

Populus

Revista Jurídica da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

ano II | número 2 | outubro 2016



EJE



ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA

REVISTA POPULUS

ISSN 2446-9319

Salvador
n. 2 Novembro 2016





REVISTA POPULUS

Salvador n.2 novembro 2016

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA

Diretor-Geral

Raimundo Vieira

1ª Avenida do Centro Administrativo da Bahia, nº 150. CEP 41.745-901 - Salvador-BA

Tel.: (71) 3373-7067 / 7188 / 7156 / 7159

E-mail: coged@tre-ba.jus.br

Periodicidade: Anual

Edição:

Secretaria de Gestão Administrativa

Coordenadoria de Gestão Documental, Informação e Memória

Seção de Editoração e Publicação

Capa:

Arte: Assessoria de Comunicação Social e Cerimonial - TRE/BA

Revista Populus / Tribunal Regional Eleitoral, Escola Judiciária
Eleitoral da Bahia. – N.1, set. 2015 – . – Salvador: TRE, 2015 – .

v.

Anual.

ISSN: 2446-9319

1. Direito Eleitoral - Periódico. 2. Democracia.

I. Bahia. Tribunal Regional Eleitoral. Escola Judiciária
Eleitoral da Bahia.

Os artigos são da exclusiva responsabilidade dos autores, podendo ser divulgados em outros meios após autorização prévia e expressa do Conselho Editorial da Revista, citada a publicação original como fonte.





TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA

Presidente

MÁRIO ALBERTO SIMÕES HIRS

Vice-Presidente

JOSÉ EDIVALDO ROCHA ROTONDANO

Corregedor Regional Eleitoral

FÁBIO ALEXSANDRO COSTA BASTOS

Juízes

MARCELO JUNQUEIRA AYRES FILHO

GUSTAVO MAZZEI PEREIRA

PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA

PATRÍCIA CERQUEIRA KERTZMAN SZPORDER

Procurador Regional Eleitoral

RUY NESTOR BASTOS MELLO

Diretora da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

FABIANA ANDRÉA DE ALMEIDA OLIVEIRA PELLEGRINO





CONSELHO EDITORIAL

Dra. Ana Carolina Fernandes Mascarenhas
Dra. Cristiana Menezes Santos
Dr. Dirley da Cunha Júnior
Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta
Dra. Roxana Borges Cardoso Brasileiro
Msc. Fabiana Andréa de Almeida Oliveira Pellegrino
Msc. Jaime Barreiros Neto

COMISSÃO EDITORIAL

Adriana Bittencourt Passos
Analúcia Guimarães
Josafá da Silva Coelho
Maria das Graças Tosta Albergaria da Silva
Maria Cristina Jesus Santiago

COMISSÃO TÉCNICA

Camila Guerra
Felisberto Bulcão
Lia Mônica B. Peres
Lorena Carneiro Freire
Maurício Amaral
Osnir Mendes Madureira
Rafael Matos Nunes

ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA
End.: 1ª Avenida do Centro Administrativo da Bahia, nº 150. CEP 41.745-901- Salvador-BA
Tel.: (71) 3373-7445/7221/7376
E-mail: eje@tre-ba.jus.br





SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	7
--------------------------	----------

DOCTRINA

Deambulações teóricas em torno da Justiça Política Maria Benedita Urbano	11
--	-----------

Democracia, cidadania e o princípio da igualdade: medidas de discriminação positiva e a presença da mulher na política Lucineide Barros Medeiros e Samille Lima Alves	27
---	-----------

A questão da (i)legitimidade da soberania popular na jurisprudência eleitoral Jônatas Luiz Moreira de Paula e Leonardo Fernandes de Souza	49
---	-----------

Educação, democracia e subjugação: contributo para uma democracia libertadora Maria Cecília Pontes Carnaúba.....	63
--	-----------

Alistabilidade: qualidade jurídica do alistável Luiz Viana Queiroz	87
--	-----------

Questões pertinentes ao direito de alistamento e voto da pessoa com deficiência mental Ary Jorge Aguiar Nogueira.....	105
---	------------

Convenção sobre direitos das pessoas com deficiência e análise quanto à obrigatoriedade do exercício do voto Wherle Felício de Lima.....	117
--	------------

A inelegibilidade da rejeição de contas dos gestores públicos: incidência da inelegibilidade na hipótese de rejeição das contas de gestão dos chefes do Poder Executivo pelos tribunais de contas Ruy Nestor Bastos Mello e Jarbas Santana Magalhães	139
--	------------

Natureza jurídica da inelegibilidade: inelegibilidade nas eleições de 2010 no TRE-BA Cicelina Rodrigues Padre	169
---	------------





Financiamento de campanhas eleitorais e abuso do poder econômico nas eleições

Josafá da Silva Coelho 183

Transfuguismo político e infidelidade partidária: análise do tratamento constitucional e da jurisprudência correlata no direito brasileiro

Adriano Bernardo de França 199

Cassação de mandato eletivo pela prática de captação ilícita de sufrágio: a (in)existência de uma uniformidade jurisprudencial quanto a critérios objetivos para a configuração da compra de votos

André Francisco Gomes de Oliveira 225

As Corregedorias Eleitorais como instâncias do processo democrático

Fábio Alexsandro Costa Bastos e Carmen Lúcia Costa Brotas 241

Aspectos da mudança legislativa e o tempo de processo na visão dos tribunais

Roberto Maynard Frank 255

BIBLIOGRAFIA 267





APRESENTAÇÃO

Num contexto civilizatório, o desenvolvimento da democracia requer o constante aperfeiçoamento da sociedade, na busca da construção de uma cultura política participativa e reflexiva, em cujo núcleo esteja um indivíduo com sentimento de pertencimento social e político. Para tanto, o caminho iluminado é a educação, única capaz de ceifar o silêncio ensurdecedor do vazio de ideias e produzir no seio social o necessário aprimoramento das instituições e a consecução dos objetivos fundamentais da igualdade, da liberdade, da cidadania e da dignidade humana.

Ciente da importância da difusão de uma cultura democrática para o aprimoramento da sociedade brasileira, em um cenário ainda incipiente de consolidação dos princípios fundamentais da república, erigidos pela Constituição cidadã de 1988, a Escola Judiciária Eleitoral da Bahia oferece, com a publicação da segunda edição da “Revista Populus”, mais um instrumento para a formação de um ambiente crítico construtivo, sem o qual não será factível uma política emancipatória do conhecimento, requisito preambular à afirmação do regime democrático em qualquer sociedade desenvolvida.

Apresentando catorze trabalhos inéditos, produto da contribuição de importantes estudiosos do direito eleitoral e da ciência política do Brasil, e também do exterior, a Revista Populus simboliza, na oportunidade do lançamento da sua segunda edição, um ano marcante para a história da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia, em que são comemorados doze anos da sua criação.

Nesses anos, a Escola Judiciária Eleitoral consolidou importantes projetos, a exemplo do “Eleitor do Futuro”, do “Universitário Cidadão”, das “Sextas Culturais”, contribuindo, dentro das suas possibilidades, para a formação política de crianças, adolescentes e adultos, e difundindo reflexões transdisciplinares que afetam não apenas o campo do direito, mas também da sociologia, filosofia, antropologia, realizando, para tanto, cursos, seminários, workshops e palestras, com ampla adesão de diversos segmentos sociais.

