*. Trad. de Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- FAKE NEWS: estudo revela como nasce e se espalha uma notícia falsa na web. Programa *Fantástico*. Rede Globo. 2018. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2018/02/fake-news-estudo-revela-como-nasce-e-se-espalha-uma-noticia-falsa-na-web.html>>. Acesso em: 16 mar. 2018.
- FAMÍLIAS ficam em alerta após mortes com o jogo Baleia Azul. Programa *Cidade Alerta*. Rede Record. 2017. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/cidade-de-alerta/videos/-familias-ficam-em-alerta-apos-mortes-com-o-jogo-baleia-azul-19042017>>. Acesso em: 16 mar. 2018.
- FBI expõe ao TSE sua experiência no combate às fake news. Tribunal Superior Eleitoral. 2018. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Março/fbi-expoe-ao-tse-sua-experiencia-no-combate-as-fake-news>>. Acesso em: 16 mar. 2018.
- JAMES, William; PIPER, Elizabeth; EVANS, Catherine. Britain to set up unit to tackle ‘fake news’: May’s spokesman. 2018. Disponível em: <<https://www.reuters.com/article/us-britain-politics-fakenews/britain-to-set-up-unit-to-tackle-fake-news-mays-spokesman-idUSKBN1FC2AL>>. Acesso em: 16 mar. 2018.
- “JOGO” do suicídio: nossas recomendações para a imprensa e alerta aos pais. *Safernet Brasil*. Facebook. 19 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.facebook.com/SafernetBR/posts/1317178101663414>>. Acesso em: 16 mar. 2018.
- JOGO EM REDE social russa leva centenas de jovens ao suicídio, segundo suspeita da polícia. *R7 Internacional*. 2017. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/internacional/jogo-em-rede-social-russa-leva-centenas-de-jovens-ao-suicidio-segundo-suspeita-da-policia-31032017>>. Acesso em: 16 mar. 2018.
- KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011.
- KIRBY, Emma Jane. The city getting rick from fake news. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/magazine-38168281>>. Acesso em: 17 jul. 2017.
- MCQUAIL, Denis. *Teoria da Comunicação de Massas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- PROCURADOR especial dos EUA apresenta novas acusações contra ex-assessores de campanha de Trump. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 23 fev. 2018. Disponível em: <<http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,procurador-especial-dos-eua-apresenta-novas-acusacoes-contr-ex-assessores-de-campanha-de-trump,70002200648>>. Acesso em: 16 mar. 2018.
- VICTOR, Fábio. Como funciona a engrenagem das notícias falsas no Brasil. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/02/1859808-como-funciona-a-engrenagem-das-noticias-falsas-no-brasil.shtml>>. Acesso em: 17 jul. 2017.
- VITÓRIA de Trump contraria pesquisas e projeções nos EUA. *Portal G1*. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/eleicoes-nos-eua/2016/noticia/2016/11/pesquisas_.html>. Acesso em: 16 mar. 2018.
- VOSOUGHI, Soroush; ROY, Deb; ARAL, Sinan. The Spread of true and false news online. *Science*, v. 359, n. 6.380, p. 1.146-1.151, 9 mar. 2018.

Ação por captação ou gastos ilícitos de recursos.

O art. 30-A da Lei nº 9.504/1997.

Silvio Salata¹

Advogado. Conselheiro seccional, presidente da Comissão de Direito Eleitoral e palestrante do Departamento de Cultura da OAB-SP. Professor da ESA-SP. Membro fundador da Abradep.

Maria Silvia Madeira M. Salata

Advogada. Especialista em Direito Administrativo pela PUC-SP e em Direito Eleitoral e Processo Eleitoral pela Ejep.

Sumário

1. Introdução
2. Arrecadação de recursos
3. Gastos nas eleições
4. Ação por captação ou gastos ilícitos de recursos
5. Conclusão

1 Introdução

A constante evolução do Direito Eleitoral trouxe relevantes mudanças com relação ao controle e fiscalização quanto à arrecadação de recursos e gastos dos candidatos e partidos políticos durante o período eleitoral.

No Brasil, com o passar dos anos, os sistemas de controle e fiscalização têm se aperfeiçoado, por consequência surge maior transparência e confiança das informações, garantindo a lisura das eleições.

Dessa forma, mantendo-se as eleições livres de vícios, pode-se assegurar ao eleitor o exercício do voto livre e consciente, com a possibilidade de ter, antes mesmo da data do pleito, amplo acesso aos dados financeiros dos candidatos ou partidos políticos que estão na disputa.

1. Os agradecimentos aos queridos colegas da nossa banca advocatícia, doutor Luiz Ricardo Madeira Moreira Salata e doutora Carla Sayuri Anzai, pela contribuição na organização deste trabalho.

Assim, emerge a premissa de que todos os concorrentes necessitam usar dinheiro nas campanhas eleitorais, entretanto, o que não pode haver são abusos do poder econômico.

Neste panorama, também com as notícias jornalísticas diárias sobre os enormes escândalos de corrupção na política, destaca-se a ação objeto desta análise, a ação por captação ou gastos ilícitos de recursos, prevista no art. 30-A da Lei nº 9.504/1997, como forma de combate ao mau uso do dinheiro nas campanhas.

No presente estudo serão examinadas as formas de arrecadação e despesas de recursos, bem como os aspectos processuais da ação.

2 Arrecadação de recursos

Sabe-se que para a realização de campanhas eleitorais é imprescindível o financiamento para divulgação de propaganda eleitoral de forma geral, inclusive no que tange à produção dos programas do horário gratuito de rádio e televisão, panfletos, propaganda na internet, entre outras modalidades.

O que muitos eleitores acabam não tendo conhecimento é a origem de todos os recursos empregados nas campanhas. O sistema de financiamento previsto no nosso país é o sistema misto, com recursos oriundos tanto da esfera pública como também da privada.

No âmbito público, os recursos são usados através da propaganda veiculada no horário gratuito de rádio e televisão, com a compensação fiscal pelas emissoras pela cessão do tempo na programação, conforme distribuição prevista na lei. Verbas públicas para a campanha também são advindas do fundo partidário, recursos recebidos pelos partidos políticos do Tesouro Nacional.

Nova modalidade de arrecadação de recursos públicos é o chamado Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), criado pela Lei nº 13.487/2017 e Lei nº 13.488/2017, com a inclu-

são do arts. 16-C e 16-D na Lei nº 9.504/1997, é formado por dotações orçamentárias da União em ano eleitoral, com distribuição aos partidos políticos.

No que tange ao dinheiro privado aplicado nas eleições, admitem-se doações de pessoas físicas até o limite de 10% dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior ao pleito (art. 23, § 1º, da Lei nº 9.504/1997).

Regras severas de arrecadação e gastos de dinheiro foram editadas para controle das contas.

Quando se constata o excesso na doação por pessoa física, através do cruzamento de dados emitidos pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e pela Secretaria da Receita Federal, há possibilidade da propositura de representação por doação acima do limite legal, com fundamento no art. 24-C da Lei nº 9.504/1997, cuja apresentação da demanda será feita pelo Ministério Público Eleitoral até o final do exercício financeiro seguinte ao da eleição, para fins de aplicação da multa correspondente a até 100% do excesso, tendo também como consequência da condenação a incidência da inelegibilidade disposta no art. 1º, inciso I, alínea p, da Lei Complementar nº 64/1990.

Outra alteração recente da lei permite a arrecadação a partir do dia 15/5 do ano da eleição, através do financiamento coletivo pela internet (*crowdfunding*), ficando a utilização dos recursos condicionada ao registro da candidatura, não sendo candidato, os recursos devem ser devolvidos aos doadores (art. 22-A, § 3º, LE).

O financiamento coletivo pela internet também é inovação da última reforma da lei, pelo qual, através da contratação de empresa especializada, o pré-candidato pode receber doações. Antes de arrecadar, as empresas devem fazer o regis-

tro no TSE, identificar os doadores e as quantias doadas, com emissão de recibo ao doador, além de outras exigências previstas na lei (art. 23, § 4º, inciso IV, LE).

É possível ainda o financiamento através de recursos próprios do candidato, tendo como limite o máximo de gastos estabelecidos para o cargo a que concorre.

Após ampla discussão pelo Plenário do STF, na apreciação da ADI nº 4.650, decidiu-se pela inconstitucionalidade de doações por pessoas jurídicas, a partir das eleições de 2016, objeto da proibição trazida ao bojo da Lei nº 13.165/2015, mantendo-se somente doações de recursos financeiros por pessoas físicas.

Pode-se elencar ainda como forma de obter receitas a comercialização de bens e/ou serviços, com possibilidade de promoção de eventos de arrecadação pelos candidatos ou partidos políticos, com prévia comunicação à Justiça Eleitoral.

O prazo para arrecadação, em regra, é até a data da eleição, porém, para realizar o pagamento de dívidas já contraídas e não pagas, é autorizado o recebimento de doações até a data da entrega da prestação de contas final para cobrir as despesas, podendo o partido político na circunscrição assumir o déficit, com a autorização do órgão de direção nacional (art. 29, § 3º, da Lei nº 9.504/1997).

Diante de toda a preocupação quanto à efetiva fiscalização financeira das eleições, torna-se elemento imprescindível a obrigatoriedade de abertura de conta bancária específica de campanha para os candidatos fazerem o registro de toda a movimentação financeira (art. 22 da Lei nº 9.504/1997). Quanto ao tópico, não se pode esquecer que estão previstas exceções, com a desnecessidade de abrir conta, para as candidaturas de prefeito e vereadores em municípios onde não tenha agência ou posto de atendimento bancários.

Além de promover a abertura de conta bancária específica, antes de iniciar a arrecadação de dinheiro e realização de despesas de campanha,

todos os candidatos devem obrigatoriamente se inscrever no CNPJ, cujo número será fornecido pela Justiça Eleitoral, em até três dias úteis, após o recebimento do pedido de registro de candidatura (art. 22-A e parágrafos da Lei nº 9.504/1997).

Os partidos que descumprirem as regras sobre arrecadação e aplicação de recursos perderão o direito de receber as quotas do Fundo Partidário no ano seguinte, sanção esta que será aplicada de forma proporcional e razoável pelo prazo de um a 12 meses ou descontada do repasse a quantia considerada irregular. Não será imposta a suspensão se a prestação de contas não for julgada no prazo de cinco anos de sua apresentação (art. 25 da Lei nº 9.504/1997).

Para finalizar esse tópico quanto à arrecadação de recursos, deve-se mencionar a viabilidade de sobras de campanha, após o encerramento de toda a movimentação financeira, sendo considerado o saldo positivo na conta bancária, como também os bens e equipamentos adquiridos ou recebidos no período eleitoral.

Conforme as disposições do art. 31 da Lei das Eleições, as sobras de campanha devem ser transferidas ao órgão partidário da circunscrição onde ocorreram as eleições, devendo o partido político responsável fazer a identificação, utilização, contabilização e respectiva prestação de contas desses recursos ao juízo competente.

3 Gastos nas eleições

Nesta etapa, não se pode deixar de mencionar aspectos relevantes quanto aos gastos eleitorais, que são de responsabilidade dos partidos ou de seus candidatos (art. 17 da Lei nº 9.504/1997).

Um tema de grande importância trata-se do limite de gastos de campanha, que sofreu modificações recentes. Em tempos remotos, em razão da ausência de lei para definir o valor máximo dos gastos de cada eleição, este deveria ser fixado de forma livre pelos partidos políticos em suas con-

venções, devendo comunicar à Justiça Eleitoral o valor estabelecido.

Entretanto, por uma rápida leitura da nova redação do art. 18 da LE, dada pela Lei nº 13.488/2017, as mudanças determinaram que a definição do limite de gastos para cada candidatura seja feita conforme parâmetros definidos em lei (para as eleições de 2018 previstos nos arts. 5º e seguintes da Lei nº 13.488/2017), com divulgação pelo TSE.

A preocupação com a licitude dos recursos das campanhas eleitorais aumentou bastante nos anos de 2005 e 2006.

No limite de gastos devem ser contabilizadas as despesas dos candidatos e partidos que puderem ser individualizadas (art. 18-A da Lei nº 9.504/1997), ou seja, as despesas exclusivas do partido, as exclusivas do candidato e as comuns entre eles somadas não podem ultrapassar o limite de gastos definido.

Caso o valor máximo de gastos estabelecido não seja devidamente respeitado, haverá imposição de multa, no valor correspondente a 100% da quantia ultrapassada, com a possibilidade de proceder à apuração do abuso do poder econômico (art. 18-B da LE), através do ajuizamento de ação com o rito do art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990, uma vez que pode levar à cassação do registro ou diploma.

A utilização de recursos que não provenham da conta bancária específica para pagamento de gastos de campanha implica a desaprovação da prestação de contas e, se comprovado o abuso do poder econômico, será cancelado o registro de candidatura ou cassado o diploma (art. 22, § 3º, da Lei nº 9.504/1997).

O art. 26 da Lei nº 9.504/1997 elenca, de forma exemplificativa, em seus incisos, as despesas que

são permitidas no período eleitoral, tais como: confecção de material impresso de qualquer natureza; propaganda e publicidade direta ou indireta, por qualquer meio de divulgação, destinada a conquistar votos; aluguel de locais para a promoção de atos de campanha; despesas com transporte ou deslocamento de candidato e de pessoal a serviço das candidaturas, com exceção das previstas no art. 26, § 3º, da LE; correspondência e despesas postais; despesas de instalação, organização e funcionamento de comitês e serviços necessários às eleições; remuneração ou gratificação de qualquer espécie a pessoal que preste serviço às candidaturas ou aos comitês eleitorais; montagem e operação de carros de som, de propaganda e assemelhados; realização de comícios ou eventos destinados à promoção de candidatura; produção de programas de rádio, televisão ou vídeo, inclusive os destinados à propaganda gratuita; realização de pesquisas ou testes pré-eleitorais; custos de criação e inclusão de sítios na internet e com impulsionamento de conteúdos contratados diretamente com o provedor da aplicação de internet no país.

Não se pode perder de vista que os gastos com alimentação do pessoal que presta serviço para a campanha têm que ficar restritos a 10% do valor total de gastos permitidos para a candidatura e as despesas com locação de veículos automotores são restringidas a 20% (art. 26, § 1º, da Lei nº 9.504/1997).

O eleitor pode realizar gastos em apoio a candidato, sem a necessidade de contabilização na prestação de contas e desde que não reembolsáveis, no teto de um mil Ufirs (art. 27 da LE).

4 Ação por captação ou gastos ilícitos de recursos

A ação por captação de recursos ou gastos ilícitos encontra-se prevista no art. 30-A da LE, que foi introduzido no ordenamento pela Lei nº

11.300/2006, que trouxe também outras alterações importantes, inserindo uma maior supervisão e análise sobre o financiamento, além da proibição de distribuição de brindes ao eleitor, fim de showmícios e diversas restrições quanto às propagandas dos candidatos.

A preocupação do legislador com a licitude dos recursos usados nas campanhas eleitorais aumentou bastante entre os anos de 2005 e 2006, após os jornais noticiarem triste escândalo de corrupção na política de nosso país, o lastimável episódio popularmente nomeado de “mensalão”, esquema em que deputados federais foram acusados de receber periodicamente altos valores em troca de seu apoio político nas votações de interesse do Executivo na Câmara Federal, utilizando-se de “caixa dois” obtido pelo desvio de recursos públicos.

Dessa forma, regras mais severas com relação à arrecadação e gastos de dinheiro foram editadas, com a finalidade principal de combate ao uso de recursos não contabilizados nas campanhas eleitorais, inclusive com aumento do controle e fiscalização pela Justiça Eleitoral da prestação de contas dos candidatos e greis partidárias, impedindo a interferência abusiva do poder econômico nas eleições.

Posteriormente, o dispositivo em análise sofreu alterações pela promulgação da Lei nº 12.034/2009, trazendo norma de que qualquer partido político ou coligação pode representar à Justiça Eleitoral, relatando fatos e indicando provas, para apurar condutas que infringem as regras eleitorais de arrecadação de recursos e despesas, para evitar irregularidades referentes à forma (exemplo: uso de recursos sem transitar pela conta bancária), à origem (exemplo: recebimento de recursos de fontes vedadas) ou ao montante (exemplos: contratação de pessoal superior ao previsto no art. 100-A da Lei nº 9.504/1997 e gastos acima do máximo permitido), garantindo a disputa na arena política sem interferências na obtenção legítima do mandato eletivo.

Desta feita, nota-se que a representação eleitoral por captação ou gastos ilícitos de recursos tem íntima relação com o processo de prestação de contas, entretanto não há nenhuma dependência entre os dois processos.

Não se pode olvidar que o julgamento pela rejeição da prestação de contas não traz qualquer óbice para outorga do diploma, tampouco para posse no cargo eletivo, somente incidindo consequências geradas em face das contas não apresentadas pelos candidatos, fazendo da representação o instrumento com maior ampliação para proteção da normalidade do certame político.

O próprio texto da lei em que se lastreia a representação exige que a inicial deva relatar fatos e indicar provas, com o pedido de abertura de investigação judicial para apurar condutas que afrontam as normas relativas à arrecadação e despesas de recursos, elencadas na Lei das Eleições.

Com efeito, verifica-se que são duas as hipóteses de cabimento da ação, podendo ser intentada no caso de infringência às normas contidas na Lei nº 9.504/1997, no que se refere a: captação ilícita de recursos financeiros ou gastos ilícitos para fins eleitorais.

Em razão da modernização do processo, com significativos aprimoramentos dos mecanismos de realização de uma campanha eleitoral, torna-se cada vez mais difícil esgotar todas as condutas ilícitas que podem ser praticadas pelos concorrentes ao pleito, que são capazes de suportar a propositura da ação, cabendo aos tribunais eleitorais a interpretação de cada um dos fatos.

A sanção prevista no art. 30-A, § 2º, da LE somente deverá ser aplicada quando devidamente comprovada a prática de arrecadação ou gastos ilícitos de recursos que possam comprometer a lisura, normalidade, transparência, equilíbrio, idoneidade, liberdade e moralidade das eleições. Ressalta-se que o dispositivo tutela a higidez da campanha e por consequência preza por um certame com igualdade de condições entre todos os participantes.

Portanto, não é qualquer conduta que pode gerar a cassação ou negação do diploma, o ato deve ser considerado grave para imposição da sanção, ele deve ser suficiente para causar interferência na normalidade do pleito.