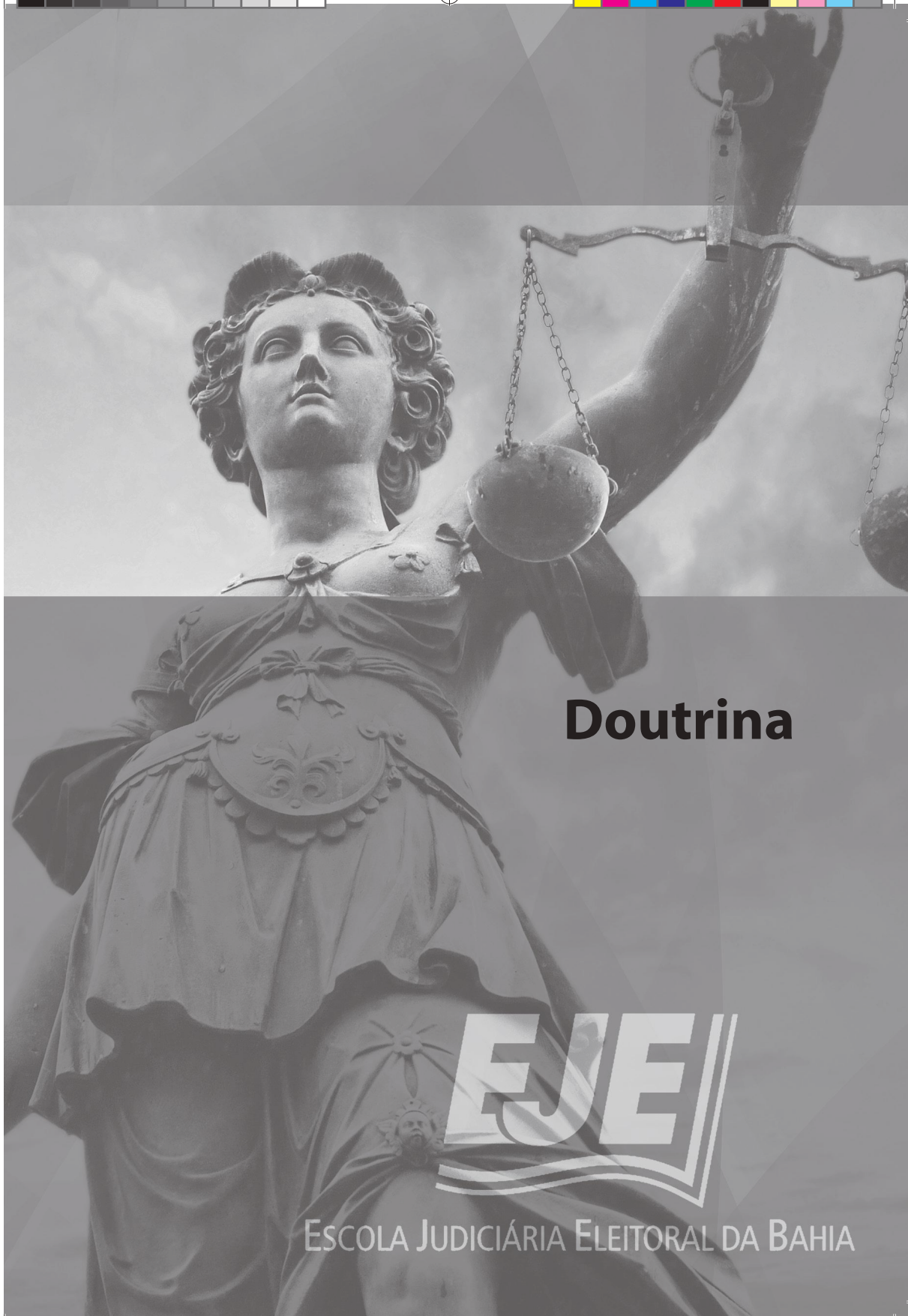
A publicação da segunda edição da “Revista Populus”, neste sentido, traz importante simbologia de concretização de um trabalho que vem, a cada ano, gerando novos e proveitosos frutos.

Boa leitura a todos e vida longa à Escola Judiciária Eleitoral da Bahia!

Fabiana Andréa de Almeida Oliveira Pellegrino
Diretora da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia







Doutrina



ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA







DEAMBULAÇÕES TEÓRICAS EM TORNO DA JUSTIÇA POLÍTICA*

É da maior importância que os governados devam saber onde se funda a sua obediência, e que eles estejam convencidos de que a autoridade se encontra em mãos adequadas. (Michael Oakeshott)

Maria Benedita Urbano**

RESUMO

Com o termo “justiça política” não se visa referir a existência de uma justiça própria dos decisores políticos, designadamente de uma justiça autónoma e independente da justiça ordinária. Visa-se, tão só, aludir ao tratamento diferenciado da responsabilidade, sobretudo da criminal, dos decisores políticos, tratamento diferenciado esse que, em alguns aspectos, lhes é mais benéfico, e noutros, mais prejudicial.

Palavras-chave: Justiça Política. Decisores políticos. Criminalização da política. Politização da justiça. Responsabilidade política.

ABSTRACTS

The term “political justice” cannot be taken to refer to the existence of a particular justice for policymakers, namely of an autonomous and independent justice kept away from ordinary justice. We rather use this term to represent the idea of a disparate treatment of policymakers in what concerns their responsibility, mainly their criminal responsibility, that may prove to be advantageous in some aspects and yet, at other aspects, more prejudicial.

Keywords: Political Justice. Policymakers. Criminalization of politics. Politicization of justice. Accountability.

1 INTRODUÇÃO

Muito recentemente, um político português no ativo, detentor de um cargo autárquico, manifestou a sua intenção de questionar, junto do Tribunal Constitucional, a constitucionalidade da norma que proíbe a intervenção de um tribunal de júri em julgamentos que envolvam titulares de cargos políticos.¹ Este episódio – em que se mistura política e justiça, pois é um representante do povo, e não um cidadão comum, que está a ser julgado – aguçou o nosso interesse pelo tema da responsabilização da-

* Estudos em homenagem a António Barbosa de Melo.

** Juíza Conselheira do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal. Professora Doutora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutora em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

¹ Artigo 40 (Da não intervenção do júri) da Lei n. 34, de 16 de julho de 1987 (Crimes de Responsabilidade dos Titulares de Cargos Políticos), com as alterações introduzidas pela Lei n. 108, de 28 de novembro de 2001, Lei n. 30, de 10 de julho de 2008, Lei n. 41, de 3 de setembro de 2010 e Lei n. 4, de 16 de fevereiro de 2011.



queles que exercem cargos políticos e das especificidades que lhe andam associadas, sobretudo em matéria de responsabilidade penal.² O tema da responsabilidade dos governantes³ já tinha merecido, num passado recente, alguma atenção da nossa parte.⁴

O nosso especial interesse pela responsabilidade penal dos titulares de cargos políticos assenta em vários motivos.

Desde logo, há que não esquecer, o controlo da responsabilidade dos decisores políticos começou por ser concretizado através de mecanismos de natureza penal, só mais tarde se autonomizando uma responsabilidade política dos mesmos⁵ – a qual, cumpre assinalar, não só teve dificuldades para se impor, como atravessa actualmente uma grave crise existencial.

Além disso, e mais do que isso, assiste-se presentemente a um renascimento, expansão e por vezes mesmo a uma exacerbação da responsabilidade penal dos titulares de cargos políticos, em parte imbuída de um espírito de censura política (como uma forma, portanto, de contrabalançar a falência da responsabilidade política).

Por último, é importante reter que é no âmbito da responsabilidade penal, sobretudo daquela que é devida por condutas que se inscrevem no exercício de funções (praticamente a única área que tem escapado ao fenómeno da despolitização da criminalidade governante), que se registam – que ainda se registam – as maiores diferenças em termos do tratamento jurídico dispensado àqueles que desempenham um cargo político.

Retomando o segundo motivo assinalado, cabe dizer que o fenómeno do renascimento e da expansão (e da agudização) da responsabilidade penal dos titulares de cargos políticos está associado a três razões principais.

De um lado, este fenómeno acompanha aquele outro mais amplo da paulatina “jurisdicização de sectores inteiros da vida política que, durante muito tempo, se mantiveram à margem do Estado de Direito”.⁶

Por outro lado, e em conexão com este primeiro aspecto, a despolitização e consequente criminalização da justiça que envolve os detentores de cargos políticos representam uma aproximação à exigência de igual tratamento de todos os justiciáveis.⁷ Por último, a esse dito fenómeno está associado o falhanço quase total dos mecanismos de responsabilidade política para assegurar a correta e exemplar governação.⁸ Como afirma Charvin, a questão da responsabilidade penal dos decisores políticos acaba por ser, em grande medida, mais um problema de limitação do poder do que de tutela de direitos dos indivíduos. Com efeito, prossegue o mesmo autor, “este atentado à pessoa dos titulares do executivo seria injustificável se, para além disso, os outros meios de limitar o seu poder fossem de uma grande eficácia. Ora, não é o caso”.⁹

² Ao longo dos séculos, o julgamento de pessoas que exercem ou exerceram funções públicas, qualquer que tenha sido o título a que o fizeram (representantes eleitos, nomeados, príncipes hereditários), assumiu algumas especificidades, designadamente ao nível da composição do órgão judicante e do carácter derogatório do direito comum. Em França, cuja experiência neste domínio é digna de registo, vejamos as comissões extraordinárias do Antigo Regime, os tribunais criminais especiais do Consulado, as comissões mistas criadas por Luís Napoleão, ou, em tempos não tão longínquos, os tribunais especiais que existiram durante a ocupação e durante o regime de Vichy. Cf. BUSSY, Florence; POIRMEUR, Yves. *La justice politique en mutation*. Paris, 2010. p. 67-8; e CHARVIN, Robert. *Justice et politique: evolution de leurs rapports*. Paris, 1968. p. 6, 243-5, 373 e ss.

³ Sobre o conceito de “governantes”, ver o nosso trabalho citado na nota 4.

⁴ Ver o nosso trabalho “Apontamentos esparsos sobre a responsabilidade dos governantes”. In: ESTUDOS em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Coimbra, 2012. vol. II.

⁵ Neste preciso sentido, ver Díez-PICAZO, Luis María. *La criminalidad de los gobernantes: las letras de Drakontos*, Barcelona, 1996. p. 151.

⁶ Ver PORTELLI, Hugues. *La pénalisation de la vie politique. Pouvoirs: La Pénalisation*, n. 128, 2008. p. 113.

⁷ Cf. BUSSY; POIRMEUR, 2010, p. 42.

⁸ No caso específico dos países que adoptam formas de governo parlamentares e semipresidenciais.

⁹ Cf. CHARVIN, 1968, p. 256. Refere o autor que a inefetividade da responsabilidade política determinou o retorno em força do proces-



De imediato há que acentuar uma ideia já atrás aflorada. É que, não obstante se registar uma tendência para a absorção da política pelo direito penal – vale por dizer, para a integração da justiça política na justiça ordinária, designadamente na penal –, a prática de ilícitos no exercício das funções governativas tem escapado quase incólume a esta despolitização.