Para propor a ação por captação ou gastos ilícitos de recursos para fins eleitorais, a letra da lei restringe somente a qualquer partido político ou coligação (art. 30-A, *caput*, da Lei nº 9.504/1997), podendo acrescer o Ministério Público, em face da atribuição constitucional, de defender a ordem jurídica e democrática. O Ministério Público pode assumir o polo ativo da demanda quando o autor desistir da ação ou for proposta por parte ilegítima.

O art. 30-A da LE é instrumento de combate à corrupção e ao caixa dois de campanha.

Quanto à legitimidade ativa dos candidatos há grande polêmica, havendo posição de doutrinadores que entendem que todo participante do pleito tem interesse na sua lisura, sendo, portanto, parte legítima. Ocorre que a posição da corte superior é contrária, definindo que candidatos não podem propor a ação, uma vez que a lei não os elenca como legitimados, trazendo expressamente somente os partidos políticos ou coligações.

Da mesma forma, é o entendimento quanto à impossibilidade do eleitor de propor a ação, já que o legislador optou pela legitimidade somente de entes de caráter coletivo, não incluído o eleitor individualmente, principal personagem do certame.

Cabe neste ponto ressaltar que o partido que celebrou coligação nas eleições também tem legitimidade para propor de forma isolada a representação por captação e gastos ilícitos de recursos após o período eleitoral.

No que tange à legitimidade passiva, quando a representação referir-se a eleições majoritárias, o

representado deve ser o candidato diplomado ou aquele apto a receber o diploma, que nesse caso necessariamente é o candidato eleito. Nesta hipótese, também deve ser incluído no polo passivo, como litisconsorte passivo necessário, o candidato a vice ou suplente de senador, sendo citado desde o início para integrar a demanda.

Em eleições proporcionais, além dos candidatos eleitos e diplomados, também pode figurar no polo passivo da representação o suplente que arrecadou ou gastou recursos ilicitamente.

Os candidatos que não foram eleitos, nem diplomados, mas que possuem indícios de arrecadação ou gastos ilícitos de recursos na campanha, devem ser julgados pela Justiça Eleitoral por abuso do poder econômico, fundamentado no art. 22 da LC nº 64/1990, ou se houver compra de votos, pelo art. 41-A da Lei nº 9.504/1997.

Não possuem legitimidade passiva nesta representação as pessoas jurídicas, partidos políticos, coligações, contador ou quaisquer cidadãos que não tenham sido candidatos. A sanção do art. 30-A da LE somente pode ser aplicável àquele que participou do processo político.

No que se refere ao prazo de propositura da ação, causou grande polêmica o silêncio da Lei nº 11.300/2006, todavia, com a promulgação da Lei nº 12.034/2009, foram encerradas as discussões quanto à data final para a propositura da representação, pois definida em até 15 dias da diplomação.

Neste ponto, importante destacar que esse prazo é considerado decadencial, sem interrupção ou suspensão; caso não atendido o lapso temporal, perde-se o direito de ajuizamento da representação.

Na sequência, não se pode deixar de destacar a polêmica referente ao crivo de partida para propositura da ação. Alguns doutrinadores ponderam que, em razão da previsão da sanção do art. 30-A, § 2º, da Lei nº 9.504/1997, com a possibilidade de se negar o diploma, a ação por captação ou gastos ilícitos de recursos pode ser proposta antes da diplomação, sob pena da existência de conflito com

a referida norma, no entanto deve ser ajuizada após a proclamação do resultado, também havendo posição de que a ação pode ser apresentada a partir do pedido de registro de candidatura, envolvendo fatos anteriores ao início da campanha.

Em opinião geral, até mesmo em face da opção do legislador em definir o prazo de propositura da ação em até 15 dias, contados da diplomação, nitidamente verifica-se que não é preciso aguardar o resultado do julgamento do processo de prestação de contas para intentar a representação, sobretudo porque são ações autônomas, não existindo qualquer dependência entre elas.

Ocorre que a maior parte das irregularidades dos desvios referentes à arrecadação e despesas de campanha eleitoral é identificada na análise da prestação de contas. Com relação aos candidatos eleitos, isso não gera tantos problemas, pois é obrigatório que suas contas sejam analisadas até três dias antes da diplomação (art. 30, § 1º, da LE), entretanto, quanto aos demais candidatos, esse prazo torna-se muito exíguo, pois as suas prestações de contas acabam não sendo julgadas nesse período, gerando impunidade dos fatos.

Anteriormente à edição da Lei nº 12.034/2009, não havia previsão de um rito específico, sendo que o TSE firmou entendimento na adoção de uma mescla entre o procedimento da AIJE (LC nº 64/1990) e a representação (Lei nº 9.504/1997), como também ocorria com o processo por conduta vedada e captação ilícita de sufrágio, inclusive no que tange ao prazo recursal de 24 horas e seu processamento junto aos juízes auxiliares dos tribunais.

Porém, após as alterações promovidas pela Lei nº 12.034/2009, conforme disposição expressa do art. 30-A, § 1º, da Lei nº 9.504/1997, o art. 22 da LC nº 64/1990 passou a ser aplicado no procedimento da ação que apura a captação ou gastos ilícitos de recursos para fins eleitorais.

Diante da regra elencada, há diversos aspectos em comum entre a ação de investigação judicial

eleitoral e a ação por captação ou gastos ilícitos de recursos para fins eleitorais, tais como a forma de instrução probatória e a realização de audiência e julgamento.

Importante trazer à baila os aspectos procedimentais previstos no art. 22 da LC nº 64/1990, aplicáveis à ação em estudo, em que, após a apresentação da inicial, o candidato será citado para oferecer defesa no prazo de cinco dias, podendo juntar documentos e apresentar o rol de testemunhas, sob pena de preclusão (inciso I). Na sequência, o juiz designará audiência para oitiva de testemunhas arroladas, até o número máximo de seis para cada parte, em uma só assentada, as quais deverão comparecer independentemente de intimação (inciso V). Posteriormente, no prazo de três dias procederá a todas as diligências do juízo ou requeridas pelas partes, inclusive podendo requisitar documentos em poder de terceiros (inciso VI). Encerrada a instrução probatória, serão apresentadas as alegações finais no prazo comum de dois dias, vencida essa etapa, o processo será encaminhado para conclusão para o juiz proferir sentença.

No entanto, algumas peculiaridades diferenciam as duas ações, como a competência que na ação por captação ou gastos ilícitos de recursos para fins eleitorais é fixada pelo art. 96 da Lei nº 9.504/1997, conforme a eleição que está sendo realizada, assemelhando-se com a ação por captação ilícita de sufrágio (art. 41-A da Lei das Eleições).

Assim, nas eleições municipais, o juiz eleitoral é o competente para análise dos fatos. Em eleição estadual, federal e distrital, a competência é do Tribunal Regional Eleitoral (TRE) e, no ano eleitoral, a ação deve ser distribuída a um dos juízes auxiliares do TRE, e não ao corregedor regional eleitoral, como menciona o art. 22 da LC nº 64/1990. Por fim, na eleição presidencial, o Tribunal Superior é o órgão competente para julgamento, com relatoria de um dos juízes auxiliares daquela corte. Não havendo que se falar em apli-

cação da regra do foro por prerrogativa de função nesta espécie de feito.

No caso de competência do TRE e do TSE, o juiz auxiliar atuará como relator, presidindo o processo e sua instrução, fazendo o relatório conclusivo do apurado antes da decisão (art. 22, inciso XI, da LC nº 64/1990). O juiz auxiliar não poderá decidir de forma monocrática como nas representações por propaganda eleitoral, uma vez que esta demanda pode gerar a cassação ou negação do diploma, o julgamento deve ser realizado pelo plenário do tribunal.

Neste tópico, importante enfatizar que a ação objeto do estudo não tem nenhum vínculo direto com o processo de prestação de contas de campanha, no entanto pode haver alguma interferência na formação do conjunto probatório.

O fato de a prestação de contas ter sido desaprovada ou aprovada com ressalvas não gera a possibilidade de ajuizamento da ação por captação ou gastos ilícitos de recursos para fins eleitorais, mas é a partir da prestação de contas que podem surgir indícios que autorizam a propositura da ação.

Diante da grave consequência na decretação da procedência da demanda por violação às regras de arrecadação e gastos de recursos para fins eleitorais, cumpre anotar que poderá incidir o princípio da proporcionalidade, somente aplicada a sanção de negação ou cassação do diploma com a efetiva demonstração da relevância jurídica e gravidade da conduta ilícita em face da lesão ao bem jurídico tutelado.

Importante destacar que, anteriormente à vigência da Lei nº 12.034/2009, não havia previsão expressa sobre o prazo recursal, sedimentado o entendimento na apresentação em 24 horas, a partir da publicação da intimação, adotado idêntico lapso temporal dos recursos sob regência do art. 96, § 8º, da LE.

Assim, com a inserção de nova disposição pela Lei nº 12.034/2009, o prazo recursal foi fixado em três dias a contar da publicação da decisão no Diário Oficial (art. 30-A, § 3º, da Lei nº 9.504/1997).

Em regra geral, em razão da disposição do art. 257 do Código Eleitoral, os recursos eleitorais não possuem o efeito suspensivo, porém, de acordo com a nova previsão introduzida pela Lei nº 13.165/2015, o apelo terá efeito suspensivo quando a decisão resultar em cassação do registro, afastamento do titular ou perda do mandato eletivo.

A representação eleitoral por captação ou gastos ilícitos de recursos tem íntima relação com o processo de prestação de contas.

Neste aspecto, após regular tramitação da ação, se forem devidamente comprovadas, através de provas robustas e concretas, as graves e relevantes condutas de captação ou gastos ilícitos de recursos para fins eleitorais, será negado o diploma ao candidato, ou, se já tiver sido expedido, será cassado o diploma (art. 30-A, § 2º, da LE).

Nota-se que o legislador agiu corretamente ao excluir das penalidades o indeferimento do registro de candidatura ou então sua cassação, sobretudo porque não haveria possibilidade de ação desta natureza ser apreciada antes do julgamento do pedido de registro.

Conquanto não haja previsão específica no texto do art. 30-A da LE, quanto à sanção de inelegibilidade, há possibilidade de sua aplicação por via reflexa, em razão da introdução do art. 1º, inciso I, alínea j, pela LC nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), o qual dispõe que os que tiverem o diploma cassado por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos em campanha eleitoral, por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, ficam inelegíveis por oito anos, a contar da data da eleição.

Neste ponto, não se pode olvidar do texto enunciado na Súmula nº 69 do TSE, que indica o início da contagem do prazo de oito anos da ine-

legibilidade advinda de condenação por captação ou gastos ilícitos de recursos eleitorais.

Por fim, cumpre enfatizar que a condenação nesta espécie de representação não tem previsão legal de qualquer sanção pecuniária, como ocorre com as condutas vedadas.

5 Conclusão

No tópico final da exposição, verifica-se com meridiana clareza que os mecanismos trazidos ao bojo do processo eleitoral, tratando da arrecadação de recursos financeiros e gastos ilícitos nas campanhas eleitorais, ampliaram substancialmente o controle das contas e do financiamento, trazendo inovações decorrentes com o próprio comprometimento dos diplomas dos candidatos.

Na fase processual, a utilização do rito de regência da ação de investigação judicial submetido ao art. 22 da LC nº 64/1990, com processamento sumário e concentrado, resulta no cumprimento de um dos essenciais princípios reinantes no Direito especializado, na versão da celeridade processual, para contemplar com muita eficiência o deslinde da questão voltada para a prática ilícita, mostrando com hígidez o combate aos abusos.

Não resta nenhuma sombra de dúvida que a Justiça Eleitoral também se equipou na monta-

gem e ampliação dos órgãos técnicos para auxiliarem no controle e transparência das prestações de contas dos candidatos e partidos, cujo exame na arrecadação financeira e gastos possibilita experimentar os detalhes no cruzamento de dados e na apuração das divergências contábeis, sempre identificadas pelo sistema informatizado.

Ademais, nos tópicos abrangidos neste trabalho e concisamente apontados anteriormente, verifica-se que a ação por captação ou gastos ilícitos de recursos eleitorais deve ter alcançado a sua real efetividade, como instrumento de combate principalmente à corrupção e ao caixa dois de campanha.

Neste aspecto, os esforços empreendidos para atingir a plena e concreta aplicação do art. 30-A da Lei nº 9.504/1997 devem continuar, com a finalidade de manter a normalidade e lisura das eleições, conseqüentemente protegendo a moralidade do pleito.

Por derradeiro, afirma-se que a ação por captação ou gastos ilícitos de recursos eleitorais está em constante evolução, fortalecendo-se como um elemento essencial no processo eleitoral, para aprimoramento e fortalecimento da democracia de nosso país, através do preciso controle e exata fiscalização das finanças dos candidatos e partidos políticos. ■

E

leições: direito à informação *versus* esquecimento.

Taís Gasparian

Advogada. Atua nas áreas de advocacia contenciosa e consultiva, na área do Direito Civil relacionada à mídia, à publicidade e à internet. Leciona Direito Digital para jornalistas na Universidade ESPM em São Paulo, Brasil. Foi membro da Comissão de Liberdade de Expressão do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), de 2014 a 2016, e atualmente integra a Comissão de Liberdade de Imprensa da OAB-SP. A partir de 2014, tornou-se colaboradora frequente da Universidade de Columbia-NY, EUA, no Global Freedom of Expression Website. Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e graduada pela Faculdade de Letras, Filosofia e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Foi chefe de gabinete do ministro da Justiça (2002). Foi membro do Conselho Diretor da Associação dos Advogados de São Paulo.

Sumário

1. Direito ao esquecimento
2. Direito à informação
3. Eleições e o direito à informação
4. A decisão da Corte Europeia sobre o tema
5. Conclusão

Bibliografia

A tentativa de controle sobre as informações veiculadas é um aspecto que preocupa os veículos de comunicação, *sites* e *blogs*, sobretudo em ano de eleições. Candidatos a cargos eletivos e partidos políticos são ferozes litigantes em ano eleitoral. Em um momento de grande polarização política e ânimos exacerbados, o direito à informação sofre. Ainda que o país não tenha vivido momentos de calma política nos últimos anos, as eleições de 2018 devem ser uma das mais acirradas e surpreendentes. E isso certamente trará disputas judiciais. Para além dos duelos entre partidos e entre candidatos, os veículos de mídia certamente serão processados, seja para que retirem ou deixem de publicar informações, seja para coibir, do modo que for, a disseminação de notícias que os candidatos ou os partidos julgam lhes ser prejudiciais. Nesse momento político, os veículos de comunicação, os *sites* e os *blogs* são bombardeados sobretudo com ordens judiciais de remoção de conteúdo de suas plataformas digitais.

Desnecessário discorrer sobre a importância da informação para o exercício da democracia. A pluralidade de fontes de informação é o que permite um mínimo de discernimento – ainda que pessoal e particular – sobre a realidade vivida. Seja de esquerda, de direita, de centro ou dos extremos, sempre haverá um canal informativo que se harmoniza com uma determinada visão de futuro, haja vista tamanho leque de opções atualmente disponíveis no país. Essa realidade, contudo, sofre muito em anos eleitorais. As disputas judiciais, se não impõem o fechamento dos canais informativos, certamente prejudicam seu desenvolvimento e manutenção.

Para piorar a situação, nos últimos anos surgiu uma teoria que pretende alçar o esquecimento à condição de direito humano. Este artigo discorre sobre alguns aspectos jurídicos do chamado direito ao esquecimento em época de eleições.

1 Direito ao esquecimento

O sistema jurídico brasileiro não prevê um direito genérico de ser “esquecido”, no sentido de uma pessoa ter o direito de limitar a difusão de informação que lhe diga respeito e que considera prejudicial ou contrária aos seus interesses. Tampouco há respaldo na Constituição Federal (CF) para que um conceito como esse seja adotado. E nem há um direito absoluto de “ser esquecido”, como se fosse um direito fundamental.

Apesar da ausência de qualquer previsão no sistema jurídico pátrio, os tribunais do país já começaram a analisar questões controversas sobre o assunto, com o desafio de buscar o equilíbrio entre a liberdade de expressão, a liberdade de informação e a livre-iniciativa, por um lado, e a proteção dos dados pessoais e da privacidade, por outro.

Precisamente em função da ausência de definição sobre a expressão, o tema tem sido tratado de maneira errática até mesmo pelo Judiciário, e tem se prestado a todo tipo de pretensão que en-

volva pelo menos algum desconforto em relação a uma informação veiculada e o anseio à respectiva supressão.

A remoção de arquivos viola um princípio constitucional, que é a liberdade de informação.

O chamado “direito ao esquecimento” é uma expressão que há pouquíssimo tempo tem sido ouvida no mundo jurídico. Surgiu como consequência das novas reflexões que envolvem a coleta e o tratamento de dados e de informações. Em razão do desenvolvimento da informática de modo geral e, mais especificamente, da internet, o tratamento automatizado de dados pessoais e de informações de todos os tipos tomou proporções gigantescas, antes apenas relatadas em histórias de ficção. Novas tecnologias permitem que dados e informações sejam armazenados durante um longo período. Somente em razão desses recentes desenvolvimentos tecnológicos tornou-se factível a existência de bancos de dados tais como hoje conhecemos, alimentados por milhões de pessoas do mundo todo. Não há como voltar atrás nessa realidade.

O registro de dados e informações resulta em diversos benefícios, é certo, ao mesmo tempo em que instiga a capacidade humana a lidar com uma situação cuja dimensão ainda não é de todo conhecida. Trata-se de um desafio que não pode ser enfrentado com uma reação imediatista, como o seria a mera proibição de existência desses registros, porque a remoção de arquivos viola um princípio constitucional, que é a liberdade de informação.