Resta dizer, a título de nota introdutória, que o especial enfoque que geralmente é dado à responsabilidade penal dos titulares de cargos políticos não significa de modo algum que entendamos serem os crimes cometidos no exercício das funções públicas necessariamente sempre os mais graves. Efectivamente, um erro político, uma má opção política, a má gestão por parte dos governantes pode ter um efeito devastador no país – não sendo, porém, de pôr de parte a hipótese, não meramente académica, de o suposto erro, a má opção ou a má gestão políticos serem, afinal, opções conscientes que trazem consigo, encapotadas, grandes vantagens económicas para os decisores públicos, o que certamente configurará a prática de um crime.

2 JUSTIÇA POLÍTICA OU JUSTIÇA DOS POLÍTICOS?

2.1 ALGUMAS QUESTÕES PRÉVIAS

Sem embargo de o tema da justiça que envolve os titulares de cargos políticos se poder apresentar bastante vasto, nomeadamente no que concerne aos decisores políticos e às respetivas condutas, é de salientar, em primeiro lugar, que na nossa mira estarão sobretudo aqueles que exercem funções políticas de âmbito nacional.¹⁰

Depois, como foi já mencionado alhures, apenas será tida em conta a responsabilidade penal dos governantes, não também a sua responsabilidade civil, administrativa, financeira-orçamental e política. E mesmo aquela, apenas quando reportada a condutas ilícitas praticadas no exercício de funções, deixando de parte as condutas estritamente privadas.

Por último, interessa-nos em especial a responsabilidade penal imputada a condutas ilícitas associadas ao exercício das funções ministeriais; associadas e não relacionadas, porquanto não pretendemos referir apenas a prática de crimes que decorrem do exercício de funções (v.g., o tráfico de influências e a violação de normas de conteúdo orçamental), antes queremos ter em consideração, da mesma forma, os crimes cometidos pelos ministros durante o exercício das suas funções e aproveitando-se dessa qualidade e dos meios à sua disposição, ou seja, crimes que decorrem de um uso abusivo de funções.¹¹

so penal. Ver ainda BIDÉGARAY, Christian. Le principe de la responsabilité fondement de la démocratie. Petite promenade dans les allées du «jardin des délices démocratiques». *Pouvoirs: La responsabilité des gouvernants*, n. 92, 2000, p. 11.

¹⁰ Não entraremos aqui na problemática de saber se os secretários de Estado deveriam ou não beneficiar do tratamento diferenciado em matéria penal.

¹¹ Não pretendemos tornar ainda mais complexa a questão, distinguindo, no âmbito da atividade governativa, a atividade de *indirizzo* político *stricto sensu*, daquela que pode ser imputada a condutas ilícitas no âmbito da “atividade de *indirizzo* político-administrativo”. Quanto mais não seja porque não é totalmente claro saber do que estamos exactamente a falar quando nos reportamos ao exercício de funções governamentais de *indirizzo* político *stricto sensu*. A questão é tanto mais problemática quanto é certo que se tem observado alguma evolução no modo de compreender o conceito de atividade de *indirizzo* político *stricto sensu*. Basta pensar que esta pertencia originariamente aos parlamentos, ou sobretudo a eles, ao passo que hoje em dia ela é vista fundamentalmente, mas não exclusivamente, como uma atividade do Governo. Mas, mais do que isso, esta atividade que tradicionalmente se caracterizava pela sua liberdade (em virtude da sua natureza política) é hoje considerada uma atividade juridicizada, designadamente procedimentalizada, ainda que não totalmente – pois, se assim fosse, dificilmente se poderia invocar a responsabilidade política do Governo. Efectivamente, esta procedimentalização – que é tida como o resultado, quer da necessidade de dar concretização ao

2.2. QUESTÃO TERMINOLÓGICA

Não é fácil escolher a fórmula perfeita, ou mesmo tão só adequada, para designar o regime especial de responsabilidade penal que respeita aos detentores do poder político. É uma evidência que o tratamento da criminalidade governativa não segue exatamente os mesmos trilhos da justiça de direito comum ou justiça ordinária (no âmbito penal),¹² podendo as especificidades consistir na existência de uma jurisdição específica (como outrora os tribunais de exceção) ou de um foro privilegiado de jurisdição; em derrogações várias ao direito substantivo comum (molduras penais mais elevadas ou relativização do princípio da presunção de inocência quando os crimes foram cometidos por titulares de cargos políticos); no reconhecimento de prerrogativas, como as imunidades, o privilégio do testemunho por escrito, etc.

Registadas estas especificidades, tem todo o sentido expressá-las terminologicamente, buscando a nomenclatura ajustada. Não obstante, esta tarefa não se afigura fácil. Qual é, afinal, a melhor fórmula: justiça política ou justiça dos políticos?

Antes de tudo, e, independentemente de qual a fórmula escolhida, é importante advertir que qualquer uma delas é imperfeita.

Imperfeita porque ambas são incapazes de acolher e acondicionar devidamente a rica e complexa fenomenologia subjacente à problemática em análise. De facto, e desde logo, o domínio da justiça que envolve os decisores políticos é muito vasto e heterogêneo. Mesmo que se tenha em vista a responsabilidade específica dos governantes (e não dos políticos em geral, isto é, daqueles que, por qualquer forma, desenvolvem uma atividade de natureza política), é possível recortar vários tipos de situações, mais ou menos graves, que podem ser enquadradas na justiça política ou dos políticos: o cometimento de crimes comuns alheios à atividade política (um homicídio), o cometimento de crimes comuns para a prossecução de objectivos egoísticos (nomeadamente para enriquecimento do próprio – pense-se na corrupção), o cometimento de crimes comuns para a prossecução de propósitos políticos (desvio de dinheiros públicos para o financiamento de campanhas do seu partido), os atentados à segurança interna e externa do Estado (espionagem, alta traição), o cometimento de crimes contra o próprio povo ou contra a humanidade (genocídio), etc.¹³

Acresce que, como decorre do que foi dito, subjacentes à justiça política poderão estar vários tipos de responsabilidade: a responsabilidade política e a responsabilidade jurídica, e, dentro desta, a responsabilidade penal, a civil e a financeira-orçamental. Mais ainda, ela pode ser configurada como uma responsabilidade individual ou coletiva.

Imperfeita, ainda, por força da circunstância de que as duas fórmulas indicadas em epígrafe são ambas suscetíveis de interpretações menos exatas (por vezes porque demasiado amplas) ou mesmo erróneas, com a agravante de que, para além de menos exatas, frequentemente estão impregnadas de um sentido pejorativo.

princípio da representação política no âmbito da governação, quer do facto, com aquele relacionado, de a atividade de *indirizzo politico stricto sensu* caber hoje essencialmente ao Governo, órgão à partida menos representativo do que o parlamento – não obscureceu totalmente a responsabilidade política do Governo, na medida em que a elaboração de decisões políticas manteve amplos espaços de liberdade de escolha em termos de condução da vida política do país. Atente-se, por exemplo, na circunstância de que na generalidade (se não, na totalidade) dos casos, a audição dos diversos grupos sociais é obrigatória mas não vinculativa. Para mais desenvolvimentos sobre esta questão ver AMATO, Giuliano. Nuove tendenze nella formazione degli atti governativi di indirizzo. *Giurisprudenza Costituzionale*, ano 37, fasc. 4, jul./ago. 1992. p. 93.

¹² Poderá afirmar-se que a perseguição penal dos políticos não é levada a cabo exclusivamente com base no direito penal tradicional.

¹³ Isto sem falar na possibilidade de condutas complexas que combinem crimes comuns com crimes políticos. Veja-se, a título de exemplo, o regicídio que configura simultaneamente um atentado contra o Estado e um homicídio de direito comum. Dá este exemplo, mas falando em “delito complexo”, (CHARVIN, 1968, p. 430).



Veja-se a expressão “justiça política”, tantas vezes associada à ideia (ou a uma certa ideia) de justiça revolucionária, enquanto julgamento político alheado dos valores da imparcialidade e independência do julgador e de equidade do julgamento, e, outrossim, das garantias mínimas de respeito pelos direitos humanos. Não se pode negar que não é totalmente descabido recortar um conceito amplo de justiça política que englobaria a justiça revolucionária, entendida como aquela que visa a condenação de um regime político anterior por aquele que lhe sucedeu¹⁴ (pense-se no julgamento de um presidente da República derrubado);¹⁵ e, bem assim, englobaria também a justiça “ideológica” (salvo melhor designação), típica dos regimes autoritários e destinada a assegurar a conservação do poder pelos seus titulares, assente em larga medida na categoria desmesuradamente inchada (nas palavras de Bussy e Poirmeur) dos delitos de opinião,¹⁶ e persecutória dos dissidentes e opositores ao regime, e, de igual forma, de inteiros partidos políticos; e, em certa medida (ou, talvez melhor, mais no passado do que no presente), englobaria a própria justiça militar, pelo menos na sua versão de antanho, politizada, imbuída de uma ideia de “razão de Estado” que prevalecia sobre qualquer consideração de direitos humanos. A verdade, porém, é que estas últimas consubstanciam apenas uma parcela da justiça política correspondente, além do mais, a uma justiça excecional, caracterizada, entre outras coisas, por ser uma justiça temporária ou limitada no tempo e, quantas vezes, parcial. Ora não é este o tipo de justiça política que temos em mente.