Como já afirmou a ministra Carmen Lúcia, “a multiplicidade dos meios de transmissão da palavra e de qualquer forma de expressão sobre o outro amplia as definições tradicionalmente cogitadas nos ordenamentos jurídicos e impõe novas formas de pensar o direito de expressar o pen-

samento sem o esvaziamento de outros direitos, como o da intimidade e da privacidade. Em toda a história da humanidade, entretanto, o fio condutor de lutas de direitos fundamentais é exatamente a liberdade de expressão”.¹

A justificar, então, uma aspiração um tanto quanto imprecisa e subjetiva, de impedir que registros sobre fatos perdurem no tempo, começou a ser tecida uma ideia, que está longe de se mostrar consolidada e bem definida. Segundo essa vaga noção, o “direito ao esquecimento”, por outros institutos,² já estaria presente no ordenamento jurídico, e sua existência se justificaria em razão de que o Direito se presta a “estabilizar o passado e conferir previsibilidade ao futuro”.³

Sem razão, contudo. Como afirma o professor Daniel Sarmento em parecer juntado em recurso extraordinário em trâmite no Supremo Tribunal Federal, e que trata desse assunto,

“o direito ao esquecimento [...] não está consagrado em qualquer norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional. Na extensão que lhe atribuiu o STJ, ele tampouco pode ser extraído da Constituição pela via interpretativa – seja da garantia da privacidade, do princípio da dignidade da pessoa humana ou de qualquer outra cláusula – pois é claramente incompatível como nosso sistema constitucional [...]. Afinal, o esquecimento sobre fatos que envolvem interesse público não pode ser visto como um direito fundamental, em regime constitucional que se preocupa tanto com

o acesso à informação, garante a memória coletiva e valoriza a História. A restrição não satisfaz, portanto, o requisito da reserva legal para restrição de direitos fundamentais”.⁴

Observe-se que os dispositivos do Código Civil (arts. 17, 20 e 21) ou aqueles da CF (art. 5º, incisos V e X) que se referem à proteção do nome, da imagem, da honra, da privacidade e da intimidade das pessoas, e que são comumente evocados por aqueles que buscam um reconhecimento do **direito de ser esquecido**, não se prestam a dar força ou fundamento ao direito ao esquecimento. Os princípios que protegem a honra, a privacidade e a imagem são expressamente acolhidos pela CF, enquanto que este (o direito ao esquecimento) está em colisão com diversos outros princípios constitucionais.

2 Direito à informação

A alteração de registros históricos é funesta. Há na História diversos exemplos de alteração de fotografias e de supressão de trechos de cartas ou relatos que demonstram fartamente que interesse, poder e exclusão são ingredientes nefastos à memória de um povo. Os arquivos e acervos servem para estabelecer uma identidade coletiva e também como prova de fatos que são deliberadamente esquecidos pela versão oficial da história. A revisão da história sempre pode ser feita, mas ela depende necessariamente da conservação de dados e testemunhos.⁵ Um exemplo disso é o trabalho desenvolvido pela Comissão da Verdade, no Brasil. Se dados e arquivos tivessem sido destruídos, jamais referida comissão teria podido apresentar qualquer conclusão. E o esquecimento daí decorrente seria prejudicial ao bom e completo entendimento e à análise da conjuntura atual do país.

Não há, além do mais, argumento que justifique remoção de registros. De fato, pergunta-se: a qual título poderia uma pessoa, um governo ou mesmo um tribunal decidir o que será – ou não – lembrado no futuro? A quem os cidadãos estariam

1. Cf. ADI nº 4.81-DF, ocasião em que se decidiu pela desnecessidade de autorização para biografias.

2. Esses institutos são, exemplificadamente, a prescrição, a decadência, a anistia, a irretroatividade da lei, o respeito ao direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, dentre outros. Veja-se também que a Lei de Defesa do Consumidor se refere a um certo tipo de direito ao esquecimento, quando dispõe que os cadastros e dados de consumidores não podem conter “informações negativas referentes a período superior a cinco anos” (art. 43, § 1º).

3. REsp nº 1334097, Min. Luiz Felipe Salomão.

4. SARMENTO, Daniel. Parecer juntado no Recurso Extraordinário nº 1010606.

5. Esse tema já foi tratado por mim em “Esquecer o quê?” (2015).

dispostos a ceder o poder de decisão sobre a memória de sua sociedade?

Se no início da era moderna a liberdade de expressão se materializou como um direito do indivíduo de se comunicar sem ressalvas, isto é, como constituidora de uma garantia de liberdade individual, atualmente compreende um direito da coletividade à obtenção da informação.⁶

A internet já alcança a mesma importância que as bibliotecas tiveram no passado.

A esse respeito, José Afonso da Silva (2008, p. 260) assim se manifesta:

“O direito de informar, como aspecto da liberdade de manifestação do pensamento, revela-se um direito individual, mas já contaminado de sentido coletivo, em virtude das transformações dos meios de comunicação, de sorte que a caracterização mais moderna do direito de comunicação, que especialmente se concretiza pelos meios de comunicação social ou de massa, envolve a transmutação do antigo direito de imprensa e de manifestação do pensamento, por esses meios, em direitos de feição coletiva”.

A dimensão coletiva da liberdade de informação é dada pelo inciso XXXIII do art. 5º da CF, segundo o qual “todos têm direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral [...]”. A informação, de modo geral, atingiu tal grau de prioridade no Estado Democrático, que a CF assegura aos cidadãos o direito de exigir informação. Nesse sentido, veja-se comentário de Celso Bastos (1989, p. 163) sobre o dispositivo constitucional acima referido:

“Nasce assim, ao lado das duas modalidades clássicas de informação, consistente uma em cada indivíduo poder externar livremente o seu pensamento e a outra na liberdade de prestar informações, sobretudo através dos meios técnicos com

esta finalidade, uma terceira modalidade, consubstanciada em um direito de exigir informações. Há, a nosso ver, uma dupla fundamentação para este direito. De um lado, a preocupação que não é nova – uma vez que advém do surgimento das próprias ideias liberais – de fazer do Estado um ser transparente, banindo-se as práticas secretas. De outro, do próprio avanço das concepções uma democracia participativa. Se cada vez exige-se mais do cidadão em termos de participação da vida pública é natural que a ele também sejam conferidas todas as possibilidades de informar-se sobre as condições da *res pública*. Trata-se, pois, de combater o princípio *arcana praxis* ou princípio do segredo que, sendo próprio do Estado de Polícia, não deixa, contudo, de manifestar a sua permanência no Estado de Direito, no atuar de uma burocracia que procura encerrar-se em uma prática esotérica de difícil acesso ao cidadão comum. É, pois, instrumento indispensável no progresso da democratização”.

Por outro lado, o direito à informação é tão imprescindível para o exercício da cidadania que o constituinte admitiu sua suspensão apenas na vigência do estado de sítio (art. 139, inciso III, da CF).

A internet já alcança a mesma importância que as bibliotecas tiveram no passado. Remover conteúdo da internet, já se disse, é o mesmo que queimar livros. A CF não permite a destruição de arquivos. Ao contrário, os protege no art. 216, que estabelece constituírem “patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial”, que se referirem “à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”, além de determinar que ao Poder Público cabe a promoção e a proteção do “patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”.⁷

6. Nesse sentido, *vf.* ARAÚJO; NUNES JR., 2010, p. 166 e ss.

7. Art. 216 e § 1º da CF.

Por qualquer ângulo da Constituição que se analise, percebe-se que “ninguém deve ter o direito de selecionar quais são as informações que podem chegar ao debate público”.⁸

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por mais de uma oportunidade, já analisou o tema, tendo decidido, em diversos casos, por não acolher a pretensão de remoção de arquivos, sob o entendimento de que o chamado “direito ao esquecimento” careceria de legalidade na ordem jurídica. No voto proferido pelo desembargador Cesar Ciampolini⁹ em recurso submetido àquele tribunal, assim restou decidido:

“Nos debates orais havidos entre os membros da Turma Julgadora expandida na forma do art. 942 do NCPC, frisei que, *mutatis mutandis*, nos dias atuais, efetivamente, como argumenta a apelante S. A. O Estado de São Paulo, determinar, como quer o autor na inicial (fl. 10), que os órgãos de Imprensa apelantes excluam de seus arquivos digitais a notícia verídica em tela, que o envolve, equivale a uma ordem que se tenha dado, num dos tantos momentos menos esclarecidos da História da Humanidade, para queima de livros, destruição de bibliotecas. Os registros dos fatos do dia a dia se fazem, atualmente, em arquivos digitais. Não se vendem mais enciclopédias de porta em porta: consulta-se a rede mundial de computadores; menos se frequenta, nesta Capital de importantes tradições culturais, a Biblioteca Mario de Andrade, em sua sede atual da Rua da Consolação, 94, na Praça Dom José Gaspar, inaugurada pelo Prefeito Prestes Maia em 25 de janeiro de 1942: consultas cada vez mais são feitas pelos estudantes via internet; o mesmo, por certo, se dá com

os arquivos físicos em que as empresas jornalísticas guardam exemplares de seus periódicos impressos ao longo dos séculos: são eles consultados pelos historiadores e pelos estudantes pela rede de computadores, digitalizados que estão”.

Mesmo que se analise sob o ponto de vista do aparente conflito entre a proteção à vida privada, honra e imagem, ou seja, dos direitos da personalidade, de um lado, e o direito à informação, de outro, há que se reconhecer que nenhuma situação poderia justificar a sobreposição daqueles a este último. Em ocasião em que se manifestou sobre o assunto, o ministro Marco Aurélio de Mello¹⁰ afastou qualquer possibilidade da censura judicial, nos seguintes termos:

“O conflito, aqui, todavia, é aparente, Presidente. O legislador previu a possibilidade de a imagem ser alcançada e aí dispôs sobre a responsabilidade: a responsabilidade no campo civil e, também, no campo penal. Mais do que isso presidente. Se estou diante de um conflito entre o coletivo e o individual, devo homenagear o coletivo. [...] e não podemos, Presidente, muito menos a partir de simples presunção, não podemos, *a priori*, implementar uma censura e obstaculizar a própria informação. [...] torno a frisar que, entre o interesse individual e o coletivo, homenageio o interesse coletivo. E o interesse coletivo reside na informação do que ocorra”.

É evidente reconhecer que o próprio tema se presta a confusão, como se carecesse de maturidade. Remoção de registros, em última análise, é uma operação técnica, de informática, algorítmica. Questões ficam no ar: é possível a remoção de um registro para sempre? De onde se dá essa remoção, afinal? Dos *sites* originais? Dos instrumentos de busca? O direito ao esquecimento abarcaria a pretensão de restrição de veiculação futura de informação sobre uma pessoa?¹¹

3 Eleições e o direito à informação

Para além da falta de definição sobre o termo ou sobre os limites jurídicos de aplicação do cha-

8. Min. Roberto Barroso, no voto da ADI nº 4.815-DF.

9. Vt. Apelação nº 1113869-27.2014.8.26.0100, São Paulo.

10. Med. Caut. MS nº 24.832-7-DF, j. 18/3/2004.

11. Ainda que o chamado direito ao esquecimento se refira, na maior parte das vezes, à remoção de conteúdo já divulgado, a pretensão de restrição de veiculação futura de informação é uma realidade com a qual convivem diariamente os veículos de comunicação, *sites* e *blogs*. Isso constitui censura. Censura prévia – pois nem sequer se sabe o que poderia ser veiculado quanto ao assunto.

mado direito ao esquecimento, é importante ressaltar que sua utilização muitas vezes tem se prestado a interesses escusos e atitudes oportunistas.

Em levantamento realizado pela Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo¹² (Abraji), no projeto CTRL-X,¹³ que mapeia ações na Justiça contra a divulgação de informações, observa-se que há diversas tentativas, provenientes de pessoas públicas, de impedir que informações publicadas contra si continuem a ser veiculadas.

O CTRL-X é uma plataforma que mapeia processos judiciais que têm por objeto algum tipo de restrição de divulgação de informações, tais como (a) a remoção de conteúdo, (b) a abstenção de divulgação de informação, (c) a apreensão de publicações e (d) a suspensão de transmissão de rádio e TV.

Pelos dados coletados,¹⁴ e que podem ser analisados pela tabela abaixo, vê-se que, de 2010 a 2017, houve um crescimento do número de processos que requerem algum tipo de remoção de conteúdo. Observe-se, ainda, que, nos anos eleitorais, esse crescimento foi bem maior e provocado por políticos e partidos políticos.

Quantidade de processos movidos em anos com eleição

ANO	POLÍTICOS E PARTIDOS POLÍTICOS	OUTROS
2010	12	36
2012	486	79
2014	624	203
2016	667	219

Quantidade de processos movidos em anos sem eleição

ANO	POLÍTICOS E PARTIDOS POLÍTICOS	OUTROS
2011	1	40
2013	20	140
2015	32	299
2017	39	121

Veja-se, então, que justamente aqueles sobre os quais a população mais necessita obter informações – os políticos e os partidos – são os que mais acionam o Judiciário para impedir o acesso à informação sobre si. O pior é que essa atitude

– propositura de processo judicial para remoção de conteúdo da internet – ocorre sobretudo nos anos eleitorais, período em que os cidadãos deveriam e poderiam obter informações sobre os candidatos. É espantoso perceber que, justamente quando deverá escolher seus candidatos, no exercício de um dos direitos mais caros à cidadania, a eleição de seu representante, é que ocorre o maior número de tentativas de subtração das informações sobre os candidatos. Na comparação, como se nota, os autores dos pedidos de remoção de conteúdo são em muito maior número dentre os políticos.

Muitos autores e juristas já se manifestaram sobre a intrínseca relação entre democracia e liberdade de informação. Nesse sentido:

“a liberdade de expressão é não apenas um pressuposto democrático, como é um pressuposto para o exercício dos outros direitos fundamentais. Para exercerem-se bem os direitos políticos, o direito de participação política, a liberdade de associação, a liberdade de reunião, o próprio desenvolvimento da personalidade, é preciso que haja liberdade de expressão, é preciso que haja uma livre circulação de fatos, opiniões e ideias para que cada um possa participar esclarecidamente do debate público. Portanto [...], sem liberdade de expressão não existe plenitude dos outros direitos, não existe autonomia privada, não existe autonomia pública”.¹⁵

Também não escapou das manifestações do ministro Ricardo Lewandowski a íntima conexão entre liberdade de informação e de expressão e **democracia**. No julgamento em que autorizou a veiculação de pesquisas eleitorais nos dias imediatamente anteriores ao da eleição, o ministro assim afirmou:

12. Verificar em: <www.abraji.org.br>.

13. Verificar em: <http://www.ctrlx.org.br/#/infografico>. Acesso em: mar. 2017.

14. Levantamento ainda incompleto quanto ao ano de 2017.

15. Voto do ministro Barroso na ADI nº 4.815-DF.

“A liberdade de expressão do pensamento, portanto, completa-se no direito à informação, livre e plural, que constitui um valor indissociável da ideia de democracia no mundo contemporâneo”.¹⁶

4 A decisão da Corte Europeia sobre o tema

No plano internacional, a discussão quanto ao conteúdo do assim chamado direito ao esquecimento e seu conceito tem como pano de fundo a colisão entre o direito à privacidade (quanto a informações sobre determinada pessoa) e o direito à liberdade de informação/expressão (das pessoas que se interessam pela publicação de informações).

16. Voto do ministro Ricardo Levandowski na ADI nº 3.741-DF.

17. No processo movido por Mario Costeja González contra Google Spain, S.L. e Google Inc. O processo dizia respeito ao fato de que alguns dados pessoais relativos ao sr. González foram publicados por um jornal espanhol, em duas das suas edições impressas em 1998, ambas republicadas numa data posterior na sua versão eletrônica disponibilizada na internet. O sr. González entendeu que essa informação não devia continuar a ser exibida nos resultados apresentados pelo mecanismo de pesquisa utilizado pela Google, quando era feita uma pesquisa do seu nome.

18. A Diretiva 95/46/CE tem por objeto a proteção das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente do direito à vida privada, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, e a eliminação dos obstáculos à livre circulação desses dados. Tal diretiva excetua da proteção dos dados pessoais aqueles utilizados para fins jornalísticos ou de expressão artística ou literária, na medida em que sejam necessários para conciliar o direito à vida privada com as normas que regem a liberdade de expressão. Dispõe o art. 9: “Os Estados-Membros estabelecerão isenções ou derrogações ao disposto no presente capítulo e nos capítulos IV e VI para o tratamento de dados pessoais efetuado para fins exclusivamente jornalísticos ou de expressão artística ou literária, apenas na medida em que sejam necessárias para conciliar o direito à vida privada com as normas que regem a liberdade de expressão”.

19. Vê. no endereço: <http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=152065&occ=first&dir=&cid=407612>.

20. Nos termos da decisão: “[...] na medida em que, no caso em apreço, não parece haver razões especiais que justifiquem um interesse preponderante do público em ter acesso a essas informações no âmbito dessa pesquisa, [...] a pessoa em causa pode [...] exigir a supressão das referidas ligações dessa lista de resultados”.

21. STJ, AgInt no Recurso Especial nº 1.593.873-SP, julgado em novembro de 2016.

Muito se fala a respeito da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia de maio de 2014 sobre o direito ao esquecimento, quando referido tribunal analisou um recurso¹⁷ que lhe foi submetido a respeito da aplicação da Diretiva 95/46/CE.¹⁸ Comumente ouve-se dizer que a União Europeia teria acolhido o direito ao esquecimento. A decisão, contudo, está longe de ser simples. De fato, no caso, foi determinada a supressão de uma informação do resultado de busca, mas a decisão foi tomada sob as seguintes considerações:¹⁹ (a) ausência de interesse público, (b) observação de que a mesma decisão não seria possível se se tratasse de pessoa pública e (c) sob a determinação de que não fossem removidos os arquivos originais do jornal em que havia sido disponibilizada a informação.²⁰ Observe-se que o tribunal expressamente considerou que, no caso, o direito do requerente só se sobrepôs ao interesse do público em ter acesso à informação suprimida porque o requerente não era uma pessoa pública.

O acolhimento do chamado direito ao esquecimento traz mais riscos do que benefícios.

Cabem mais três observações sobre essa decisão: ela foi tomada no âmbito das normas de proteção de dados da União Europeia, inexistentes no Brasil, e é alvo de contundentes críticas por parte de juristas e filósofos. Sobre ela ministra Nancy Andrichi, do Superior Tribunal de Justiça, assim asseverou:

“[...] a jurisprudência oferecida pelo Tribunal de Justiça Europeu não seria adequada ao contexto brasileiro, dadas as grandes diferenças nas premissas legislativas que partem ambas as situações. A principal, diga-se, é a ausência de uma lei específica voltada para a proteção de dados pessoais dos cidadãos brasileiros”.²¹

5 Conclusão

O acolhimento do chamado direito ao esquecimento, pelo Direito pátrio, atualmente, traz mais riscos do que benefícios. E nem mesmo sob a roupagem de se tratar de conteúdo “ofensivo”, “irrelevante” ou até mesmo “errado”, poderia ser adotado. As democracias da América Latina são ainda incipientes e sensíveis às tentativas de obstrução da verdade e da informação.

Há diversos tratados internacionais relacionados de um modo ou de outro ao tema e todos eles, sem exceção, trazem a previsão expressa de proteção à liberdade de expressão e informação, em razão do entendimento de que a consolidação e o desenvolvimento da democracia dependem da existência, reconhecimento e efetivo exercício desses direitos.²²

O fato de tratados internacionais diversos trazerem previsão de proteção da liberdade de ex-

pressão decorre do reconhecimento, por parte de diversas nações, de que nada é mais nefasto do que a regulação da livre circulação de ideias.²³

Como se vê, não há espaço algum para o acolhimento de teses de esquecimento, nem muito menos que se autorize a aplicação de um conceito ainda em construção no ordenamento jurídico brasileiro. ■

22. Nesse sentido, cabe lembrar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 10 de dezembro de 1948 e assinada pelo Brasil na mesma data, dispõe sobre a liberdade de expressão no art. 19, ao assegurar a todo indivíduo o direito “à **liberdade de opinião e de expressão**, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de **procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras**, informações e ideias por qualquer meio de expressão”.

23. Nesse sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992, estabelece, em seu artigo 13.1, que “toda pessoa tem direito à liberdade de **pensamento** e de **expressão**. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, **verbalmente ou por escrito**, ou em forma **impressa ou artística**, ou por qualquer outro processo de sua escolha”.

Bibliografia

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.
BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.
GASPARIAN, Taís. Esquecer o quê? In: BLANCO, Patrícia

(Org.). *Pensadores da Liberdade*. A Liberdade como Princípio. São Paulo: Palavra Aberta, 2015. Coleção Pensadores da Liberdade. v. 2.
SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

A autonomia partidária e as intervenções judiciais.

Vânia Aieta

Doutora em Direito Constitucional (PUC-SP).
Advogada eleitoralista.

Glauco Wamburg

Mestre e doutorando em Direito da Cidade
(UERJ). Advogado eleitoralista.

Sumário

1. A reforma partidária
 2. O mandato partidário
 3. Novos modelos de representatividade partidária e a baixa qualidade da democracia participativa no Brasil
 4. A autonomia partidária
 5. As intervenções judiciais
 6. Conclusões
- Bibliografia

1 A reforma partidária

A **reforma partidária** é um clamor da ordem do dia. A sociedade ainda precisa dos **partidos políticos**, malgrado as críticas que os mesmos recebem. Através deles, possibilita-se a deflagração de meios para a organização de bases sociais. Perfazem-se como instrumentos de luta, alcançando até mesmo setores não organizados da sociedade, geralmente à margem do processo político-decisório e, portanto, despidos do sagrado **direito à participação**.

Hoje vigora a tese do mandato partidário no Brasil, mas é fato a debilitação das instituições políticas, em especial os partidos, malefício advindo desde a reforma capitaneada por Golbery, em 1979, quando o multipartidarismo foi implementado no Brasil, na melhor lição do imperialismo inglês com a máxima “dividir para dominar”, facilitando a

criação, sem modulação adequada, de agremiações partidárias, malefício esse que não conseguiu ainda ser sanado em nosso país, fazendo-se imperiosa e necessária a adoção da **cláusula de barreira**.

2 O mandato partidário

O mandato partidário é fulcrado na fidelidade partidária, mas só é possível defender fidelidade e autonomia dos partidos, princípios insertos na Constituição da República (CRFB), notadamente no art. 17, § 1º, com estruturas *interna corporis* verdadeiramente democráticas. Descobriu-se que a chamada infidelidade partidária pode residir não só no parlamentar eleito, mas também na própria agremiação à qual ele pertence.

Além disso, a sociedade contemporânea vem demandando outras possibilidades de representatividade além dos partidos, o que não significa que eles venham a desaparecer ou muito menos perder sua força. Essa preocupação já víamos desde os *Founding Fathers*, na obra *O Federalista*, de Madison/Hamilton/Jay, que entendia que a política deveria ser guiada por combinações passageiras de interesses sobre determinadas questões em virtude de que um interesse único se sobrepusesse e destruísse todo o arranjo institucional, social e econômico do país.

A sociedade contemporânea vem demandando outras possibilidades de representatividade além dos partidos.

Hoje, assistimos, além das organizações da sociedade de um modo geral, ao advento de movimentos os mais plurais, uns ideologizados, outros advindos do lumpesinato enfurecido que se presta ao papel de “massa de manobra” para múltiplos senhores da conveniência momentânea.

Por sua vez, também ganhou corpo recentemente a tese das **candidaturas avulsas**, que, embora não tenha sido acolhida, não deixa de ter a sua validade para o acolhimento dos isolados, assim como para a oxigenação das agremiações partidárias que se livrariam do estorvo de indivíduos indesejados e divorciados da necessária *affectio* que deve imperar nos partidos com sua natureza jurídica de associação privada especial.

3 Novos modelos de representatividade partidária e a baixa qualidade da democracia participativa no Brasil

Mas também observamos novos modelos de representatividade partidária, tais como os partidos transnacionais, que na prática dão direcionamento aos seus partidos afluentes nos mais diversos países, como é o caso, por exemplo, da Internacional Democrata Centrista (CDI), que acolhe no Brasil o Democratas (DEM), e da Internacional Socialista, que congrega a união de partidos social-democratas, socialistas e trabalhistas, representada no Brasil pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT). Ainda nos novos modelos inspirados no Podemos, da Espanha, que deu origem ao partido Rede e ao Movimento Cidadanista Raiz, dissidência do primeiro, modelos esses que surgem a partir dos ativismos da sociedade em uma perspectiva mais horizontal, sugerindo resgatar a democracia sequestrada.

Do mesmo modo, observam-se também propostas empresariais em que inexiste democracia interna, como é o caso do partido Novo, em que um militante que dê início à sua trajetória política na base do partido não tem oportunidade estatutária de alçar voo às funções de dirigente. E, por fim, partidos que, inclusive, rompem com a ordem democrática, como é o caso dos neofascistas da Áustria e da Holanda, os partidos de fundamentalismo religioso, como os nichos eleitorais

da irmandade islâmica, e até partidos terroristas, como movimentos que pregam o terrorismo na Espanha.

Uma questão de grande relevância é que, apesar de estarmos alcançando a proximidade da centésima emenda constitucional e muito se falar em fomento de democracia participativa e de democracia deliberativa, em 30 anos da Constituição brasileira só se utilizaram os instrumentos de democracia semidireta, estabelecidos, no art. 14 da CRFB, em 1993, com o plebiscito sobre as formas de Estado e governo, já previsto no ADCT, desde a promulgação da Carta Magna e, em 2005, no referendo sobre a proibição da comercialização das armas de fogo e munição. Salvo esses raros episódios, o fato é que o povo brasileiro jamais foi ouvido sobre qualquer dos temas que alteraram substancialmente a Constituição brasileira.

4 A autonomia partidária

A Constituição brasileira de 1988 dedicou o seu art. 17 aos partidos políticos, determinando a liberdade de criação dos mesmos. Reza o art. 17, § 1º, da Constituição brasileira de 1988, *in verbis*:

“É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

§ 1º - É assegurado aos partidos políticos **autonomia** para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias” (grifo nosso).

Sobre a autonomia partidária, não obstante a clareza normativa assecuratória da autonomia, a Justiça Eleitoral permanece com a missão de gerir a administração do processo eleitoral e a fiscalização isenta do cumprimento das regras relativas ao exercício da atividade política, pois tal tarefa se perfaz como uma expressão do poder político

que a Constituição também confere ao Poder Judiciário. Por essa razão, persiste um *quantum*, que devemos advertir ser **diminuto**, de controle dos partidos por parte da Justiça Eleitoral, existindo precedentes que asseguram a intromissão do Poder Judiciário em causas de natureza *interna corporis* das agremiações partidárias que venham a modificar estruturas montadas para as eleições resultantes das convenções quando as destituições odiosas e injustificadas de diretórios eleitos para nomear comissões provisórias ostentarem o desejo de dirigentes inescrupulosos de atingir contundentemente adversários internos que contra sua política se insurgirem.

Desse modo, enfrentando os desafios da temática, o excelentíssimo ministro Luiz Fux assevera que o princípio da autonomia partidária, estabelecido constitucionalmente, não pode servir de justificativa para desmandos e abusos perpetrados no interior das agremiações, quando o descumprimento normativo, inclusive o do regimento interno, for realizado, demandando-se nesses casos a interferência cirúrgica do Poder Judiciário, que apreciará a matéria quando direitos assegurados sofrerem lesões.

5 As intervenções judiciais

Observa-se, ainda, com atenta preocupação, a odiosa **criminalização da política**. Não podemos conduzir nossas atuações jurídicas motivados por manifestações midiáticas alicerçadas nos sentimentos de comoção popular e pela necessidade de dar satisfação aos anseios de uma sociedade controlada pelos ditames dos meios de comunicação, com o objetivo de expurgar da vida pública aquelas pessoas e seus partidos tidos como indesejáveis e indignos da representação popular.

Mesmo diante da legitimidade da insatisfação da “sociedade organizada”, não cabe ao Poder Judiciário invadir a **autonomia partidária**, salvo em exceções cirúrgicas, nem tampouco agir na estei-

ra do que considera indignante, mas sim prestar a jurisdição, atento às leis e, principalmente, ao arcabouço constitucional vigente, até porque os mesmos atores que protestam em face dos partidos políticos e de seus representantes eleitos são os que os elegem.

Mesmo em pleno século XXI, existe a tentativa de implementar uma “sociedade punitiva”, fruto de um projeto político transnacional, que recorre à legislação coercitiva e às táticas policiais para dispersar ou reprimir toda e qualquer forma de oposição ao poder das corporações, **reprimindo o dissenso político**. Por essa razão, o fascismo que emerge hoje não é político, mas sim social, e coexiste com uma democracia de baixíssima intensidade, para parafrasearmos Boaventura de Sousa Santos.

Não podemos deixar de traçar relações entre a realidade hodierna de **criminalização dos partidos e políticos**, representantes do povo e eleitos pelo voto popular, e importantes contribuições trazidas por autores que percebem, nos efeitos do punitivismo imperante, um **progressivo desamparo aos direitos fundamentais**, notadamente observado nas constantes e assustadoras **flexibilizações dos direitos constitucionais**, como no caso da **supressão dos direitos políticos**, que são **subespécie dos direitos humanos**, além do **esvaziamento dos direitos fundamentais assecuratórios da proteção dos cidadãos na processualística penal**.

Por essa razão, a ideia da consolidação da vigilância e da punição se encontra em várias entidades estatais, inclusive na motivação dos que abraçam a “judicialização da política” para lesarem a autonomia das agremiações partidárias.

A tentação de buscar alicerce, **em âmbito penal**, nas instituições policiais e penitenciárias e, **em âmbito eleitoral**, nas condenações às **penas de inelegibilidade** visa alcançar, através da defesa do encarceramento e, em especial, no universo eleitoral, da punição mais cruel aos representantes

eleitos – que é a **inelegibilidade** –, um verdadeiro “banimento do mundo político” de certos atores da política, indesejáveis ao sistema, condenando tais representantes à **invisibilidade política**.

É possível observar que parte significativa dos meios de comunicação vem paulatinamente apresentando “fontes” pouco confiáveis e, o pior, prestando-se a interesses pouco nobres, pois **sabem muito bem os prejuízos que eleitoralmente podem causar aos candidatos através de veiculações que faltam com a verdade dos fatos**.

Essas notícias falaciosas, vale-se dizer, **divorciadas e distintas do direito constitucional à liberdade de expressão**, tornam-se agravadas quando o momento da ofensa ocorre no período eleitoral, gerando prejuízos acentuados ao candidato e seus partidos perante seus eleitores, ao macularem sua imagem com uma notícia mentirosa.

Portanto, **estado de exceção** é o sinônimo de estado de emergência política e de estado de sítio, sendo uma prerrogativa normativa concedida ao poder dominante para aplicar a Constituição, **desaplicando-a, mantendo-a presente, malgrado seus direitos fundamentais assegurados pelo Constituinte estejam sendo desrespeitados, como o caso do art. 17, § 1º, da CRFB/1988**.

Essa exceção, que é uma “exclusão includente”, provoca a indistinção entre regra e exceção, fazendo com que, em tempos de crise, como o atualmente vivido, ocorra uma hipertrofia do Poder Executivo, uma erosão do Legislativo e, capitaneando o momento de revés institucional, a colonização da política pelo Poder Judiciário, transformando os magistrados em julgadores da conveniência e da interpretação, assim como da legitimidade das decisões estratégicas fundamentais da política, universo esse pertencente à classe política pelo voto popular.

Essa **politização do Poder Judiciário** tem se revelado maléfica à República, notadamente pela assumpção pública de posicionamento político dos magistrados, inclusive o que lhes é proibido

pelo estatuto da Magistratura: obediência às amizades, receio de manchetes agressivas da imprensa, demora injustificada em proferirem decisões urgentes, complacência com inequívocos desvios de julgados de instâncias inferiores a atingirem direitos políticos fundamentais, e recorrentes a um moralismo despolitizado reinante em que muitas sentenças são embasadas por qualquer argumento emotivo.

Nas relações contemporâneas entre Direito e política, o Direito estabelece as regras do jogo, de modo a assegurar, como nos ensina Luigi Ferrajoli, a configuração das esferas jurídico-políticas do “decidível” e do “indecidível”, que é a dimensão substancial das garantias, hoje tão esquecidas, em especial, pelo próprio Poder Judiciário. Como, afinal, controlar o exercício legítimo de um processo, sobretudo os políticos, se a imputação desconhece os limites da legalidade material?

Torna-se irreal a pretensão de Luigi Ferrajoli de excluir do universo do decidível situações jurídicas de tutela de direitos fundamentais, pois a proteção ao princípio democrático, às regras do jogo, vem sendo paulatinamente substituída pelo exercício abusivo do poder.

Mergulha-se na criminalização da política, valendo-se da arma da judicialização para banir desafetos da vida política, artifício esse usado também por setores minoritários da classe política que não apresentam *expertise* necessária para os duros embates da arena política, fazendo com que os mesmos busquem a judicialização, **a interferência permanente do Poder Judiciário em assuntos que não lhe competem.**

Essa nova configuração de poder usa uma marca paternalista de proteção aos políticos que não têm competência para se estabelecerem como legítimos representantes do povo na arena política.

Ao contrário, no melhor esteio do constitucionalismo democrático, espera-se que, na inércia dos demais poderes, a atividade jurisdicional pos-

sa dar fomento aos mandamentos constitucionais, **impulsionando-os sem, contudo, criar direito, sem legislar criando o que a Constituição não criou**, pois na ideia de constitucionalismo não temos tão somente o papel da garantia, mas também a noção de controle e de **limite** aos poderes, inclusive do próprio Judiciário.

6 Conclusões

Atualmente qualquer pessoa pode observar que o descrédito popular quanto aos mecanismos da democracia representativa deve-se, em grande parte, à desmoralização do compromisso partidário entre o candidato eleito e a legenda que promoveu sua eleição. Não há nada mais destrutivo da ética política do que a insignificância histórica e social das siglas partidárias.

Essa deformação confunde o eleitor, afastando-o do eixo dos ideais civilizatórios que impulsionam a cidadania. Se tal não bastasse, a promiscuidade da relação partidária conspira contra a aglutinação sadia e programática dos segmentos da sociedade, mercantilizando a carreira política e, não raro, empurrando a massa dos eleitores, como gado no corredor do abate, para a devora do charlatanismo eleitoral.

Não há nada mais destrutivo da ética política do que a insignificância histórica e social das siglas partidárias.

Devemos nos preocupar com as causas deflagraadoras do nascimento da crise ética que vivemos. Sabemos que existem cientificamente paradigmas que devem ser observados para a análise destes descaminhos.

Vivemos uma **crise ética sem precedentes**. E, embora o Direito não possa ficar escravizado à

moral, devemos tratar da crise ética, compreender essa mazela, **para que possamos buscar a superação por outros caminhos, certamente educacionais e culturais.**

Entre as causas que alicerçam o nascimento da crise ética na condução dos comportamentos públicos, encontra-se a desintegração das formas ordenadas da vida, pois a Ciência Política nos ensina que a sociedade se forma e posteriormente ela mesma se deprava, se desagrega e, por fim, desaparece se freios normativos não forem sedimentados nas instituições como um todo.

A crise ética encontra seu berço natural na corrupção. E o *eidós*, a essência da **corrupção** se alicerça em três pilares. Em primeiro lugar, nas proposições ou juízos de valor, pois existem certos padrões de lealdade, moral e virtude cívica que são imprescindíveis para a manutenção de uma ordem política justa, equitativa e estável. Ao contrário, podemos dizer que os atributos cardeais de um Estado corrupto residem no hedonismo exacerbado, no niilismo, no individualismo e no egoísmo social.

Num segundo plano, está a **trilogia da desigualdade**, na qual a busca pela riqueza, pelo poder e pelo *status* desintegra o básico substancial dos políticos, gerando a perda da lealdade civil básica, pois os mesmos sacrificam-na em troca de galgar posições e de mantê-las.

Por fim, adenda-se a mudança da qualidade moral de vida do cidadão somada à desigualdade, gerando a deflagração das facções e dos grupos de interesses, conhecidos como *lobbies*, que, ao contrário de outros países, em nossa terra não são regulamentados e fiscalizados como qualquer outra atividade, o que gera guetos em um submundo invisível ao controle da sociedade civil organizada.

Precisamos de melhores pessoas. Precisamos voltar a ter pessoas extraordinárias, para parafrasearmos Eric Hobsbawm, em obra que recebe este título, já que sabemos todos que, na maioria dos casos, são os personagens “comuns” da história

que, através de atuações coletivas, desempenham papéis importantes na resistência dos povos, ainda que por vezes ocultos pela história oficial.

Na luta política, mesmo na democrática, e aqui consideraremos, em respeito a todos nós, a luta democrática a que não recorre à violência, os homens serenos costumam não ter como participar, pois os dois animais símbolos do homem político, e vamos para isso recordar o capítulo XVIII do *Príncipe* de Maquiavel, são o leão e a raposa. Ensinava Maquiavel ao príncipe a coragem do leão e a astúcia da raposa.

A política é a arte de domesticar feras. Em Dante, era Orfeu que domesticava as feras. Mas esse dom de domesticar feras só consegue ser desenvolvido, ainda que na política, quando também recorremos a um outro príncipe da literatura política.