Igualmente inexata será a constatação de quem extraia do facto de se qualificar como “política” um certo tipo de justiça a ideia de que esta última seja “um simples instrumento servil do Poder”.¹⁷ Já quanto à expressão “justiça dos políticos”, ela encerra em si a ideia de um tratamento privilegiado dos governantes, credenciador de garantias exorbitantes e iníquas. Ora, se é certo que existem garantias ou prerrogativas que determinam um tratamento mais favorável dos ou de certas categorias de decisores políticos (v.g. as imunidades), não deixa de ser menos certo que os mesmos, quando se chega a conseguir condená-los, serão punidos com sanções mais pesadas.

Por tudo isto, e porque não se justifica que nos alonguemos nesta questão terminológica, optaremos pela expressão “justiça política”, quanto mais não seja porque é a mais disseminada.

3 JUSTIÇA POLÍTICA

3.1 JUSTIÇA POLÍTICA EM SENTIDO AMPLO E EM SENTIDO RESTRITO

Como resulta do que foi exposto, a tarefa de conceituar “justiça política” não se apresenta isenta de espinhos. Por esse motivo, iremos procurar recortar o respetivo conceito a partir de uma série de tópicos que de seguida serão explanados.

¹⁴ A justiça que se encarrega dos processos “de regime”, segundo Charvin. A justiça revolucionária é, em parte justiça, em parte ajuste de contas, lidando com os crimes cometidos pelos governantes ou pelas altas personalidades de um alto regime político recentemente derrubado. Ela configura uma forma de utilização dos mecanismos da justiça no âmbito da luta pelo poder, servindo o julgamento como arma política. Cf. *Ibidem*, p. 487.

¹⁵ Hoje em dia fala-se muito em justiça transicional, como aquela justiça que se realiza na sequência da mudança de regime político, cobrando esta justiça todo o sentido quando se trata da passagem de um regime autoritário a um regime democrático. A justiça transicional assenta em quatro pilares fundamentais, quais sejam: a expurgação e a reforma das instituições, a justiça punitiva, a justiça reparadora, e a justiça compensatória.

¹⁶ A justiça ligada aos processos “ideológicos” (que visa a proscrição de “uma ideologia considerada como ameaçadora dos fundamentos da ordem estabelecida”) e aos processos de “atitudes” (destinados a “denunciar e acusar certas posições políticas sobre tal ou tal questão”). Cf. CHARVIN, 1968, p. 489 e ss.

¹⁷ Cf. *Ibidem*, p. 3.



A justiça política é contemporânea do fenómeno da criação dos Estados modernos, surgindo aí, precisamente, como instrumento de proteção do Estado; mais concretamente, como uma justiça “exclusivamente destinada a proteger os interesses indistintos do Estado e do seu soberano”.¹⁸ Numa fase inicial a justiça política estava, por conseguinte, ligada aos crimes de lesa-majestade, que, de forma bastante genérica, visavam a “repressão de qualquer conduta que contrastasse com a obrigação de fidelidade devida ao soberano”.¹⁹ Muito mais tarde, a justiça política passaria a justificar-se, de forma bem mais genérica, pelo imperativo de “sujeitar a política ao direito, tendo em conta a especificidade do seu lugar no seio da sociedade”.²⁰

Dito isto, cumpre dar conta da possibilidade de recortar um conceito amplo e um conceito restrito de justiça política. Não sem antes afirmarmos que julgamos não ser de acolher a ideia de que a expressão “justiça política” seja um oxímoro. Com efeito, o argumento de que ela encerra uma contradição em termos, pois justiça e política são duas realidades antagónicas – sendo a primeira uma atividade vinculada (ao direito) e a segunda uma atividade razoavelmente livre (em termos de governação, de opções políticas) –, corresponde a uma visão já desfasada da realidade, porventura acorrentada à memória de julgamentos de personagens políticas, em regra ligadas a regimes políticos derrubados, em que as garantias processuais que assistem a qualquer indivíduo num Estado de Direito não foram ou foram escassamente observadas. Atualmente, não só a política é cada vez mais uma atividade vinculada ao direito (como se viu, a sua procedimentalização, apesar de não ter comprometido no essencial a liberdade de conformação do decisor político, é um dado adquirido), como a sua sujeição ao controlo judicial, em particular no domínio penal, tem vindo a impor-se.

3.2 SENTIDO AMPLO

Procurando forjar um conceito amplo de justiça política, poderemos afirmar que, em termos materiais, ela se reporta a situações relacionadas com o funcionamento do sistema político, das suas instituições, com as patologias a ele associadas ou com os atentados que contra ele são dirigidos. Em termos pessoais, ela abrange condutas não apenas de atores políticos, sejam eles decisores públicos ou não, mas igualmente de pessoas ou grupos externos aos mecanismos de poder.

Entendida neste sentido mais lato, a justiça política consubstancia uma realidade proteiforme. Fundamentalmente, podemos delinear três grandes áreas de justiça política: uma área que abrange as infrações contra o Estado ou contra o regime vigente ou anterior;²¹ uma outra área em que se insere a criminalidade dos governantes; e, por último, a área que corresponde ao contencioso eleitoral, ao contencioso referendário e ao contencioso partidário.

¹⁸ BUSSY; POIRMEUR, 2010, p. 26.

¹⁹ Cf. PADOVANI, Tullio. *Bene giuridico e delitti politici: contributo alla critica ed alla riforma del Titolo I, Libro II C.P. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, anno 25, 1982. p. 5.

²⁰ BUSSY; POIRMEUR, *op. cit.*, p. 25.

²¹ Esmiuçando um pouco mais a figura das infrações contra o regime – o vigente ou o anterior –, podemos tomar de empréstimo a distinção feita por Charvin a propósito do que ele designa de “processos qualitativos”. Segundo o autor em questão, todos eles possuem um propósito comum, qual seja o da “condenação exemplar de uma ordem política em nome de uma outra, a proscrição de uma ideologia ou ainda a acusação de uma posição política”. Com base nisto, aquele autor distingue três tipos de processos: 1) os processos «de regime» (que visam a condenação de um inteiro regime por parte daquele que lhe sucedeu); 2) os processos «ideológicos» (que têm por objecto proscrever uma determinada ideologia, considerada ameaçadora dos fundamentos da ordem estabelecida); e 3) os processos de «atitudes» (destinados a promover a denúncia e a acusação de certas posições políticas relativamente a questões específicas). Cf. CHARVIN, 1968, p. 487 e ss.



Ainda no âmbito deste sentido amplo da justiça política, mas agora circunscrita esta às duas primeiras áreas mencionadas, é possível destriçar uma justiça política objetiva e uma justiça política subjetiva.²² O critério reitor desta destriça é um *mix* que contempla a intencionalidade de quem comete as infrações, o propósito prosseguido e o tipo de bens que são afetados pelas condutas criminosas. Como se verá adiante, poderão surgir zonas cinzentas ou mesmo sobreposições dos dois tipos de justiça em questão.

Começando pela justiça política objetiva, ela caracteriza-se por tratar de infrações contra o Estado (enquanto organização política) e contra o regime (enquanto ordem política-ideológica e social) e quem os representa. Relativamente às infrações contra o regime, tanto se pode tratar do vigente como do derrubado. Como situações típicas abrangidas por esta categoria temos, entre outras, as ameaças e atentados à segurança interna e à independência do Estado (como a espionagem e a alta traição), a agitação social e perturbação da ordem pública, e a divulgação e difusão de propaganda subversiva. Diga-se, ainda, que algumas das infrações têm um conteúdo bastante preciso (a já aludida difusão de propaganda subversiva), ao invés de outras cujo conteúdo é marcado por uma grande indeterminação (veja-se, na ordem jurídica portuguesa, a figura do atentado contra o Estado de Direito).²³ Em síntese, podemos concluir que a justiça política objetiva está associada àquelas *fattispecies* delituosas que interferem nas relações de poder político, na sua estabilidade.²⁴

Em termos pessoais, tanto podemos estar perante um agente individual e isolado (um dissidente ou um opositor ao regime), como perante um grupo organizado ou um coletivo de pessoas (um grupo terrorista ou um partido político) – sendo mais comum este último caso. Além disso, e em regra, os perpetradores, em particular quando se trata de um grupo organizado ou um coletivo de pessoas, são figuras ou entidades externas aos mecanismos do poder (vale por dizer, não são detentores de cargos políticos). Mas não tem que ser necessariamente assim. Poderá dar-se o caso de uma só pessoa – não de uma pessoa qualquer, mas de alguém que ocupe uma posição institucional importante –, abusando das suas funções, adoptar uma conduta ilícita. Por exemplo, um Presidente da República, em claro desrespeito à constituição vigente, altera o seu texto de modo a aumentar as respetivas competências ou a suspender os ou certos direitos fundamentais. Pense-se, ainda, na violação do segredo de Estado por parte de um ministro.²⁵

No tocante à justiça política subjetiva, ela reporta-se especificamente à atuação dos governantes e à motivação pessoal e egoística da mesma. Agora estão em causa infrações relacionadas com as atividades de governo – com a governação em geral –, configurem elas crimes de direito comum ou crimes específicos. Tem-se verificado uma tendência para se considerarem apenas aquelas condutas transgressoras que envolvem bens e dinheiros públicos (que podem, portanto, inscrever-se nos crimes de corrupção, de concussão, de desvio de dinheiros públicos). Esta é, porém, uma visão algo redutora, que deixa de fora ilícitos como o abuso de autoridade, o entrave à realização da justiça, os atentados à liberdade pessoal e os atentados à segurança nacional.

²² Fazem esta distinção BUSSY; POIRMEUR, 2010, p. 144-5.

²³ Artigo 9º (Atentado contra o Estado de direito) da Lei n. 34, de 16 de julho de 1987 (Crimes de Responsabilidade dos Titulares de Cargos Políticos).

²⁴ O autor alude aos atentados contra os órgãos constitucionais, não referindo especificamente a figura da justiça política objectiva (ver PADOVANI, 1982, p. 11).

²⁵ Exemplos extraídos (*Ibidem*, p. 25).





Resulta do exposto que no cometimento das infrações está patente uma motivação eminentemente pessoal e egoística. Estamos perante uma criminalidade política individual destinada à obtenção de vantagens pessoais, designadamente, mas não exclusivamente, de natureza económica. Efetivamente, o móbil pode ser político, consistindo no desejo de aumentar ou sedimentar o poder ou prestígio políticos do agente político. Em suma, não existe propriamente um fim político, embora haja exceções e ainda zonas cinzentas (por exemplo, desviar dinheiro para o respetivo partido ou para campanhas eleitorais).

Procurando extrair ilações de tudo o que foi dito, é possível sustentar que, *ratione personae*, a justiça política subjetiva interessa-se em particular pelos membros do poder executivo. Importa realçar que, mesmo que as infrações por eles cometidas não possuam um carácter político, no sentido de que obedecem a interesses pessoais e egoísticos, ainda assim, há que não esquecer, elas não deixam de ter uma coloração política, pois foram cometidas por governantes no exercício das suas funções e consubstanciam crimes contra a coisa pública.²⁶

Para concluir, e deixando de parte esta distinção entre justiça política objetiva e subjetiva, resta dizer que a generalidade, se não a totalidade das condutas que se acham sob a alçada da justiça política, não obstante a acima mencionada coloração política que as marca, possuem uma autónoma relevância penal. Talvez por isso tenha todo o sentido aceitar e afirmar que não existe uma justiça política ou dos políticos lado a lado com uma justiça civil, penal, administrativa ou militar; mas isto também não implica que haja uma jurisdição especial – uma jurisdição política – destinada a julgar apenas aqueles que exercem cargos políticos. O que existem são especificidades, em regra derrogações ao direito comum.

3.3 JUSTIÇA POLÍTICA EM SENTIDO RESTRITO

Como facilmente se pode intuir, a justiça política em sentido restrito coincide com a criminalidade governante e respeita tão-somente à dimensão subjetiva da justiça política.

Delimitado como foi inicialmente o conceito de titular de cargo político para o presente trabalho, e não querendo cair num discurso redundante sobre como deve ser entendida a justiça política em sentido restrito, cumpre, em jeito sumário, afirmar que, no domínio penal, ela caracterizou-se por sujeitar as infrações cometidas a um tratamento distinto daquele que é conferido pelo direito comum, o qual se reflete fundamentalmente ao nível da entidade competente para julgar (que não tem que ser um órgão judicial); do procedimento a seguir; das molduras penais a aplicar; e, eventualmente, da existência de garantias acopladas ao cargo político exercido.²⁷

4 JUSTIÇA POLÍTICA E REALIDADES MAIS OU MENOS PRÓXIMAS

4.1 JUSTIÇA POLÍTICA E RESPONSABILIDADE POLÍTICA

A justiça de que aqui se trata nada ou pouco tem que ver com a responsabilidade política. Com isto pretende dizer-se, em primeiro lugar, que a responsabilidade política,

²⁶ Ver CHARVIN, 1968, p. 429.

²⁷ Em sentido próximo, embora se refiram genericamente à justiça política, ver BUSSY; POIRMEUR, 2010, p. 140-1.





ainda que em algumas das suas modalidades (basicamente, a responsabilidade política institucional) possua elementos jurídicos, não é apurada pelos tribunais, através de um processo judicial. A função jurisdicional, típica dos tribunais, diz o direito (ou, cada vez mais, diz o que é o direito), não diz a política nem faz política. A responsabilidade política é um dos elementos que compõem a forma de governo, ganhando particular visibilidade no quadro daquelas que se baseiam numa separação flexível de poderes (sistemas parlamentares e sistemas mistos parlamentares-presidenciais). Esta última corresponde ao esquema organizatório de poder que existe num determinado país, o qual, partindo de uma certa concepção da separação de poderes (mais rígida ou mais flexível), define quais são os órgãos que exercem o poder político, que competências lhes foram atribuídas e como se relacionam reciprocamente.

Nos países em que foi consagrada uma forma de governo parlamentar ou mista parlamentar-presidencial existem vários mecanismos de apuramento da responsabilidade política, tais como a moção de censura, as comissões de inquérito, as interpelações, as questões escritas e orais ao Governo (ou respetivos ministros). Já nos países em que a preferência do legislador constituinte recaiu sobre uma concepção rígida da separação de poderes, como é manifestamente o caso dos países que optaram pelo presidencialismo como forma de governo, os esquemas de responsabilização política inter ou intraorgânica não foram propriamente privilegiados, tendo-se preferido assegurar a necessária legitimidade democrática dos dois órgãos que exercem o poder político (o presidente e o parlamento), deixando, assim, nas mãos do povo a faculdade de, através de eleições, responsabilizar (politicamente, ainda que se trate de uma responsabilidade política difusa) os seus representantes.

Em segundo lugar, pretende-se chamar a atenção para a circunstância de que a responsabilidade política, que tem como objetivo a remoção – ou mesmo tão só, segundo alguns, o enfraquecimento – do poder de um mau governante, não tem que assentar na prática de um ato ilícito, podendo, pelo contrário, basear-se numa conduta perfeitamente lícita. Mais ainda, pode dar-se o caso de uma mesma conduta propiciar simultaneamente uma responsabilidade política (porque politicamente censurável) e uma responsabilidade jurídica (porque ilícita), quase sempre se verificando uma confusão de responsabilidades, que, não raras vezes, ocasiona a anulação das duas.²⁸

4.2 JUSTIÇA POLÍTICA, JUDICIALIZAÇÃO DO PODER, CRIMINALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA

O fenómeno da judicialização (do poder e da sociedade) pode significar, segundo Royer, uma busca de poder da parte dos juízes ou uma busca da justiça por parte do público.²⁹

Com o primeiro significado, e, portanto, enquanto associada especificamente ao poder político, esta judicialização assume um alcance amplíssimo, absorvendo alguns dos fenómenos que descreveremos em seguida. Tida no segundo sentido

²⁸ Sobre a confusão dos dois tipos de responsabilidade, jurídico-penal e política, ver o nosso trabalho Responsabilidade política e responsabilidade jurídica: baralhar para governar. *Boletim da Ordem dos Advogados*, n. 27, jul./ago. 2003.

²⁹ ROYER, Jean-Pierre *apud* KALUSZYNSKI, Martine. La fonction politique de la justice: regards historiques. Du souci d'historicité à la pertinence de l'historicisation. In: LA FONCTION politique de la justice. Paris: ed. Jacques Comaille/Martine Kaluszynski, 2007. p. 3.



apontado, a judicialização não deve ser entendida forçosa e redutoramente como uma forma de afronta ao poder político. De forma genérica, e independentemente de qual a real intenção de quem lança mão da justiça e do direito, em especial do Direito Penal, contra os políticos, a judicialização significa que “a justiça se transforma num recurso político à disposição de todos”, e os tribunais passam a ser um “novo fórum político”; em suma, ela corresponde à vontade de “instaurar contrapoderes onde inicialmente não estavam previstos”, o que se tornou possível com as novas formas de mobilização social.³⁰

Atentando agora na criminalização da política, não obstante o respetivo conceito muitas vezes se apresentar como sinónimo do de politização da justiça, estamos perante dois fenómenos distintos – ainda que seja de se admitir a existência de espaços de interseção entre ambos. Em comum têm o facto de configurarem novas versões da justiça, ou, talvez melhor, da função jurisdicional. Mais concretamente, em ambos é notório o abandono, ainda que não total, da tradicional postura de neutralidade que caracteriza a atuação dos juizes. Porém, uma análise cuidada da rica fenomenologia política permite autonomizar e talhar duas figuras apesar de tudo distintas.

A criminalização da política pode ser entendida de dois modos. Numa primeira acepção, asséptica, significa que as condutas criminosas dos governantes no exercício das suas funções serão julgadas pela justiça penal ordinária, sem qualquer tipo de tratamento diferenciado, designadamente sem quaisquer derrogações ao direito penal comum, sejam elas mais benéficas ou prejudiciais para os mesmos.³¹ Esta absorção do político pelo direito penal não deve abarcar, por motivos óbvios, aquelas condutas que não configuram ilícitos, como sejam o erro político, a má opção política, etc.