Em *A Educação do Príncipe Cristão*, de Erasmo de Rotterdam, as virtudes mais elevadas do príncipe ideal são a clemência, a gentileza, a equidade, a civilidade, a benignidade, a prudência, a integridade, a sobriedade, a temperança, a vigilância, a beneficência e a honestidade. Essas são as virtudes de profunda esperança e fé em um mundo melhor.

Devemos ser vozes corajosas na defesa do Estado de Direito, do devido processo legal, pois, nos dias de hoje, um virtuoso acusador, com medo de virar culpado por omissão, transforma até os advogados, defensores do acusado, também em vilões.

Infelizmente, em toda classe profissional, ainda existem os que conclamam a execração pública dos culpados, inclusive dos chamados “bodes expiatórios”, pois tais comportamentos, sabemos todos, além de justificar fracassos, têm o dom de construir carreiras, promover mediocridades, massagear egos vaidosos.

A crítica política arrefece, mesmo diante de injustiças intoleráveis. E os acusadores sabem disso. É o velho rito sacrificial. Canetti, em sua obra

Massa e Poder, nos deixa o ensinamento de que “a fuga em massa cessa, depois que os leões abatem suas presas”.

A lei não pode ser esquecida ao sabor dos casuísmos. E a nossa preocupação com esses recentes episódios bem pode ser comparada à advertência de Laccordaire, em uma célebre passagem, onde nos alerta que: “Na luta entre o forte e o fraco, entre o servo e o senhor, é a lei que liberta e a liberdade que oprime”.

Em *Assim falou Zaratustra: um livro para todos e para ninguém*, Friedrich Nietzsche nos afirma que a **sabedoria** é uma mulher que só ama quem é guerreiro. Do mesmo modo, a **política** também ama os guerreiros que jamais desistirão de defendê-la.

Os defensores do Estado Democrático de Direito precisam estar imunes ao pessimismo, pois sua fé precisa superar os dissabores que precisamos enfrentar no caminho a ser trilhado.

As intervenções do Poder Judiciário em matéria *interna corporis* das agremiações só podem ser justificadas pontualmente em caso de lesão ao ordenamento jurídico, incluindo-se nesse mister os regimentos internos. Qualquer tentativa de monitoramento ou intervenção que fuja a esses parâmetros configura-se como extrapolação odiosa estatal em assuntos de esfera privada, já que, salvo a obediência à legislação, a regência das questões partidárias se submete ao crivo dos ditames insculpidos no Regimento Interno, a que se submetem voluntariamente os seus integrantes. ■

Bibliografia

AIETA, Vânia Siciliano. *Criminalização da Política*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

_____. *Partidos Políticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Reforma Política*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos Ideológicos de Estado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1987.

ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Madrid: Editorial Civitas, 1987.

BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2012.

BURNS, James MacGregor. *Packing the Court: the rise of judicial power and the coming crisis of the Supreme Court*. New York: Penguin, 2009.

CAMPILONGO, Celso. Democracia e Legitimidade: representação política e paradigma dogmático. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 22, n. 86, p. 29-40, abr./jun. 1985.

DRESSEL, Björn; MIETZNERA, Marcus. A Tale of Two Courts - The Judicialization of Politics in Asia. *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, v. 25, n. 3, p. 391-414, jul. 2012.

DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2006.

FEREJOHN, John. Judicializing Politics, Politicizing Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 65, n. 3, p. 41-68, Summer 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: La ley del más débil*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2004.

_____. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 1995.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 41. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2013.

GARCIA, Maria (Coord.). *Democracia, Hoje: um modelo político para o Brasil*. São Paulo: Celso Bastos Editor – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson-Civitas, 2003.

MAFFESOLI, Michel. *A Transfiguração do Político: a tribalização do mundo*. Trad. de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Editora Sulina, 1997.

MUNGER, Michael. Comment on Ferejohn’s “Judicializing Politics, Politicizing Law”. *Law and Contemporary Problems*, v. 65, n. 3, p. 87-93, Summer 2002.

NIETZSCHE, Friedrich W. *O Anticristo: maldição do cristianismo*. Trad. de Mario Fondelli. Rio de Janeiro: Editora Newton Compton Brasil Ltda., 1996.

SOWELL, Thomas. *Judicial Activism Reconsidered*. Stanford: Stanford University, 1989.

D

a inelegibilidade por rejeição de contas por parte de prefeitos municipais.

Walber de Moura Agra

Mestre pela UFPE. Doutor pela UFPE/Università degli Studi di Firenze. Pós-doutor pela Università Montesquieu Bordeaux IV. Visiting research scholar of Cardozo Law School. Professor visitante da Università degli Studi di Lecce. Professor visitante da Università Montesquieu Bordeaux IV. Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais (Ibec). Membro correspondente do Centre d'Études et de Recherches sur les Droits Africains et sur le Développement Institutionnel des Pays en Développement (Cerdradi). Professor da Universidade Católica de Pernambuco. Procurador do Estado da Pernambuco. Advogado. Conselheiro seccional da OAB-PE. Presidente da Comissão de Direito Eleitoral da OAB-PE. Vice-diretor da Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral.

Jéssica Maria Mendonça de Lima Melo

Bacharela em Direito. Pós-graduação em andamento pela Escola Superior da Advocacia/Tribunal Regional Eleitoral. Advogada.

Sumário

1. A incorporação de valores pela Constituição e a primazia de probidade administrativa
2. Pressupostos para a incidência da inelegibilidade por rejeição de contas
3. Conceito de irregularidade insanável
4. Da necessidade de configuração de ato doloso de improbidade administrativa
5. Da necessidade de decisão irrecurável por órgão competente
6. Da inexistência de provimento judicial suspensivo
7. Da necessidade de a atividade desenvolvida ser de ordenador de despesa
8. Da imputação de inelegibilidade

Bibliografia

1 A incorporação de valores pela Constituição e a primazia de probidade administrativa

A encampação de valores pela Constituição consubstanciada na primazia de probidade administrativa torna-se inexorável para a compreensão da hodierna incorporação de valores pelo Texto Constitucional, *conditio sine qua non*, uma retrospectiva histórica acerca do positivismo kelseniano. Certamente, a história demonstra que o ordenamento jurídico em tempos pretéritos, isto é,

em boa parte do século XX, era composto de um sistema invariavelmente normativo, cujo escopo seria alcançar uma pureza metodológica das normas jurídicas, através de um corte epistemológico e de uma depuração axiológica.

O constitucionalismo moderno torna-se uma facticidade lógica entre o Direito e a democracia.

Tal método tinha o apanágio de tergiversar a lógica estrutural do direito das injunções do jusnaturalismo, da utopia da justiça, da metafísica dos valores, dos aspectos sociais da sociologia e das origens históricas dos costumes (KELSEN, 1998, p. 291-293). O escopo era expurgar a discricionariedade do intérprete autêntico do Direito, retirando qualquer esfera subjetiva e valorativa da hermenêutica jurídica, proporcionando ao Estado-juiz uma mera condição de ser um instrumento de reprodução literal do ordenamento jurídico. O juiz nessa época era, segundo Montesquieu (1973, p. 91), *la bouche de la loi*.

É cediço que após a Segunda Guerra Mundial o constitucionalismo passou por uma inexorável mutação, isto é, o Direito atravessou um processo de evolução social, no qual a *Lex Mater* começou a absorver valores jurídicos, políticos e morais que a sociedade considera como imprescindíveis. As-

sim, o constitucionalismo moderno torna-se uma facticidade lógica entre o Direito e a democracia.¹

O neoconstitucionalismo é propulsionado pelos seguintes aspectos: a) falência do padrão normativo, que fora desenvolvido no século XVIII, baseado na supremacia do parlamento; b) influência da globalização; c) pós-modernidade; d) superação do positivismo clássico; e) centralidade dos direitos fundamentais; f) diferenciação qualitativa entre princípios e regras; g) revalorização do Direito (ROCHA, 1994, p. 187).

Em sentido similar, ressalta Djalma Pinto (2011, p. 382) que o ato ofensivo à moral tornou-se não apenas imoral, mas, além de ilegal, inconstitucional, sem validade alguma. André Ramos Tavares distingue o alcance dos conceitos de moralidade administrativa e de moralidade comum apontando ser a moralidade administrativa diversa da moralidade comum, composta que é aquela das regras de boa administração, de exercício regular do múnus público, de honestidade, de boa-fé, de equidade, de justiça, e regras de conduta extraíveis da prática interna da administração (TAVARES, 2010, p. 1.323).

Nesse sentido, suscite-se o magistério de Marinela, sob o qual a moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum, haja vista que, enquanto esta se preocupa com a distinção entre o bem e o mal, aquela é composta de correção de atitudes e de regras de boa administração, partindo-se da ideia da função administrativa, do interesse do povo, do bem comum, conectando mais uma vez a moralidade administrativa ao conceito de bom administrador (MARINELA, 2013, p. 39).

Assim, a moralidade deixa de ser um mandamento de cunho meramente retórico, cujo objeto seria a boa conduta individual e passa a ser um mandamento imperativo, de força constitucional, dotado de supremacia e suprallegalidade, ostentando um conteúdo de valor substancial na inexorável tutela do interesse público.² Por muito tempo, perdeu-se a máxima de que “um ato imoral não

1. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. t. II, p. 198, apud TAVARES, 2010, p. 133.

2. “O princípio da moralidade administrativa – enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico – condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais. A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado” (ADI nº 2.661-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 5/6/2002, P, DJ de 23/8/2002).

é ilegal”. Tal distorção forcejava que a sociedade suportasse essa teratologia por parte dos gestores públicos, sob o arrimo de que o ato seria apenas imoral, mas não ilegal. Logo, um dos valores mais importantes positivados pelo Texto Constitucional é a moralidade.

Não se pode olvidar a preciosa distinção entre moral e Direito feita por Hans Kelsen, pela qual o insigne jurista aponta que a distinção básica entre os dois institutos está na ausência de coercibilidade da moral, isto é, desprovida de qualquer sanção, vinculando apenas a subjetividade do ser humano no seu sentido *de per se*.³

No Brasil, as Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967, EC nº 1/1969 tipificaram como crime de responsabilidade do presidente da República atos antagônicos à probidade administrativa e à moralidade.

Seguindo esse jaez, o legislador da Constituinte de 1988 elencou no art. 37 da Carta Magna, dentre o rol dos princípios que regem a Administração Pública, a questão da moralidade, dotando-a não apenas de *status* de legalidade, mas de supremacia e supralegalidade, consistindo em uma diretriz indelevel do operador jurídico, no que serve de pressuposto para validade de todo ato administrativo, seja vinculado ou discricionário (PINTO, 2011, p. 382).

Tal fenômeno é decorrência lógica da preocupação da sociedade com a tutela da moralidade e com a probidade administrativa por parte dos gestores públicos, durante o exercício do mandato, em respeito inexorável com a *res publica*. Tal primazia tem a função de afastar do certame eleitoral aqueles cidadãos que praticam atos discrepantes com a moralidade e com a probidade administrativa, vetores que a sociedade espera que sejam seguidos com denodo por todos os homens públicos.

Contextualiza-se que, teorizado, primordialmente, por Maurice Hauriou, o princípio da moralidade administrativa foi desenvolvido graças à jurisprudência do Conselho de Estado francês,

segundo a qual os atos jurídicos administrativos são fiscalizados com base no princípio da legalidade. A conformidade desses atos aos princípios basilares da boa administração, determinante necessária de qualquer decisão administrativa, é fiscalizada para evitar qualquer desvio de poder, cuja zona de policiamento é a zona da moralidade administrativa. Assim, esclarece o reverenciado autor que os agentes públicos não só precisam agir de acordo com as leis jurídicas vigentes como também com respeito à ordem interna da instituição pública. Dessa forma, Hauriou construiu a ideia de moralidade administrativa a partir da noção de boa administração, que se caracterizaria sempre que o agente conseguisse atender satisfatoriamente ao interesse coletivo tutelado pela norma jurídica (HAURIU, 1900-1901, p. 439).

A fiscalização desse bom administrador não poderia se restringir à legalidade e deveria se estender ao exame dos motivos e fins do ato. Nesse sentido, Hauriou buscou suprir esse controle da moralidade administrativa através da teoria do desvio de poder, transformando a moralidade, como regra de conteúdo moral, em regra jurídica.⁴

No Brasil, o estudo da moralidade administrativa teve o pioneirismo do professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho em 1974, planteando que a Administração Pública não poderia agir de forma maliciosa ou astuciosa (FRANCO SOBRI-NHO, 1974, p. 115). Em comentário à doutrina

3. “O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando – como já mostramos – se concebe uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um acto de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme as normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física” (KELSEN, 1984, p. 99).

4. “Le contrôle du détournement de pouvoir peut s’analyser comme un contrôle de la moralité administrative. Quand il est retenu par le juge, le motif d’annulation détournement de pouvoir stigmatise l’administration. Le juge reconnaît que l’administration a manqué à son devoir de moralité” (HAURIU, 1900-1901, p. 456).

francesa retrocitada, Celso Antônio Bandeira de Mello argui que a Administração e seus agentes têm de atuar em conformidade com os princípios éticos, assinalando que violá-los implica transgressão ao próprio direito, configurando verdadeira ilicitude que assujeita a conduta viciada à invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal (CF) de 1988 (MELLO, 1992, p. 61).

O princípio da moralidade administrativa compreende os cânones da lealdade e da boa-fé.

Resta irrefutável que não há como definir precisamente o conteúdo do princípio da moralidade, em razão de sua fluidez e maleabilidade. A verdade é que se trata de um conceito jurídico indeterminado que exige uma pré-compreensão do operador jurídico, no que, inexoravelmente, sofrerá a injunção de elementos metajurídicos, mas que seus contornos finais apenas serão moldados diante do caso concreto, em que a decisão completará o estipulado pela estrutura normativa.

Do esforço conceitual advém que o princípio da moralidade administrativa compreende, portanto, os cânones da lealdade e da boa-fé, segundo os quais a Administração fica adstrita a proceder perante os administrados com transparência e lisura, sendo-lhe proibida qualquer conduta ardilosa, eivada de malícia, dirigida a confundir, dificultar ou minimizar a densificação dos direitos dos cidadãos.

5. "Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema" (ADI nº 3.026, Rel. Min. Eros Grau, j. 8/6/2006, P, DJ de 29/9/2006).

A ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 187) ensina que o princípio da moralidade administrativa formou-se a partir do princípio da legalidade, ao qual se acrescentou como conteúdo necessário à realização efetiva e eficaz da justiça substancial a legitimidade do Direito.

José Augusto Delgado aponta que, porquanto a legalidade exige que a ação administrativa seja realizada consoante a lei, o princípio da moralidade impõe ao administrador um comportamento que demonstre haver assumido como impulso a sua ação o dever de exercer uma boa administração (DELGADO, 1992, p. 35). Mesmo reconhecendo-se que o princípio da moralidade administrativa tem um substrato ontológico que é autônomo, para que ele tenha eficácia, necessita-se de amparo legal, ou seja, precisa-se que o princípio da legalidade funcione como uma membrana de calibração para que ele possa adentrar no sistema jurídico.⁵

Nesse diapasão, a moralidade administrativa, a partir da Constituição de 1988, passou a ser princípio jurídico explicitamente positivado no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que o preceito moral deixa de ser valor e passa a ser princípio, deixa de ter um caráter teleológico e passa a ter um valor deontológico (GRAU, 1996, p. 78-79).

Ensina Moreira Neto que o conteúdo eminentemente finalístico do princípio da moralidade da Administração Pública não pode ser o único vetor a ser considerado. O interesse dos cidadãos também deve ser atendido. O bom resultado, a que moralmente deve tender a Administração Pública, só pode ser o que concorra à realização da boa administração (MOREIRA NETO, 2001, p. 59). Portanto, após o amadurecimento da doutrina do abuso de poder, desenvolvida a fim de evitar desvios morais na aplicação das normas, a seara administrativa investiu no mencionado instituto, como meio de assegurar o cumprimento dos fins exigidos pela lei e pelo interesse público, consubstanciando exemplos do reencontro do Direito com a *mores* (SOUZA, 1960, p. 68).

Foi com esse intento que o legislador infraconstitucional, por meio da Lei Complementar (LC) nº 64, incluiu, dentre diversos outros casos de inelegibilidades, aquela decorrente de rejeição de contas no que tange ao exercício de cargos ou funções públicas, desde que, obviamente, nos casos de irregularidade insanável configurada por atos dolosos de improbidade administrativa, decorrentes de decisões administrativas imutáveis (MELLO, 2010, p. 34).

Diante do exposto, a inelegibilidade infraconstitucional contida na alínea g do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990 configura-se um invariável escudo protetor do interesse público contra a corrupção, o desvio de finalidade e a improbidade administrativa na administração da coisa pública. O objetivo formulado nessas linhas é tentar dissecar a inelegibilidade referente à rejeição da prestação de contas de prefeitos municipais.

2 Pressupostos para a incidência da inelegibilidade por rejeição de contas

Consoante as lições do professor Ruy Cirne Lima (1987, p. 21), administrar a coisa pública é atividade de quem não é senhor absoluto de coisa própria, mas constitui gestão de coisa alheia, de patrimônio alheio, do povo, da própria sociedade, de interesse indisponível. No mesmo sentido leciona Celso Antônio Bandeira de Mello que na administração os bens e os interesses “não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador”, muito pelo contrário, impõem-se ao gestor público a obrigação de velá-los, mantendo a finalidade para a qual estão adstritos (MELLO, 2006, p. 46).

Dessa forma, a perda do *ius bonorum* decorrente da inelegibilidade em apreço tem o escopo de afastar do poder os maus gestores, que não tiveram o necessário dever de cuidado e de probidade administrativa para com o erário e com a socieda-

de em geral, traindo a confiança depositada pelo povo.

Inicialmente, segundo o ministro Carlos Ayres Britto, a inelegibilidade contida na alínea g do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990 exigia três requisitos cumulativos, sendo dois positivos e um de cunho negativo: a) rejeição, por vício insanável, de contas alusivas ao exercício de cargos ou funções públicas; b) natureza irrecorrível da decisão proferida pelo órgão competente; c) inexistência de provimento suspensivo, emanado do Poder Judiciário. Nesse sentido, aduz que se trata de requisitos inexoravelmente autônomos entre si, ao passo que basta a ausência de um deles para que a cláusula de inelegibilidade deixe de incidir (Ac. de 18/12/2008 no ED-AgR-Respe nº 31.942, Rel. Min. Carlos Ayres Britto).