Numa segunda acepção, que encerra um sentido claramente pejorativo ou, pelo menos, uma censura, a criminalização da política, que é uma forma (porventura a única) de judicialização da política, consiste na perseguição criminal dos políticos (v.g., deputados, senadores, ministros, autarcas), detonada pelas autoridades judiciais, que recusam ser meras espetadoras passivas da vida política, e em especial da atuação dos governantes. Perante a inoperância cada vez mais evidente dos mecanismos de apuramento da responsabilidade política, como as moções de censura, as interpelações e as comissões de inquérito, o poder judicial lança mão das suas armas e procura pela via da função jurisdicional forçar ou determinar a destituição dos governantes. O exemplo mais acabado deste fenómeno é a operação Mãos Limpas, impulsionada pelo Ministério Público de Milão na década de 90, e destinada a “limpar” a cena política italiana de políticos corruptos.

A politização da justiça, por sua vez, consiste na assunção, por parte dos juizes, em particular dos juizes constitucionais, da função política, fundamentalmente a de legislar. De certa forma, eles vão substituir-se, ainda que pontualmente, ao legislador ordinário. Eles usam a justiça³² para fazer política (para interferir na governação) ou, se se preferir, para criar “novas posições de poder” (Kirchheimer),³³ que se auto-atribuem, no seio do sistema político. Em síntese, eles substituem a vontade dos órgãos que tradicionalmente exercem poder político pela sua própria vontade. Este fenómeno

³⁰ Cf. ROYER, p. 5.

³¹ Vide BEAUD, Olivier. La responsabilité politique face à la concurrence d’autres formes de responsabilité des gouvernants. *Pouvoirs: La responsabilité des gouvernants*, n. 92, 2000. p. 18.

³² A justiça e não a função jurisdicional, pois esta, pela sua própria definição, não envolve fazer política ou, por qualquer forma, servir de veículo para a adopção ou correcção de medidas políticas ou, mais genericamente, para questionar opções políticas dos governantes.

³³ Vide KIRCHHEIMER, Otto. *Political justice: the use of legal procedure for political ends*. Princeton: University Press, 1961. p. vii.



da politização da justiça assume várias facetas, como sejam a criação de direito *ex nihilo* e *ex novo* pelos juízes e o ativismo corretivo.³⁴

Já a politização da responsabilidade penal dos governantes se apresenta como um fenómeno não totalmente coincidente com os que acabámos de considerar. Agora, é a inexistência (sistemas presidenciais) ou a inoperância dos esquemas de responsabilização política (sistemas parlamentares ou mistos parlamentares-presidenciais) que caracteriza o fenómeno em análise, mas, diferentemente do que sucede com o fenómeno de criminalização da política, a perseguição penal é despoletada por atores políticos ou tem origem no próprio sistema político. O exemplo mais emblemático deste fenómeno de aproveitamento político da responsabilidade penal, em que a acusação pela prática de um crime comum é utilizada com o propósito de destruir uma figura política (em regra, um adversário ou opositor político) é, conforme já mencionado num trabalho anterior, o da politização do *impeachment*, particularmente visível no caso do ex-Presidente norte-americano Bill Clinton.³⁵

5 JUSTIÇA POLÍTICA E TRATAMENTO DIFERENCIADO DOS DECISORES POLÍTICOS

5.1 ORIGEM E PROBLEMAS QUE COLOCA

Segundo Díez-Picazo, o tratamento diferenciado dos ilícitos praticados pelos ministros no exercício das suas funções tem na sua origem a criação francesa da figura dos “delitos ministeriais”, contemporânea dos conturbados tempos revolucionários que marcaram o final do século XVIII. Uma tal figura surgiu como alternativa àquela outra da responsabilidade política do governo perante o parlamento a qual se impôs do outro lado da Mancha, e que consubstancia o aspeto essencial da forma de governo parlamentar. A rejeição genérica desta forma de organização política em França, em virtude sobretudo da separação flexível de poderes que lhe subjaz, arrastou consigo a recusa da ideia de prestação de contas do executivo ao parlamento. Com efeito, e como explica aquele autor, “recusar a confiança política a um ministro nomeado pelo Rei poderia ser visto como uma forma indireta de obrigar o Rei a demiti-lo”, o que constituiria um claro e inadmissível atentado à ideia de separação rígida de poderes.³⁶ A solução do tratamento diferenciado foi logo acolhida pela Constituição francesa de 1791, e, apesar de ter sido ditada por um circunstancialismo histórico-político muito específico, foi, ainda de acordo com Díez-Picazo, “mais um dos institutos que seria exportado para a generalidade dos países da Europa continental, podendo falar-se de uma tradição europeia-continental do tratamento diferenciado dos delitos cometidos pelos ministros no exercício das suas funções”.³⁷

³⁴ Ver, a este propósito, o nosso trabalho *Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade*. Coimbra, 2012.

³⁵ Já tivemos a oportunidade de alertar para os perigos, tanto da criminalização da política, como da politização da justiça, ambas consubstanciando, a nosso ver, situações de corrupção sistémica (Luhmann) – na medida em que o acoplamento estrutural é desvirtuado na sequência da destruição (ainda que parcial) da racionalidade própria de cada uma das esferas discursivas. Remetemos, novamente, para o nosso trabalho referenciado na nota 4.

³⁶ Tal como o era a possibilidade de uma mesma pessoa ser simultaneamente membro do parlamento e titular de um cargo governativo – situação possível, e no que concerne a certas pastas ministeriais exigível, na forma de governo parlamentar no seu figurino inglês. Os revolucionários franceses temiam que o Rei oferecesse cargos ministeriais aos parlamentares como uma forma de os corromper. Sobre esta questão ver, por todos, Díez-Picazo, 1996, p. 107 e ss.

³⁷ *Ibidem*, p. 112, 121.





Em termos também forçosamente simples, poderá dizer-se que a problemática do tratamento diferenciado dos titulares de cargos políticos no domínio criminal tem por detrás o confronto entre dois valores, cada um à sua maneira constitucionalmente protegido. De um lado, a igualdade perante a lei, que pode ser invocada para questionar um tal tratamento diferenciado. Do lado oposto, a funcionalidade da governação e a sua tutela, que o podem justificar. Como foi afirmado na Introdução, verifica-se hoje em dia uma tendência generalizada para deixar cair as especificidades que desde há muito acompanhavam a responsabilização criminal dos decisores políticos. Não obstante, e conforme assevera Aprati, não é possível uma assimilação total da justiça comum e da justiça dos políticos. A seu ver, “o princípio da igualdade de todos perante a lei e perante a jurisdição tem que continuar a ser balanceado com o princípio constitucional da garantia da função de governo”, além de que essa proteção há de ainda servir “para precaver contra um uso politicamente motivado da justiça para perseguir os ministros”.³⁸

5.2 A RAZÃO DO TRATAMENTO DIFERENCIADO

Em jeito antecipatório, é importante esclarecer que, ultrapassado que está o contexto histórico que o viu nascer, o tratamento diferenciado da criminalidade governante não deve buscar o seu fundamento jurídico-político numa especial periculosidade ou no alarme social associado às suas condutas (fatores que já serão determinantes a propósito de um outro tipo de criminalidade política, como é manifestamente o caso do terrorismo). O fundamento tem mais que ver com as insuficiências da justiça comum para lidar com os crimes cometidos pelos decisores políticos no exercício das suas funções. De facto, o julgamento destes casos requer uma leitura política dos mesmos, e, outrossim, um tratamento e sancionamento exemplares dos perpetradores. Ora, a justiça comum nem sempre está aberta ou é sensível a estas considerações.

5.2.1 A necessidade de uma leitura política

Na realidade, resulta mais fácil delimitar o que não pode ser entendido como a indispensável leitura política dos casos que envolvem a prática de crimes por decisores políticos.

Não se trata, por exemplo, de levar a cabo um juízo de valor sobre um governante (é um bom ou mau político?), ou de analisar a bondade dos seus comportamentos políticos (teve um bom ou mau desempenho), ou de analisar a oportunidade e acerto das opções políticas por ele adotadas (as medidas foram arriscadas, erradas?), ou ainda de avaliar as consequências das medidas políticas concretizadas (as boas ou más consequências delas), etc. Todo este tipo de juízos cabe no domínio da responsabilidade política, assacada independentemente de qualquer controlo judicial (embora haja uma tendência para confundir responsabilidade jurídico-penal e responsabilidade política, desde logo porque não raras vezes o comportamento de um ator político pode dar origem a ambas).