Para efeito de orientação desse estudo, preferiu-se uma elencação mais extensa, motivada pelas alterações efetuadas pela LC nº 135/2010. Nesse diapasão são necessários os seguintes pressupostos para a configuração da inelegibilidade referida:

- a) existência de prestação de contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas;
- b) que os gestores tenham agido como ordenadores de despesa;
- c) irregularidade insanável;
- d) que haja decisão irrecorrível, de órgão competente, rejeitando as contas prestadas;
- e) tipificação de ato doloso de improbidade administrativa;
- f) que o parecer do Tribunal de Contas não tenha sido afastado pelo voto de dois terços da Câmara de Vereadores respectiva;
- g) inexistência de provimento suspensivo vindo de instância competente do Poder Judiciário.

Assim, em síntese: a obrigatoriedade de prestar contas necessita provir de parâmetro legal, abrangendo o exercício de cargos ou funções públicas, incidindo sobre os cidadãos que exercem a função pública de forma permanente ou provisória. Os gestores têm que exercer sua função enquanto or-

denadores de despesas, ou seja, alocando recursos públicos para atender a demandas da população. A decisão do órgão competente deve ser no sentido de rejeitar as contas em razão de vício insanável, no que atesta a alta mácula da conduta ensejada. O ato impugnado tem que ser perpetrado na modalidade dolosa, concretizando ato de improbidade administrativa, sendo este um acinte aos parâmetros de moralidade que devem nortear a coisa pública. Por último, que a Câmara de Vereadores não tenha afastado a decisão do Tribunal de Contas pelo *quorum* de dois terços de votos e que não haja a existência de um provimento judicial, que pode ser de qualquer natureza, desde que apto a conferir efeito suspensivo à decisão de rejeição de contas.

A definição de irregularidade insanável configura-se uma grande celeuma normativa.

Resta indubitável que os requisitos supramencionados são de configuração obrigatória para que a conduta típica possa ser consubstanciada. Falhando um desses elementos, não pode ser ventilada a imputação da inelegibilidade.⁶

Desta feita, imperiosa a análise com bastante acuidade para atestar a existência de cada um desses requisitos e a inexistência de afastamento

da decisão de rejeição ou de decisão judicial suspendendo os efeitos da rejeição de contas. Nesse mister de verificação subsuntiva descabe qualquer tipo de recurso hermenêutico *praeter legem* ou de voluntarismos judiciais. Não se atestando rigidamente os requisitos mencionados, não se pode ventilar a aplicação da inelegibilidade.

3 Conceito de irregularidade insanável

A definição de irregularidade insanável configura-se uma grande celeuma normativa, atravessando tanto a esfera doutrinária quanto a seara jurisprudencial, mormente por se tratar de conceito jurídico indeterminado. Tal fenômeno deve ser tratado com zelo, orientado pelo princípio da proporcionalidade, evitando o avultamento de um processo de judicialização, o que implica acrescer forte insegurança ao sistema jurídico.

Por irregularidade insanável deve-se entender condutas ilícitas e de gravidade majorada, decorrentes de atividades realizadas por gestores públicos com *animus dolandi*, munidas de dolo e de má-fé. Tais condutas, além de contrárias ao interesse público e ao dever de probidade de todo gestor público, ferem de morte os princípios constitucionais norteadores da atividade da Administração Pública (GOMES, 2016, p. 314).

Insta salientar que uma irregularidade é insanável quando não puder ser convalidada em sanável, isto é, quando não se tratar apenas de violação aos aspectos formais, mas que viole, dolosamente, a essência do próprio ato examinado, tornando-a impossível de ser corrigida. Esse tipo de mácula exclui todos os outros tipos de irregularidades, principalmente os de natureza formal e aqueles considerados de pequena monta. São as insuperáveis, incuráveis em razão da gravidade do acinte praticado.

Joel José Cândido (1999, p. 185-186) plantea que irregularidade insanável é aquela que não pode mais ser corrigida, sendo insuprível e irreversível, além de se caracterizar como improbidade

6. “[...] 1. A inelegibilidade do art. 1º, inciso I, alínea g, da LC nº 64/1990 não é imposta pela decisão que desaprova as contas do gestor de recursos públicos, mas poderá ser efeito secundário desse ato administrativo, verificável no momento em que o cidadão se apresentar candidato em determinada eleição. De fato, como nem todas as desaprovações de contas ensejam a causa de inelegibilidade referida naquele dispositivo, a incidência da norma pressupõe o preenchimento de requisitos cumulativos, quais sejam: i) decisão do órgão competente; ii) decisão irrekorível no âmbito administrativo; iii) desaprovação devido à irregularidade insanável; iv) desaprovação de contas que revele ato de improbidade administrativa, praticado na modalidade dolosa; v) não exaurimento do prazo de oito anos contados da decisão; e vi) decisão não suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário” (Recurso Especial Eleitoral nº 9229, Acórdão, Rel. Min. Luiz Fux, publ. DJE de 30/10/2017, p. 32).

administrativa. Para Adriano Costa, a decisão de rejeição de contas deverá versar a existência de irregularidade insanável, que atente contra a moralidade, a economicidade, a razoabilidade, a publicidade ou qualquer outro valor tutelado pelo ordenamento jurídico (COSTA, 2006, p. 246). Por sua vez, Edson Resende de Castro ensina que ela traz em si nota da improbidade administrativa, por causar prejuízo ao patrimônio público ou atentar contra os princípios norteadores da administração (CASTRO, 2008, p. 223).

É entendimento do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que, para incidência da inelegibilidade da LC nº 64/1990, art. 1º, inciso I, g, torna-se imperioso que a decisão que rejeita as contas deve ter arrimo na atestação de existência de irregularidade insanável, claramente verificada no curso do processo.⁷

Ademais, a insanabilidade pressupõe a prática de ato doloso de improbidade administrativa contrário ao interesse público, configurado pelo benefício do interesse pessoal ou material do gestor público. Assim, torna-se imprescindível para caracterização da irregularidade insanável a configuração do ato de improbidade administrativa ou qualquer outra forma de desvio de valores. Portanto, repita-se: o ato, além de insanável, precisa ser configurado em decisão irrecorrível do Tribunal de Contas, necessitando, ainda, ser enquadrado como atividade dolosa de improbidade administrativa, requisitos sem os quais a inelegibilidade não se concretiza.

Já decidiu a colenda Corte Eleitoral que a omissão no dever de prestação de contas gera a configuração da inelegibilidade por irregularidade de natureza insanável, decorrente de ato doloso de improbidade administrativa, ao passo que o atraso na entrega das contas impossibilita o município de receber novos convênios.⁸ Pondera-se, no entanto, que, malgrado a ocorrência de omissão, caso seja demonstrada a regularidade da aplicação dos recursos públicos, bem como evidenciada a inocorrência de danos ao erário e ausente a demonstração de conduta dolosa,

mostra-se prejudicada a aplicação da inelegibilidade, afastando-se, por conseguinte, o ato ímprobo.⁹

Ressalta-se, ainda, que a apresentação extemporânea das contas apenas constituirá ato de improbidade administrativa, quando verificada a constituição de ato doloso e malversação de recursos públicos.¹⁰ A mesma exigência foi estabelecida para ausência de disponibilização pública das contas da Câmara, também, exige a comprovação de dolo, má-fé ou prejuízo à Administração Pública para que configure conduta dolosa de improbidade administrativa.¹¹

Também já decidiu a colenda Corte Eleitoral que a prática de conduta tipificada como crime de responsabilidade possui natureza insanável e, se caracterizar ato doloso de improbidade admi-

7. “[...] 4. Consoante já decidiu esta Corte, ‘a inelegibilidade prevista na alínea g do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90 só se caracteriza com a existência da rejeição das contas do administrador público por **irregularidade insanável**, configuradora de ato doloso de improbidade administrativa, que implique dano objetivo, isto é, prejuízos concretamente verificados’ (ED-RO nº 703-11/SP, Rel. Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, DJe de 11.11.2015)” (Recurso Especial Eleitoral nº 9128, Acórdão, Rel. Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, publ. DJE, Tomo 173, de 6/9/2017, p. 49-50). No mesmo sentido: TSE, RESPE nº 12.989-RN, Rel. Min. Eduardo Alckmin, DJU de 26/9/1996; RESPE nº 22.704-CE, Ac. nº 22.704, de 19/10/2004, Rel. Luiz Carlos Lopes Madeira; RESPE nº 24.448-ARESPE-MG, Ac. nº 24.448, de 7/10/2004, Rel. Carlos Mário da Silva Velloso.

8. “O não cumprimento pelo gestor público do dever de prestar contas, o que acarreta sua rejeição” (TSE, RESpe nº 2437-AM, PSS 29/11/2012). Ac. de 15/12/2010 no AgR-RO nº 261.497, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior.

9. “Impossibilidade de incidência da inelegibilidade prevista nesta alínea quando ausente ato doloso de improbidade administrativa ou intenção de causar dano ao Erário” (Ac.-TSE, de 3/12/2013, no RESpe nº 2546; de 30/8/2012, no RESpe nº 23383 e, de 8/2/2011, no AgR-RO nº 99574); “A inelegibilidade desta alínea não incide quando demonstrada a regularidade da aplicação dos recursos e ausência de prejuízo ao Erário, a despeito da omissão do dever de prestar contas ou de sua apresentação extemporânea” (Ac.-TSE, de 20/5/2014, nos ED-AgR-RESpe nº 27272 e, de 5/12/2013, no AgR-RESpe nº 52980).

10. “Apresentação extemporânea de contas somente constitui ato de improbidade administrativa quando evidenciados dolo genérico e malversação de recursos públicos” (Ac.-TSE, de 29/9/2016, no RESpe nº 4682).

11. “A ausência de disponibilização pública das contas da Câmara, sem a comprovação de dolo, má-fé ou prejuízo à administração pública, não configura ato doloso de improbidade administrativa” (Ac.-TSE, de 12/12/2012, no AgR-RESpe nº 10807).

nistrativa, também, pode vir a ensejar a inelegibilidade prevista na alínea g do inciso I do art. 1 da LC nº 64/1990.¹²

De outra ponta, meros erros formais ou contábeis não ensejam a inelegibilidade prevista, haja vista a inexistência de mácula ao erário.¹³ Pelo princípio da insignificância não deve o ordenamento jurídico se imiscuir em questões ínfimas, que não produzam problemas para a *res publica*. Se houver uma generalização absoluta da interferência jurídica nas questões administrativas, o espaço de decisão política será mitigado de forma a podar a autonomia de vontade da sociedade civil.

A jurisprudência tem se posicionado pela configuração de irregularidade insanável, quando o prefeito não aplica o percentual mínimo de recursos exigidos constitucionalmente para a manutenção e desenvolvimento do ensino e dos recursos previstos no fundo de saúde municipal.¹⁴ Segundo Jairo Gomes, tal renovação jurisprudencial incorporada pela Corte Superior¹⁵ veio a corrigir “erro de interpretação havido no REspe nº 35.395/MG

(DJe de 2-6-2009, p. 34)”, que indicava não constituir irregularidade insanável a não “aplicação de percentual mínimo de receita resultante de impostos nas ações e serviços públicos de saúde, bem como de educação” (GOMES, 2016, p. 314).

Por fim, perlustrando os precedentes apresentados pelo TSE e assentamentos doutrinários (GOMES, 2016, p. 315), é possível identificar como irregularidades insanáveis: i) atos que impliquem transgressão à Lei de Licitações;¹⁶ ii) inadimplência quanto ao pagamento de precatórios, quando haja disponibilidade financeira para o pagamento;¹⁷ iii) descumprimento legal na realização de operações financeiras, despesas não deliberadas por lei ou regulamento, pagamento indevido de diárias, aplicação de verbas federais repassadas em desacordo com convênio e violação do art. 37, inciso XIII, da CF/1988;¹⁸ iv) despesas que superam o limite constitucional estampado no art. 29-A da CF/1988;¹⁹ v) pagamento de verbas indevidas para vereadores;²⁰ vi) ausência de repasse à Previdência Social das contribuições recolhidas;²¹ vii) o reco-

12. “[...] a prática de conduta tipificada como crime de responsabilidade, o não recolhimento de verbas previdenciárias e o descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal possuem natureza insanável e caracterizam atos dolosos de improbidade administrativa, a atrair a incidência da inelegibilidade prevista na alínea g do inciso I do artigo 1º da LC nº 64/90 (AgR-RO nº 3982-02/CE, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, PSESS de 13.10.2010)” (Recurso Especial Eleitoral nº 143183, Acórdão, Rel. Min. Luiz Fux, publ. DJE, Tomo 117, de 23/6/2015, p. 88). No mesmo sentido: Ac. de 13/10/2010 no AgR-RO nº 398.202, Rel. Min. Marcelo Ribeiro.

13. “Infração às normas e aos regulamentos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais ou patrimoniais não é suficiente, por si, para se concluir pela prática de ato doloso de improbidade administrativa, cuja equiparação é essencial para a caracterização da inelegibilidade prevista nesta alínea” (Ac.-TSE, de 19/12/2016, no REspe nº 11567). No mesmo sentido: TSE, RESPE nº 14.503, de 25/2/1997, Rel. Min. Ilmar Galvão.

14. “Caracterização de irregularidade insanável que configura ato doloso de improbidade administrativa e atrai a inelegibilidade prevista nesta alínea: não aplicação de percentual mínimo de receita resultante de impostos nas ações e nos serviços públicos de saúde” (Ac.-TSE, de 5/2/2013, no AgR-REspe nº 44144).

15. TSE, REspe nº 24659-SP, PSS 27/11/2012; AgRg-REspe nº 22234-SP, PSS 13/12/2012; REspe nº 32574-MG, PSS 18/12/2012.

16. Ac.-TSE, de 23/10/2012, no AgR-REspe nº 5527. AgR-REspe nº 127092-RO, PSS 15/9/2010.

17. REspe nº 25986-SP, PSS 11/10/2012.

18. “A efetivação de despesas não autorizadas por lei ou regulamento, bem como a realização de operações financeiras sem a observância das normas legais” (AgR-REspe nº 8192-GO, PSS 18/10/2012); “Pagamento indevido de diárias” (Ac.-TSE, de 18/12/2012, no AgR-REspe nº 23722); “Aplicação de verbas federais repassadas ao município em desacordo com convênio” (Ac.-TSE, de 1º/10/2014, no AgR-RO nº 34478); “Violação ao disposto no art. 37, XIII, da CF/1988” (Ac.-TSE, de 14/2/2013, no AgR-REspe nº 45520).

19. Ac.-TSE, de 9/10/2012, no REspe nº 11543; REspe nº 11543-SP, PSS 9/10/2012; AgRg-REspe nº 39659-SP, DJe de 17/5/2013 (violação ao art. 29-A, I, da CF/1988).

20. “[...] O pagamento intencional e consciente de verbas a vereadores, por mais de um ano, em descumprimento à decisão judicial, o que acarretou, inclusive, a propositura de ação civil pública por lesão ao erário” (TSE, AgR-REspe nº 9570-SP, PSS 4/9/2012); REspe nº 11543-SP, PSS 9/10/2012; AgRg-REspe nº 39659-SP, DJe de 17/5/2013. “O pagamento indevido de verbas indenizatórias a vereadores a título de participação em sessões extraordinárias” (TSE, AgRg-REspe nº 32908-SP, PSS 13/11/2012). “Desrespeito aos limites previstos no art. 29, VI, da CF/1988” (Ac.-TSE, de 4/12/2014, no AgR-REspe nº 30344 e, de 18/12/2012, no REpe nº 9307).

21. “O recolhimento de contribuições previdenciárias sem o indispensável repasse à Previdência Social” (TSE, REspe nº 25986-SP, PSS 11/10/2012). “Contratação de pessoal sem a realização de concurso público e não recolhimento ou repasse a menor de verbas previdenciárias” (Ac.-TSE, de 2/4/2013, no AgR-REspe nº 25454).

lhimento ou repasse a menor do ISS ou IRPF;²² e viii) abertura de créditos suplementares sem a devida autorização legal.²³

4 Da necessidade de configuração de ato doloso de improbidade administrativa

O vocábulo improbidade advém de origem latina, isto é, *improbitate*, cuja tradução significa desonestidade, desonradez, putrefação moral do prefeito municipal. Hodiernamente, identifica-se como improbidade a conduta de gestor público que traiu os parâmetros morais básicos que devem alicerçar a gestão da coisa pública.

Ato de improbidade é todo aquele que promove o desvirtuamento da Administração Pública.

O ato de improbidade administrativa incide na atuação de forma desonesta do agente público, ou até mesmo do particular, no desempenho de função pública, isto é, de função mantida com a Administração, consubstanciando um acinte aos valores juridicamente tutelados pelo ordenamento jurídico.

Ato de improbidade é todo aquele que promove o desvirtuamento da Administração Pública, afrontando os princípios inexoráveis da ordem democrática e do Estado Democrático Social de Direito, revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, durante o exercício de funções públicas (PAZZAGLINI FILHO, 2002, p. 24). Portanto, pode-se afirmar que qualquer ato ou omissão que importe em enriquecimento ilícito, acarrete dano ao erário ou que viole os princípios que regem a Administração Pública, implícitos ou explícitos, constitucionais ou infraconstitucionais, constitui ato de improbidade administrativa.

Os atos de improbidade administrativa podem ser classificados em três espécies:

- a) atos que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º);
- b) atos que causam prejuízo ao erário (art. 10);
- c) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Assevera o art. 9º que constitui ato de improbidade administrativa, importando enriquecimento ilícito, auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade em entidades públicas ou que recebam orçamento público. Dimana o art. 10 que se configura ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres de entidades públicas ou que recebam orçamento público. Por fim, nos termos do art. 11, classifica-se como ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições públicas ou de caráter público.

Torna-se imprescindível a aferição do *animus dolandi* do agente público, isto é, se restou configurado o elemento subjetivo de dolo na sua conduta, como forma imperiosa de aferição e caracterização do ato de improbidade administrativa (DI PIETRO, 2002, p. 687). Caso haja dúvida com relação ao *animus dolandi* em razão de insuficiência de provas, não poderá haver a configuração da rejeição de contas prevista no instrumento legal estudado.²⁴

22. “Falta de repasse integral de valores relativos ao ISS e ao IRPF” (Ac.-TSE, de 21/2/2013, no AgR-REspe nº 8975).

23. “Abertura de créditos suplementares sem a devida autorização legal” (TSE, REspe nº 32574-MG, PSS 18/12/2012).