Arriscando uma aproximação à ideia do que seja a necessidade de uma leitura dos casos relativos a crimes cometidos por governantes, poder-se-á afirmar, antes de tudo, que a responsabilidade dos governantes não pode ser medida apenas pelo

³⁸ Cf. APRATI, Roberta. Il procedimento per i reati ministeriali: i conflitti di attribuzione per «usurpazione» e per «menomazione» fra giudice ordinari e assemblee parlamentari. *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2, 2012. p. 37. Disponível em: <www.penalecontemporaneo.it>. Acesso em: 29 mar. 2013.



ato ilícito (pelo crime) praticado. Mas também não se deve cair no extremo oposto, sendo igualmente de rejeitar, como bem assinala Padovani, a ideia de que a lesividade dos comportamentos seja apurada exclusivamente ou maioritariamente com base em considerações de ordem política.³⁹ Basicamente, o que sucede é que no julgamento de um ilícito cometido por um governante terão que entrar na equação considerações de ordem política e considerações de ordem ética.⁴⁰

A propósito das primeiras, o que interessa fundamentalmente é ter em conta o contexto político que enlaça a conduta do governante. A título ilustrativo, e apesar de não ser o melhor exemplo, na medida em que não tem que ver especificamente com governantes, refira-se a questão da expulsão de três militantes do Partido Comunista Português (PCP) na sequência de uma série de entrevistas a meios de comunicação social portugueses e estrangeiros que estes protagonizaram – a qual seria tratada em vários arestos do Tribunal Constitucional português (TC), com particular destaque para o Acórdão n. 185/2003. De forma bastante sintética, os ditos militantes do PCP pretendiam impugnar a pena de expulsão. Como acertadamente entendeu o TC, esta questão não poderia ser julgada como se de uma simples colisão de direitos se tratasse; nomeadamente, a liberdade de expressão dos militantes não poderia ser analisada e avaliada de forma descontextualizada, divorciada do facto de eles serem membros de um partido – o qual, em virtude das declarações dos seus militantes, poderá ver comprometidos os seus objetivos políticos, o primeiro deles sendo alcançar o poder.

Quanto às considerações de ordem ética, é importante perceber que o controlo judicial não pode deixar de ter uma componente, ainda que mínima, de avaliação e juízo éticos. Por exemplo, quando um governante usa os meios que tem à sua disposição para cometer crimes (v.g., peculato), ou quando, com o mesmo fim, utiliza a sua posição de governante para a obtenção de fins ilícitos (v.g., tráfico de influências), não restarão dúvidas de que o parâmetro de avaliação da conduta não pode ser estritamente jurídico.

Em nosso entender, o tipo de ética mais imediatamente associado à criminalidade de governante é a ética pessoal. Efetivamente, a ética pessoal tem em consideração “a necessidade de que aqueles que exercem cargos políticos sejam portadores de atributos como a dignidade, o brio, a honradez, a rectidão”. Ora, a “prática de actos ilícitos, na medida em que choca frontalmente com esses valores [...], apresenta-se, certamente, como muito pouco ética e, nesse sentido, reprovável, para além da censura penal qualquer que ela seja”. Mas, em última análise, poderá estar igualmente em causa a ética institucional. Para que o desempenho de um mandato ou cargo político sejam eticamente justificados do ponto de vista institucional torna-se necessário que seja “um desempenho correcto, independente, digno, sério e constitucionalmente adequado”. Sucedem que quando está em causa o cometimento de um crime no exercício das funções dificilmente não se verificarão desvios a essa correção, independência, dignidade, seriedade e adequação constitucional no desempenho do mandato ou cargo.⁴¹

Ainda em termos de juízo ético, é correto afirmar-se que a ética associada ao cometimento de crimes já está em larga medida normativizada. Mas também não deixa de ser correto asseverar que nem todas as condutas eticamente reprováveis

³⁹ Neste exato sentido ver PADOVANI, 1982, p. 23.

⁴⁰ Sendo certo que alguns juízos de valor políticos já encerram em si uma componente de ética.

⁴¹ Sobre a distinção entre ética pessoal e ética institucional ver a nossa intervenção no COLÓQUIO ÉTICA E POLÍTICA, 2006, Lisboa. [Ética e política]. Lisboa: Assembleia da República, 2008. p. 42-3.





estão já tipificadas em lei, e nem, sobretudo, que quando são os decisores políticos a cometer os crimes se torna imperioso utilizar uma dosagem de ética diferente para atacar a patologia.

Para finalizar, é conveniente fazer uma última observação que julgamos pertinente. A leitura política dos casos de criminalidade governante não deve apagar ou minorar a ofensa a um determinado bem juridicamente tutelado. Não obstante, estamos em crer que o que tem ocorrido na prática é que a leitura política de tais casos tanto pode funcionar como “circunstância atenuante”, como enquanto “circunstância agravante”. Pense-se, por exemplo, num insulto proferido contra um adversário político num comício, em plena campanha eleitoral, ou no parlamento, no decurso de um debate acirrado sobre um qualquer tema fraturante. É natural que se na apreciação da conduta do governante for tido em conta o contexto político em que ela ocorreu, isso funcionará como circunstância atenuante. Já a consideração de que houve um aproveitamento das funções públicas exercidas para cometer um crime (v.g., desvio ou apropriação ilícita de fundos) não poderá deixar de funcionar como circunstância agravante, podendo determinar uma maior severidade na punição.

5.2.2 A necessidade de um sancionamento exemplar

O sancionamento exemplar será o correspondente do dever de exemplaridade que se impõe aos políticos em geral e aos decisores políticos em particular.

Esta questão não se colocaria se governar fosse a atividade de uma elite virtuosa. Mas nem sequer merece a pena interrogarmo-nos se estamos a falar de utopias, pois a verdade é que, como bem sublinham Bussy e Poirmeur, “uma vez estabelecido o sufrágio universal, parece difícil, se não impossível, impor critérios de elegibilidade fundados na posse de competências particulares”⁴².

Regressando ao dever de exemplaridade, cumpre antes de tudo mencionar que o mesmo não se reconduz exclusivamente ao dever de respeitar e cumprir as leis.

De igual modo, é bom que se diga, ele não deve restringir-se à exigência de um bom comportamento moral ou eticamente irrepreensível semelhante ao que se aplica ao comum dos mortais. Há que ter a consciência de que um comportamento eticamente censurável de um decisor político não tem a mesma repercussão social (além da política, obviamente) que terá idêntico comportamento se praticado por um cidadão comum.

6 OBSERVAÇÕES CONCLUSIVAS

Chegados a este ponto, e quando se aproxima o momento de colocar um ponto final nas nossas deambulações teóricas pela justiça política, é hora de retomarmos o “caso” que as inspirou. Não sem antes tecer mais algumas considerações sobre o tema que nos trouxe até aqui.

Durante muito tempo, a justiça funcionou como a *longa manus* dos monarcas, estando comprometidas quaisquer possibilidades de independência e neutralidade da atuação dos juizes. Num tempo mais próximo de nós, e já liberta do jugo monárquico, a justiça desempenharia, como justamente assinala Kaluszynski, “um papel de contrapeso ao qual uma instituição garante do direito legitimamente pode aspirar” – a

⁴² Cf. BUSSY; POIRMEUR, 2010, p. 30-1.



mesma instituição que não mais se ajoelharia “às exigências do poder”.⁴³ Hoje em dia, pode afirmar-se, sem o perigo de se descortinar nas nossas palavras qualquer pré-compreensão ideológica ou política, que o direito e a justiça se tornaram armas privilegiadas e onnipresentes no combate político. Convocando novamente Kaluszyński, o direito “reforça a legitimidade dos argumentos trocados”.⁴⁴ Não desejando merecer a acusação de falta de criatividade discursiva, não podemos, porém, deixar de fazer nossas as palavras desta autora que tão bem retratam o actual *status quo*: “Estamos num contexto em que os juízes afrontam o político e o público aplaude”.⁴⁵ Este aplauso popular, todavia, não deve ser visto como uma nova fonte de legitimidade democrática, propiciadora de uma função política dos juízes (que não deve confundir-se com a função política do direito).

Mas, como já dito, não foi esta questão que nos moveu inicialmente. A questão que interessa é uma outra, que pode ser formulada da seguinte maneira: que dizer da constitucionalidade da norma que proíbe a intervenção de um tribunal de júri em julgamentos que envolvam titulares de cargos políticos?

Já tivemos a oportunidade de abordar esta questão num trabalho anterior, para o qual remetemos oportunamente.⁴⁶ Aí recordámos que na França revolucionária foi admitido o tribunal de júri para julgar figuras associadas ao regime derrubado ou a uma determinada facção revolucionária. Esta possibilidade, porém, constituía uma forma de limitação do poder judicial, justificada pela desconfiança e animosidade que então se faziam sentir em relação aos juízes. Chegados ao século XXI, não parece haver razões para desconfiar da neutralidade, da imparcialidade e da independência do poder judicial quando se trata de julgar titulares de cargos políticos. Já quanto ao julgamento dos mesmos por jurados populares, reiteramos aqui o que afirmámos outrora: “uma justiça política realizada por cidadãos seria inevitavelmente uma justiça orientada por motivações políticas, não possuindo a generalidade dos cidadãos conhecimentos jurídicos e não apresentando a generalidade dos cidadãos garantias de independência capazes de neutralizar as respectivas orientações políticas e de assegurar um juízo objectivo”.⁴⁷

REFERÊNCIAS

AMATO, Giuliano. Nuove tendenze nella formazione degli atti governativi di indirizzo. *Giurisprudenza Costituzionale*, ano 37, fasc. 4, jul./ago. 1992.

APRATI, Roberta. Il procedimento per i reati ministeriali: i conflitti di attribuzione per «usurpazione» e per «menomazione» fra giudice ordinari e assemblee parlamentari. *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2, 2012. p. 37. Disponível em: www.penalecontemporaneo.it. Acesso em: 29 mar. 2013.