24. “[...] 4. Conforme orientação firmada por este Tribunal Superior, ‘a inelegibilidade prevista na alínea g do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90 só se caracteriza com a existência da rejeição das contas do administrador público por irregularidade insanável, configuradora de ato doloso de improbidade administrativa, que implique dano objetivo, isto é, prejuízos concretamente →

Questão tormentosa significa que todo ato doloso de improbidade administrativa configura-se uma irregularidade insanável. O entendimento predominante no TSE é o de que os atos dolosos de improbidade administrativa fazem parte do alcance do termo irregularidade insanável, como forma de melhor proteger a coisa pública. Tal entendimento tem arrimo no próprio art. 14 da Carta Magna, que determina a possibilidade de novas causas de inelegibilidade com o escopo de se tutelar a probidade administrativa e a moralidade.²⁵ Assim, pode-se dizer que todo ato doloso de improbidade administrativa, praticado pelo prefeito municipal, como ordenador de despesa, ensejará, invariavelmente,

→ verificados' [...]. Tal situação não ficou caracterizada no caso dos autos. 5. Ademais, em caso de dúvida razoável sobre a configuração do dolo na conduta do agente público, deve prevalecer o direito fundamental à elegibilidade. Precedentes. 6. Agravos regimentais desprovidos" (Recurso Especial Eleitoral nº 29712, Acórdão, Rel. Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, publ. DJE de 22/8/2017).

25. "[...] 3. Incide a causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, g, da Lei Complementar 64/90, pois houve rejeição de contas públicas referentes a dois exercícios financeiros, em razão de vícios insanáveis que caracterizam atos dolosos de improbidade administrativa, [...]" (Recurso Especial Eleitoral nº 15571, Acórdão, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, publ. DJE, Tomo 63, de 30/3/2017, p. 29). Nesse sentido: Ac. de 15/9/2010 no AgR-RO nº 68355, Rel. Min. Arnaldo Versiani.

26. "[...] 5. Nem toda desaprovação de contas por descumprimento da Lei de Licitações gera a automática conclusão sobre a configuração do ato doloso de improbidade administrativa, competindo à Justiça Eleitoral verificar a presença de elementos mínimos que revelem essa conduta. Precedentes: RO nº 59883/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, PSESS de 2.10.2014 e RO nº 58536/ES, Rel. designado Min. Gilmar Mendes, PSESS de 3.10.2014.6. No caso sub examine, das premissas fáticas delineadas no aresto regional, de fato, não é possível reconhecer o caráter doloso dos atos irregulares. Isso porque tais atos não evidenciam, per se, a intenção de causar dano ao erário ou má-fé, enriquecimento ilícito ou lesão grave ao erário, sobretudo se considerados os valores correspondentes às falhas identificadas. 7. Em situações de dúvida sobre o caráter doloso na conduta do candidato, deve prevalecer o direito fundamental ao ius honorum, que se traduz em corolário do princípio da cidadania, configurando-se como excepcionais as restrições a ele estabelecidas. Precedentes: REspe nº 2841/AL, Rel. Min. Napoleão Maia Filho, PSESS de 28.11.2016; REspe nº 115-78/RJ, Rel. Min. Luciana Lóssio, DJE de 5.8.2014; e AgR-REspe nº 59510/SP, Rel. Min. Arnaldo Versiani, PSESS de 27.9.2012.8" (Recurso Especial Eleitoral nº 31463, Acórdão, Rel. Min. Luiz Fux, publ. DJE, Tomo 107, de 1º/6/2017, p. 41-42). No mesmo sentido: Ac. de 21/10/2004 no RESPE nº 23.565, Rel. Min. Luiz Carlos Madeira.

a inelegibilidade por rejeição de contas. Todavia, nem toda irregularidade insanável ensejará um ato de improbidade administrativa.²⁶

Insta-se ressaltar que a configuração de ato de improbidade exige, portanto, a demonstração do elemento subjetivo na tipificação, representando elemento essencial à punição, sendo o dolo exigido para os casos dos arts. 9º e 11, e o dolo ou a culpa para as hipóteses do art. 10, todos da Lei nº 8.429/1992.

No que tange aos arts. 9º e 11, ambos da Lei nº 8.429/1992, que tipificam os atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito e que atentam contra os princípios da Administração Pública, respectivamente, embora omissos os dispositivos, tem-se que o elemento subjetivo exigido é o dolo. Afinal, como defendido por José dos Santos Carvalho Filho, não é razoável a percepção de vantagem indevida por servidor ou violação de princípio mediante imprudência, imperícia ou negligência (CARVALHO FILHO, 2012, p. 554). Qualquer ação apta a gerar enriquecimento ilícito pressupõe a consciência da antijuridicidade do resultado pretendido, sem ela foge-se da tipicidade indicada (OSÓRIO, 2014, p. 215). Tem-se que o ilícito é, via de regra, doloso, despontando-se culposos apenas quando expressamente previsto em lei, caso contrário entra-se na seara de atos jacobinos, em que Robespierre tentou alcançar a virtude com a guilhotina.

No pertinente ao art. 10 da Lei nº 8.429/1992, em tratamento dos atos de improbidade que causam prejuízo ao erário, verberou o legislador que o elemento subjetivo pode ser o dolo ou a culpa. Mesmo diante da clarividência do permissivo legal, Isabela Giglio Figueiredo sustenta que é impossível a existência de forma culposa de improbidade, sob a consideração de que o dolo faz parte da essência do conceito, enquanto a possibilidade de que o elemento subjetivo seja também a culpa alarga o preceito constitucional, sendo premente a declaração de inconstitucionalidade parcial

sem redução de texto do dispositivo, declarando incompatível o termo “culpa” (idem, p. 146-148).

O sentido de julgar contas é examiná-las, conferir-lhes exatidão.

Diante do comando deontológico do mencionado dispositivo, essa discussão está superada, possibilitando-se a ocorrência da lesão ao erário prevista no art. 10 tanto por dolo quanto por culpa. O referido dispositivo tipifica um ato voluntário dirigido à lesão ocasionada por um ato culposo, causado por um desleixo, pela negligência no implemento das obrigações, por um descontrole administrativo, justificando-se a escolha legislativa em razão da relevância da tutela do patrimônio público (GIACOMUZZI, 2013, p. 308; RIZZARDO, 2009, p. 467; CARVALHO FILHO, 2009, p. 1.024; OSÓRIO, 2014, p. 216; PAZZAGLINI FILHO, 2009, p. 63; GARCIA; ALVES, 2010, p. 343). No mesmo sentido têm entendido as Turmas do Superior Tribunal de Justiça, fazendo referência à indiscutibilidade da questão.²⁷

Por derradeiro, inexistente necessidade de que haja o trânsito em julgado de decisão judicial para configuração do ato doloso de improbidade administrativa, bem como a própria existência de ação em curso na Justiça comum para análise de tal ato. O que se exige é que tenha havido a caracterização da irregularidade insanável, por ato doloso de improbidade administrativa, por parte do Tribunal de Contas (GOMES, 2016, p. 325).

5 Da necessidade de decisão irrecorrível por órgão competente

O sistema brasileiro de controle das atuações dos administradores públicos encontrou o seu apogeu após o advento da *Lex Mater* de 1988, com

a dilação do feixe de atuação das cortes de contas e do controle judicial sobre os atos administrativos. Tal desiderato tem o mister institucional de fortalecer os mecanismos para tutela do erário, ofertando uma maior proteção à coisa pública.²⁸

A análise do referido órgão é um ato de fiscalização, atendo-se a parâmetros legais e a cálculos matemáticos e financeiros, sem a possibilidade de adentrar no caráter político das decisões. O relatório deve ser minucioso, robustecido com dados exaurientes que permitam uma interpretação clara por parte dos membros do Poder Legislativo.

Esclarece Cretella Júnior que a expressão “julgar as contas” não pode levar à ilação de que haveria o exercício de funções judicantes, como o exercido pelo Judiciário. O sentido de julgar contas é examiná-las, conferir-lhes exatidão, ver se estão certas ou erradas, tratando-se de função matemática, contábil, não de natureza jurisdicional (CRETELLA JÚNIOR, 1993, p. 2.797).

O art. 71 da CF delegou ao Tribunal de Contas um feixe de funções, inclusive aquelas pertinentes à consulta e à apreciação. O inciso I do art. 71 confere competência ao Tribunal de Contas para apreciar as contas prestadas anualmente pelos chefes do Poder Executivo. Assim, o mencionado órgão emite um parecer prévio que deve ser enviado ao Poder Legislativo. O parecer é meramente opinativo, sendo de caráter técnico auxiliar, não vinculando os membros do Poder Legislativo a seguir a lume as diretrizes elaboradas, tendo uma função apenas de orientação. Assim, pode, perfeitamente, o Tribunal de Contas entender pela rejeição das contas de um determinado gestor público e a Câmara Legislativa entender por aprová-las. Todavia, adverte Jairo Gomes que nessas hipóteses o que se afasta é apenas a inelegibilidade, de modo a não eximir o ordenador

27. STJ, 2ª T., REsp nº 1.140.544-MG, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 15/6/2010, DJe de 22/6/2010.

28. Cf. CAVALCANTI, 2007, p. 7.

das despesas tidas por irregulares pelo tribunal de suas responsabilidades (GOMES, 2016, p. 326).

Não obstante, no que concerne à função julgadora, prevista no inciso II do art. 71 da CF, compete ao Tribunal de Contas julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos da Administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário. Nesse caso, as contas devem ser prestadas diretamente ao Tribunal de Contas, que tem uma espécie de competência originária, outorgada pela Carta Magna, para emitir um posicionamento definitivo, e não apenas um parecer opinativo. Assim, é cediço que no primeiro caso trata-se de responsabilidade política do gestor, ao passo que no segundo trata-se de responsabilidade técnico-jurídica.

Não restam dúvidas de que a decisão irrekorível terá que provir, segundo os regulamentos específicos e os estatutos legais, dos Tribunais de Contas de cada Estado específico para julgar os prefeitos municipais, sem que este direcionamento possa provir de órgãos judiciais ou do Poder Judiciário. O pronunciamento irrekorível, inexoravelmente, deve ser oriundo do Tribunal de Contas

competente para examinar o dispêndio realizado pelo chefe do Executivo.

Como o próprio étimo da palavra deixa cristalino, a decisão deve ser irrekorível, ou seja, aquelas que não são proferidas de forma monocrática, mas que são reanalisadas de forma plural, colegiada, aprimorando o posicionamento anterior proferido e dando-lhe maior legitimidade, expurgando vícios que porventura possam maculá-las. A irrekoribilidade se traduz, na seara administrativa, pela inexistência de recurso administrativo, com a fase recursal plenamente exaurida, assegurando ao prefeito que teve suas contas rejeitadas o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, inciso LV).

A irrekoribilidade da decisão é atinente às esferas do Tribunal de Contas, não há óbice legal, muito pelo contrário, há expressa previsão constitucional, segundo o art. 31, § 2º, que comina que o Poder Legislativo, pelo *quorum* de dois terços de votos, pode afastar a imputação de inelegibilidade. Ela continua sendo irrekorível nas esferas do Tribunal de Contas, mas a inelegibilidade pode ser afastada se a Câmara de Vereadores deliberar em sentido contrário, com o *quorum* específico e em decisão fundamentada.

É certo que a referida inelegibilidade apenas se concretizaria se a Câmara de Vereadores não rejeitasse o parecer do Tribunal de Contas, com o *quorum* de dois terços de votos, haja vista a previsão do art. 31, §§ 1º e 2º, da CF. Ademais, o texto constitucional expõe que o controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados, sendo o parecer prévio emitido pelo órgão competente sobre as contas que o prefeito deve anualmente prestar.²⁹

A decisão do Tribunal de Contas tem a taxionomia de uma decisão administrativa, não fazendo coisa julgada no aspecto material, o que permite a apreciação de seus pressupostos de legalidade por parte do Poder Judiciário. Ela apresenta o tónus

29. "Agravamento Regimental. Recurso Ordinário. Registro de Candidatura. Deputado Estadual. Inelegibilidade. LC nº 64/90, art. 1º, I, g. Alteração LC nº 135/2010. Rejeição de contas públicas. Prefeito. Órgão competente. Câmara Municipal. Provimento judicial. Desprovisionamento. 1. A despeito da ressalva final constante da nova redação do art. 1º, I, g, da LC nº 64/90, a competência para o julgamento das contas de Prefeito, sejam relativas ao exercício financeiro, à função de ordenador de despesas ou à de gestor, é da Câmara Municipal, nos termos do art. 31 da Constituição Federal. Precedente. 2. Cabe ao Tribunal de Contas apenas a emissão de parecer prévio, salvo quando se tratar de contas atinentes a convênios, pois, nesta hipótese, compete à Corte de Contas decidir e não somente opinar. [...]" (TSE, Ag-RO nº 420467-CE, PSS 5/10/2010).

No mesmo sentido: AgR-RO nº 433.457-CE, PSS 23/11/2010; AgR-REspe nº 323.286-MA, PSS 7/10/2010; AgR-RO nº 440.692-PB, PSS 5/10/2010; REspe nº 200-89-RJ, PSS 18/10/2012; REspe nº 120-61-PE, PSS 25/9/2012.

de coisa julgada formal, no sentido de que, uma vez proferida a “última” decisão, não mais pode ser revista nesta seara, cabendo apenas ao Poder Judiciário desfazer o ato quando houver impugnação.

A coisa julgada administrativa não obsta que eventuais irregularidades formais ou ilegais sejam submetidas à apreciação do Poder Judiciário. Assim, tem-se como principal diferença entre a coisa julgada administrativa e a coisa julgada jurisdicional a possibilidade de alteração do *decisum*. Isso porque a irrecorribilidade administrativa é mais flexível e pode ser alterada supervenientemente através do controle jurisdicional de legalidade dos atos administrativos por parte do Poder Judiciário, em compasso com o princípio da inafastabilidade da jurisdição insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da CF/1988, ao passo que a coisa julgada jurisdicional só poderá ser alterada através dos mecanismos processuais próprios, estipulados no Código de Ritos, isto é, por meio de ação rescisória, ação anulatória e ação de *querela nullitatis*.

Em arremate, das inovações jurisprudenciais trazidas pela Corte Superior, importa registrar que, anteriormente, caso o parecer prévio não fosse apreciado, no lapso temporal disposto em lei, pela respectiva Câmara Municipal, ele prevaleceria.³⁰ O mencionado prazo está estabelecido na Lei Orgânica de cada município e também nas Constituições Estaduais. Contudo, tal entendimento foi superado, razão pela qual a inércia do Poder Legislativo não atrai a configuração da inelegibilidade, tampouco consolida o parecer prévio de forma automática.³¹

6 Da inexistência de provimento judicial suspensivo

A decisão administrativa que rejeita contas pode ser sempre submetida à apreciação do Poder Judiciário – nomeadamente, na Justiça Comum – em virtude do princípio da universalização. Apesar da decisão que rejeita as contas

ser “irrecorrível”, esta não ostenta natureza jurisdicional. Explica Roque Citadini (2008) que, para a defesa de suas prerrogativas, é natural que se tenha o ajuizamento de recursos por aqueles que sejam considerados inelegíveis, pois o fazem apresentando seu inconformismo na tentativa de recuperar o *jus honorum*. Os meios processuais adequados para impugnação são realizados através de ação desconstitutiva de ato administrativo ou ação anulatória.

Em tempos pretéritos, o TSE consagrou entendimento, através da Súmula nº 1, de que a inelegibilidade – com fundamento na alínea g do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990 – ficaria suspensa caso houvesse sido ajuizada ação judicial com o escopo de desconstituir a decisão que rejeitou as contas anteriormente à impugnação, independentemente da concessão de qualquer liminar suspendendo os seus efeitos.

A modificação operada significou um fortalecimento da ação dos órgãos de controle externo da Administração, desde que haja decisão, em pronunciamento definitivo, afirmando a existência de ato insanável de improbidade administrativa. Essa orientação é de extrema importância porque reconhece o trabalho das cortes de contas, aumentando a eficiência da fiscalização do erário, fazendo com que as decisões que rejeitem as contas dos prefeitos municipais possam resultar na decretação de sua inelegibilidade. Caso não tenha a inelegibilidade sido afastada pela Câmara de Vereadores, e também se não houver provimento incidental,

30. Precedente superado: EAREsp nº 23921-AM, publ. 9/11/2004.

31. “O decurso do prazo conferido à Câmara Municipal para apreciar o parecer do Tribunal de Contas não atrai a inelegibilidade cominada neste dispositivo” (Ac.-TSE, de 10/12/2013, no REspe nº 182098; de 10/11/2009, no REspe nº 35791; e de 26/11/2008, no REspe nº 33280).

No mesmo sentido: “O TSE vem entendendo que o silêncio da Câmara Municipal, ainda que prolongado, não enseja a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, g, da LC nº 61/90” (AgRg-REspe nº 32.927-PB, Rel. Min. Felix Fischer, PSESS 12/11/2008).

isto é, em sede de cognição sumária, a inelegibilidade perdurará até a decisão judicial em sede de cognição exauriente.

Exige-se, atualmente, que a decisão do Tribunal de Contas seja afastada por pronunciamento judicial liminar ou acautelatório no sentido de determinar que houve equívocos na análise das contas apresentadas. Se esses equívocos não forem constatados, a decisão de rejeição deve ser mantida. Portanto, a mera propositura de ação anulatória, sem a obtenção de provimento liminar ou tutela antecipatória, não suspende a inelegibilidade, conforme entendimento jurisprudencial e doutrinário pacífico.³²

A tutela antecipada consubstancia a ideia de adiantamento, isto é, antecipação da decisão de mérito.

A tutela antecipada consubstancia a ideia de adiantamento, isto é, antecipação da decisão de mérito, a ser proferida em sede de determinado processo de conhecimento, cujo estandarte é inibir a consumação de dano irreparável ou de difícil reparação da parte. Insta-se ressaltar o provimento antecipatório que, em tempos pretéritos, era possível apenas na esfera do processo cautelar, espraia-se agora pelo processo cognitivo, numa inexorável consagração ao poder

geral de cautela do magistrado (ALVIM, 1995, p. 97-98).

Não obstante, a tutela de urgência antecipada não se confunde com tutela de urgência cautelar, isso porque a tutela antecipada constitui um verdadeiro adiantamento do próprio pedido insculpido na peça exordial. Enquanto esta última destina-se a assegurar a eficácia prática do processo, isto é, de garantir uma eficácia substancial da própria prestação jurisdicional. Nos dizeres da ilustre doutrina de Pontes de Miranda seria “segurança para execução”, pretensão distinta da tutela satisfativa antecipatória, que visa, em verdade, a “execução para segurança” (PONTES DE MIRANDA, 1976, p. 14).

Por conseguinte, se o pronunciamento judicial suspendendo os efeitos da decisão do Tribunal de Contas, em caráter liminar, for proferido depois do pedido de registro, configurar-se-á a suspensão da inelegibilidade até o pronunciamento judicial definitivo. Este é o sentido determinante do art. 11, § 10, da Lei Eleitoral, que promana que as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade.³³

Para que a inelegibilidade reste afastada, exige-se, ademais, que na inicial da ação anulatória ou desconstitutiva da decisão de rejeição de contas devem ser questionadas todas as irregularidades apontadas pelo órgão julgador, sob pena de manter-se o ato de rejeição de contas, isto é, a própria inelegibilidade, já que consoante ao princípio da congruência, o órgão jurisdicional só poderá se pronunciar consoante aos limites do pedido inicial (CPC, art. 492). Restando ainda alguma irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa que não fora atacado pela impugnação judicial, persiste a inelegibilidade.³⁴

32. Ac. do TSE, de 24/8/2006, RO nº 965 e no REspe nº 26.942; no RO nº 963; de 29/9/2006; no RO nº 912; de 13/9/2006 e de 16/11/2006, no AgRgRO nº 1.067.

33. Ac., de 16/3/2004, no RCED nº 643, Rel. Min. Fernando Neves; no mesmo sentido, o Ac., de 16/3/2004, no RCED nº 646, Rel. Min. Fernando Neves.

34. Afasta a inelegibilidade prevista nesta alínea: Ac.-TSE, de 16/11/2016, no REspe nº 5081 (recurso de revisão recebido com efeito suspensivo); Ac.-TSE, de 6/5/2014, no REspe nº 15705 (decisão judicial da Justiça Comum, posterior à interposição do REspe, mas anterior ao pleito, declarando a nulidade do decreto legislativo de rejeição de contas); Ac.-TSE, de 17/9/2013, no REspe nº 31003 (provimento de recurso de revisão no Tribunal de Contas e consequente aprovação das contas).

7 Da necessidade de a atividade desenvolvida ser de ordenador de despesa

Para a tipificação da inelegibilidade necessita-se que o ato realizado tenha sido de natureza de ordenador de despesa, sem que possa ser classificado como um ato de execução do orçamento.

Ordenador de despesa é todo cidadão cujo desempenho de múnus público resulte na emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos (Decreto-Lei nº 200/1967, art. 80, § 1º). Pode exercer tal atividade o chefe do Executivo ou qualquer servidor público que possa agir como ordenador de despesa, gestor público que autoriza pagamento com o erário. Classifica-se como uma responsabilidade de natureza eminentemente de gestão pública, autorizando a despesa por parte dos entes estatais. É ato nitidamente administrativo em que o agente público ou quem estiver detendo uma função pública realiza um gasto da arrecadação pública.

Quando o agente público atua como agente político, na execução do orçamento, não pode ser aplicada a inelegibilidade prevista. O julgamento das contas apresentadas anualmente pelo chefe do Executivo, referentes à execução orçamentária, é de competência do Poder Legislativo. Depreende-se que, quando o agente político atuar como executor do orçamento, matriz predominantemente política, não há possibilidade de enquadramento na inelegibilidade mencionada, pois inexistente a tipificação de ordenador de despesa. A função de execução do orçamento diz respeito ao cumprimento do preceituado nas leis orçamentárias – plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual – sem qualquer vinculação com a liberação direta de dispêndio de entes estatais. Neste caso a função do Tribunal de Contas é de órgão técnico, auxiliar do Poder Legislativo, sem exercer nenhum tipo de vinculação ao órgão representante da soberania popular. Configura-se

como uma responsabilidade de natureza eminentemente política.

A análise concernente às questões atinentes à execução de orçamento público, desenvolvidas anualmente, é de competência exclusiva do Poder Legislativo, uma vez que é o próprio Poder Legislativo que aprova a legislação orçamentária elaborada pelo Poder Executivo. Dessa forma, nada mais justo do que os próprios representantes do povo fiscalizarem a execução dos recursos públicos. Interessante advertir que a *Lex Mater* erigiu como crime de responsabilidade os atos do presidente da República que atentem contra a lei orçamentária (CF, art. 85, inciso VI). A prestação de contas é a realização do controle externo da administrativa, arrimado nos arts. 31 e 70 a 75 da Constituição. Compete ao Poder Legislativo, auxiliado pelo Tribunal de Contas, a fiscalização do Executivo em todas as esferas federativas.

Neste caso, ele exerce função meramente técnico-auxiliar, isto é, o parecer prévio que emite a corte de contas não vincula os membros do Poder Legislativo. Assim, as contas são prestadas ao Poder Legislativo, sendo remetidas ao Tribunal de Contas apenas para emissão de parecer, sem que sua decisão possa vincular o pronunciamento legislativo.

Já os atos de ordenadores de despesas que deem causa à perda, extravio ou outra irregularidade que resulte em prejuízo ao erário são de competência originária do Tribunal de Contas. Nesse sentido, a responsabilidade é técnico-jurídica pela ordenação específica de despesas, pela gestão de recursos públicos. Assim, as contas devem ser prestadas diretamente ao tribunal (art. 70 da CF). Assim, o Tribunal de Contas, diferentemente do caso anterior, profere um verdadeiro julgamento, e não apenas emite parecer prévio.

Não se exige na hipótese ora analisada, para configuração da tipificação, que o gestor público, exercendo atividade de ordenador de despesa, tenha sido condenado por improbidade administra-

tiva. A exigência é que o ato importe em um acinte à probidade que deve nortear a Administração Pública. A competência para a configuração do ato de improbidade é de qualquer uma das esferas competentes do Poder Judiciário. É obrigada a prestar contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos de propriedade de entes públicos (art. 70, parágrafo único, da Constituição).

Mesmo se as contas forem aprovadas pelo Poder Legislativo respectivo, a imputação de débito ou multa por parte do Tribunal de Contas ostenta eficácia de título executivo (art. 71, § 3º, da CF). Mesmo com a aprovação do Poder Legislativo, pode ser impetrada ação de improbidade administrativa com a devida condenação do gestor público.

A decisão do Tribunal de Contas, no caso dos ordenadores de despesa, irá prevalecer desde que o seu parecer não seja rejeitado pela Câmara de Vereadores respectiva. Se o Legislativo municipal, com o *quorum* de dois terços dos votos, aprovar as contas, haverá o afastamento da decisão proferida pelo tribunal e, conseqüentemente, não haverá a incidência da inelegibilidade.

O Poder Legislativo, com o *quorum* de dois terços de votos, apenas pode deixar de prevalecer com relação às contas prestadas pelo prefeito municipal, devido à imposição do art. 31, § 2º, da Constituição. A rejeição de contas de qualquer outro gestor público, como secretários ou diretores de órgãos públicos, não pode ser afastada, a não ser por intermédio de decisão judicial. No entan-

to, tratando-se de convênio, mesmo tratando-se de ato de prefeito, não compete ao Legislativo afastar a decisão do Tribunal de Contas.³⁵

O pronunciamento do Legislativo, uma vez realizado, sem qualquer tipo de mácula, consubstancia-se como um ato jurídico perfeito, não podendo ser desconstituído por outra decisão. Todavia, se houver a comprovação factual de que a decisão legislativa, por exemplo, foi obtida sem o *quorum* necessário ou se houve fraude na votação, o primeiro pronunciamento deve ser anulado, devendo um outro ser proferido. A anulação da primeira decisão do Poder Legislativo pode ser realizada por um pronunciamento do próprio órgão, atestando a nulidade, ou por um pronunciamento judicial.

Por fim, no que se refere à delimitação da atuação da Justiça Eleitoral na verificação da ocorrência de causa de inelegibilidade, derivada da rejeição das contas pelo órgão competente, é salutar destacar que não haverá uma revisão do mérito apreciado pelo Tribunal de Contas e pelo Poder Legislativo. Portanto, a atuação da Corte Eleitoral fica adstrita à verificação dos elementos necessários para configuração da inelegibilidade, prevista na alínea g, inciso I, art. 1º, da LC nº 64. Logo, a atuação da Justiça Eleitoral não tem a função de desconstituir decisão proferida administrativamente, bem como não faz decisão condenatória em improbidade administrativa, sendo tais medidas judiciais pertinentes à Justiça Comum, ela se limita a “apreciação e qualificação jurídica de fatos relevantes para a estruturação da inelegibilidade” (GOMES, 2016, p. 325).

Diante da rejeição de contas e seu afastamento por decisão legislativa com o *quorum* de dois terços de votos, não cabe à Justiça Eleitoral a reapreciação dessa decisão pois tal incumbência, em razão de dispositivos constitucionais (art. 31, § 2º, e art. 71 da CF), foi expressamente outorgada ao Poder Legislativo. Em sentido oposto, se houver a rejeição de contas, sem o seu afastamento por parte do Legislativo, cabe à Justiça Eleitoral verifi-

35. Ac.-TSE, de 25/11/2008, no REspe nº 30516; Ac.-STF, de 17/6/1992, no RE nº 132.747: compete ao Poder Legislativo o julgamento das contas do chefe do Executivo, atuando o Tribunal de Contas como órgão auxiliar, na esfera opinativa (CF/1988, art. 71, inciso I). Ac.-TSE, de 6/10/2008, no REspe nº 28944: na apreciação das contas do chefe do Executivo relativas a convênio, a competência dos Tribunais de Contas é de julgamento, e não opinativa (CF/1988, art. 71, inciso II). Ac.-TSE, de 6/2/2014, no REspe nº 10715; e de 30/9/1996, no REspe nº 13174: excetuado o chefe do Poder Executivo, as contas de gestão dos ocupantes de cargos e funções públicas são examinadas pelo Tribunal de Contas.

car se houve irregularidade insanável ou ato doloso de improbidade administrativa. Mesmo havendo a rejeição, cabe à Justiça Eleitoral verificar se esses dois requisitos foram concretizados, pois, ausente qualquer um deles, não haverá a tipificação devida.

8 Da imputação de inelegibilidade

Uma das mais importantes alterações realizadas pela LC nº 135, denominada “Lei da Ficha Limpa”, foi aumentar o prazo da inelegibilidade por rejeição de contas de cinco para oito anos, uniformizando-se, em regra geral, os prazos estabelecidos para as demais hipóteses de inelegibilidade previstas na legislação complementar.

Essa uniformização geral do prazo para as hipóteses de inelegibilidade previstas na legislação complementar tem a finalidade de tornar essa sanção mais dura ao aumentar o elastério temporal de impedimento da cidadania passiva do cidadão, buscando inibir os ilícitos eleitorais que possam macular o processo eleitoral, tutelando a probidade administrativa e a moralidade durante o exercício do mandato, de modo mais eficaz. Essa modificação foi vista com bons olhos por Djalma Pinto, uma vez que a inelegibilidade fixada em apenas cinco anos era bastante inócua e não apresentava graves entraves ao exercício da cidadania passiva (PINTO, 2011, p. 470).

O prazo de oito anos é contado da decisão irrecurável do Tribunal de Contas que asseverou a existência de irregularidade insanável que configurou ato doloso de improbidade administrativa. Portanto, o início do lapso da inelegibilidade em comento emerge da decisão administrativa irrecurável que rejeitou as contas, e não da primeira decisão administrativa, perdurando até as eleições que realizaram nos oito anos seguintes.³⁶

Como o prazo da inelegibilidade é de direito material, a sua contagem comporta o dia do início, independentemente da hora do fato *a quo* determinante, isto é, da decisão administrativa

irrecorrível, desprezando-se o dia do fim. Os dias contam-se corridos, pelo calendário civil, sem se atentar para as horas. O início da contagem se dá no dia exato em que for pública a decisão administrativa irrecurável (CÂNDIDO, 1999, p. 54).

O início do lapso da inelegibilidade emerge da decisão administrativa irrecurável que rejeitou as contas.

Levando-se em consideração o princípio da segurança jurídica, o prazo de oito anos estabelecido pela LC nº 135 apenas poderia ser imputado por fatos ocorridos após a sua vigência, em decorrência de se tratar de uma sanção que não pode retroagir (art. 5º, incisos XXXIX e XL, da CF/1988); além do que a lei não pode prejudicar direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI, da CF/1988). Nesse mesmo sentido, reza a melhor doutrina que não pode haver o aumento da suspensão passiva dos direitos políticos quando há coisa transitada em julgado ou quando o mandatário já tiver cumprido o período anterior de cinco anos.

Contudo, sobre a “(ir)retroatividade” da LC nº 135, importa registrar que, no julgamento das ADC nº 29, ADC nº 30 e ADI nº 4.578, o Supremo Tribunal Federal (STF) discorreu sobre a denominada retroatividade da norma, segundo a qual restou possibilitada a eficácia da LC nº 135 em condutas anteriores a sua edição.

Desse modo, à luz da doutrina de J. J. Gomes Canotilho, no julgado *supra*, o conceito de retroatividade foi apresentado como:

36. Ac.-TSE, de 21/3/2013, no REspe nº 5163: o termo inicial do período de oito anos de inelegibilidade é a data da publicação da decisão que rejeitou as contas; Ac.-TSE, de 2/5/2017, no AgR-REspe nº 56046: para contagem desse prazo, deve ser desconsiderado o período no qual ficaram suspensos os efeitos da decisão de rejeição das contas, em eventual pedido de anulação julgado improcedente.

“basicamente numa ficção: (1) decretar a validade e vigência de uma norma a partir de um marco temporal (data) anterior à data da sua entrada em vigor; (2) ligar os efeitos jurídicos de uma norma a situações de facto existentes antes de sua entrada em vigor. [...]” (GOMES CANOTILHO, 2001, p. 261-262).

Nesse compasso, o STF distinguiu a retroatividade autêntica: “a norma possui eficácia ex tunc, gerando efeito sobre situações pretéritas, ou, apesar de pretensamente possuir eficácia meramente ex nunc, atinge, na verdade, situações, direitos ou relações jurídicas estabelecidas no passado”,

37. ADI nº 3.105 e nº 3.128, Rel. para o acórdão Min. Cezar Peluso.

38. ADI nº 493, Rel. para o acórdão Min. Moreira Alves.

39. “[...] II. - Inelegibilidade não constitui pena. Possibilidade, portanto, de aplicação da lei de inelegibilidade, Lei Compl. nº 64/90, a fatos ocorridos anteriormente a sua vigência” (MS nº 22087-2, Rel. Min. Carlos Velloso).

40. “[...] A aplicabilidade da Lei Complementar nº 135/10 a processo eleitoral posterior à respectiva data de publicação é, à luz da distinção supra, uma hipótese clara e inequívoca de retroatividade inautêntica, ao estabelecer limitação prospectiva ao ius honorum (o direito de concorrer a cargos eletivos) com base em fatos já ocorridos. A situação jurídica do indivíduo – condenação por colegiado ou perda de cargo público, por exemplo – estabeleceu-se em momento anterior, mas seus efeitos perdurarão no tempo. Esta, portanto, a primeira consideração importante: ainda que se considere haver atribuição de efeitos, por lei, a fatos pretéritos, cuida-se de hipótese de retrospectividade, já admitida na jurisprudência desta Corte” (ADC nº 29, ADC nº 30 e ADI nº 4.578).

da retroatividade inautêntica ou retrospectiva: “a norma jurídica atribui efeitos futuros a situações ou relações jurídicas já existentes, tendo-se, como exemplos clássicos, as modificações dos estatutos funcionais ou de regras de previdência dos servidores públicos”.³⁷ Assim, ressaltou-se que a retroatividade autêntica é rechaçada pelo Texto Constitucional, enquanto a retrospectividade não. Considerando que, malgrado haja semelhança, tais institutos não se confundem.³⁸

Ademais, endossando a inocorrência de retroatividade, no que se refere a regras de inelegibilidade, a Suprema Corte destacou, nos autos do MS nº 22087-2, de relatoria do ministro Carlos Velloso, que as inelegibilidades não constituem pena, sendo possível sua aplicação a fatos ocorridos anteriormente.³⁹

Desta feita, as novas determinações sobre elegibilidade estipuladas pela LC nº 135 puderam ser aplicadas para fatos passados, que tiveram pedido de registro de candidatura posterior à edição da retromencionada lei, assim, foi fundamentada a ausência de retroatividade autêntica e a incidência de “mero reflexo da eficácia imediata da lei, prevista no art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil”, ou seja, retroatividade ou retroatividade inautêntica.⁴⁰ ■

Bibliografia

- AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ALVIM, J. E. C. *Modificações no CPC*. 1995. Seminário promovido pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais.
- CÂNDIDO, Joel José. *Inelegibilidades no direito brasileiro*. São Paulo: Edipro, 1999.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- CASTRO, Edson de Resende. *Teoria e prática do direito eleitoral*. 4. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Da necessidade de aperfeiçoamento do controle judicial sobre a atuação dos tribunais de contas visando assegurar a efetividade do sistema. *Revista do TCU*, Brasília, n. 108, 2007.
- CITADINI, Antônio Roque. A inelegibilidade por rejeição de contas. 2008. Disponível em: <http://gepam.adm.br/noticias/files/4087_Ineleg_rejeicao_de_contas.pdf>.
- _____. *O controle externo da Administração Pública*. São Paulo: Max Limonad, 1995.
- COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 6. ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v. 3. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- DELGADO, José Augusto. O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 680, 1992.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O controle da moralidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 12. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2016.
- GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- HAURIU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public général: à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*. 4. ed. Paris: Larose, 1900-1901.
- KELSEN, Hans. *O que é Justiça: a Justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. refund., ampl. e atual. até a Emenda constitucional 35, de 20.12.2001. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Elementos de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de La Brede et de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Coleção Os Pensadores.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- NISS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos, condições de elegibilidade e inelegibilidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- PINTO, Djalma. *Direito eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal: noções gerais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. T. 12. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SOUZA, Paulino José Soares de. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Serviço de Documentação do Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Departamento de Imprensa Nacional, 1960.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.



Associação dos Advogados de São Paulo
Rua Álvares Penteado, 151
Centro | Cep 01012 905 | São Paulo | SP
(11) 3291 9200

www.aasp.org.br