BEAUD, Olivier. La responsabilité politique face à la concurrence d’autres formes de responsabilité des gouvernants. *Pouvoirs: la responsabilité des gouvernants*, n. 92, 2000.

⁴³ Ver KALUSZYNSKI, 2007, p. 6.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Ver nota 4.

⁴⁷ Ver nota 4.





BIDÉGARAY, Christian. Le principe de la responsabilité fondement de la démocratie. Petite promenade dans les allées du «jardin des délices démocratiques». *Pouvoirs: la responsabilité des gouvernants*, n. 92, 2000.

BUSSY, Florence; POIRMEUR, Yves. *La justice politique en mutation*. Paris, 2010.

CHARVIN, Robert. *Justice et politique: evolution de leurs rapports*. Paris, 1968.

COLÓQUIO ÉTICA E POLÍTICA, 2006, Lisboa. [*Ética e política*]. Lisboa: Assembléia da República, 2008.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. *La criminalidad de los gobernantes: las letras de Drakontos*. Barcelona, 1996.

KALUSZYNSKI, Martine. La fonction politique de la justice: regards historiques. Du souci d'historicité à la pertinence de l'historicisation. In: LA FONCTION politique de la justice. Paris: ed. Jacques Comaille; Martine Kaluszynski, 2007.

KIRCHHEIMER, Otto. *Political justice: the use of legal procedure for political ends*. Princeton: University Press, 1961.

OAKESHOTT, Michael. *Moralidade e política na Europa moderna: as conferências de Harvard*. Lisboa: Século XXI, 1995.

PADOVANI, Tullio. Bene giuridico e delitti politici: contributo alla critica ed alla riforma del Titolo I, Libro II C.P. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, anno 25, 1982.

PORTELLI, Hugues. La pénalisation de la vie politique. *Pouvoirs: la pénalisation*, n. 128, 2008.

PORTUGAL. *Lei n. 34, de 16 de julho de 1987*. Crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=281A0009&nid=281&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao=>>. Acesso em: jul. 2016.

URBANO, Maria Benedita. Apontamentos esparsos sobre a responsabilidade dos governantes. In: ESTUDOS em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Coimbra, 2012. vol. II

_____. Responsabilidade política e responsabilidade jurídica: baralhar para governar. *Boletim da Ordem dos Advogados*, n. 27, jul./ago. 2003.

_____. *Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade*. Coimbra, 2012.



DEMOCRACIA, CIDADANIA E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE: MEDIDAS DE DISCRIMINAÇÃO POSITIVA E A PRESENÇA DA MULHER NA POLÍTICA

Samille Lima Alves*

Lucineide Barros Medeiros**

RESUMO

Este trabalho analisa a democracia, a cidadania, o princípio da igualdade e as medidas de discriminação positiva, sob a ótica da discriminação histórica da mulher, seu distanciamento da política, das lutas travadas, dos direitos conquistados e dos problemas sociais ainda não superados. O artigo visa a analisar as ações afirmativas e seu papel na superação ou na diminuição das diferenças havidas entre homens e mulheres. Foi realizada pesquisa bibliográfica em livros e periódicos científicos diversos. Observou-se que o acesso às instâncias democráticas ainda está limitado às minorias, das quais as mulheres fazem parte, e que, a despeito do título de cidadãs, não participam ativamente das instâncias de poder político em igualdade com os homens. Observou-se, ainda, que as ações afirmativas surgiram como forma de efetivar o princípio constitucional da isonomia e de possibilitar igualdade de condições entre os grupos historicamente segregados e os dominantes. Apesar da representação feminina no comando de cargos políticos não ser expressiva, as ações afirmativas de gênero deram visibilidade ao problema. Promover a inserção da mulher na política possibilita a construção de um regime democrático inclusivo e a efetivação da cidadania, trazendo benefícios a toda a sociedade e servindo como incentivo a todos os que almejam exercer plenamente sua condição de cidadão, independentemente de cor, condição financeira, gênero ou qualquer outro caractere discriminatório.

Palavras-chave: Democracia e cidadania. Princípio constitucional da igualdade. Ações afirmativas. Mulher na política.

ABSTRACT

This paper analyzes democracy, citizenship, the principle of equality and positive discrimination measures, from the perspective of historical discrimination against women, its detachment from politics, waged struggles, rights conquered and social problems not overcome yet. The article aims to analyze the affirmative actions and their function in overcoming or reducing the differences occurred between men and women.

*Advogada, Pós-graduanda em Direito Civil pela Universidade Anhanguera, Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Piauí.

**Professora da Universidade Estadual do Piauí, Doutora em Educação pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (RS).





Literature research was performed in several books and journals. It was noticed that the access to democratic institutions is still limited to minorities, of which women are a part, and that, despite the title of citizens do not actively participate in the instances of political power equally with men. It was observed also that affirmative actions have emerged as a way to effect the constitutional principle of equality and enable equal conditions between groups historically segregated and the dominant groups. Although the representation of women in charge of political positions not be significant, the affirmative actions of gender gave visibility to the problem. Promote the inclusion of women in politics allows the construction of an inclusive democracy and effective citizenship, bringing benefits to the whole society and serving as an incentive to all who aspire to fully exercise their citizen status, regardless of color, financial status, gender or any other discriminatory character.

Keywords: Democracy and citizenship. Constitutional principle of equality. Affirmative actions. Women in politics.

1 INTRODUÇÃO

O regime democrático originou-se nas civilizações grega e romana. Entende-se que tal regime tem fundamento histórico pautado na exclusão, pois nem todos os indivíduos eram considerados cidadãos, excluindo-se diversos grupos, tais como negros, estrangeiros, crianças e mulheres. A democracia modificou-se no transcurso dos séculos, até sua caracterização atual, como um sinônimo ocidental de liberdade de expressão, participação e possibilidade do indivíduo intervir nos rumos de sua sociedade.

Intrinsecamente ligado à democracia tem-se a cidadania, que diz respeito à participação integral do indivíduo na comunidade política. Esse termo é geralmente associado à inclusão, entretanto, no que tange as mulheres e outros grupos sociais historicamente marginalizados, a cidadania não era inclusiva. Até poucas décadas, a mulher garantiu seu direito de voto e de ser votada, de poder se lançar no mercado de trabalho, entre outras conquistas.

Apesar das garantias dispostas em constituições, convenções internacionais e legislações aprovadas durante o século XX, nem todos têm acesso efetivo às instâncias de poder no sistema democrático representativo, não porque lhes seja vedado, mas pelas dificuldades inerentes ao acesso, existindo aqueles que, em razão da influência que possa exercer, ostentam maiores oportunidades de chegar ao poder.

As mulheres são minoria nos parlamentos de todo o mundo. E, buscando reparar e superar esse problema, as medidas de discriminação positiva de gênero surgiram e foram adotadas por diversos países, com o objetivo de efetivar a garantia de igualdade entre homens e mulheres na política.

Em 1995, o legislador brasileiro, após longas discussões, adotou as cotas de gênero na política. Desde então, outras medidas dessa natureza foram adotadas, sem, contudo, acarretar mudanças essenciais na baixa representação política da mulher brasileira. Tais medidas foram, e ainda são, duramente criticadas, tanto pelo que representam, como pelos resultados práticos delas advindos.

Neste trabalho, buscou-se analisar democracia e cidadania sob o enfoque da



exclusão das mulheres, bem como tratar da origem histórica das ações afirmativas, que perpassa a mudança significativa e essencial do entendimento do princípio constitucional da igualdade, que fundamenta a aplicação das medidas de discriminação positiva, o contexto histórico brasileiro da luta das mulheres até a adoção das cotas de gênero na política e, por fim, fazer um aparato das principais críticas e considerações feitas às ações afirmativas para mulheres.

2 CIDADANIA, DEMOCRACIA E PARTICIPAÇÃO DA MULHER NA POLÍTICA

2.1 ENTENDENDO A DEMOCRACIA E SEUS FUNDAMENTOS

A democracia vem do grego *demokratia*, que significa governo do povo. Essa forma de governo, surgida na Grécia antiga, permitia a participação direta do cidadão nas decisões políticas de sua *polis*. E por cidadão se entendia apenas o homem, maior de 21 (vinte e um) anos e natural da cidade. Logo, excluíam-se as mulheres, os escravos, os estrangeiros e as crianças do exercício da democracia.

A democracia sofreu alterações ao longo dos séculos, ganhando contornos marcantes após o surgimento dos Estados na modernidade e o advento do liberalismo. Assim, a tarefa de definir o tema em comento não é simples. Contudo, exporemos adiante alguns conceitos.

Para José Afonso da Silva,¹ a democracia é um meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, traduzidos basicamente nos direitos fundamentais do homem e revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. O autor considera ainda que a democracia é um instrumento de realização, no plano prático, dos valores da igualdade e da liberdade e que a soberania popular (o povo é a única fonte do poder) e a participação direta ou indireta do povo no poder (expressão da vontade popular) são dois princípios elementares em que a democracia deve se fundamentar.

Os princípios da maioria, da igualdade e da liberdade são considerados, em regra, como as bases de uma democracia, ou seja, será democrático o regime em que as decisões são tomadas, mesmo que não em sua literalidade, pela maioria, absoluta ou relativa, dos cidadãos, que são tratados como iguais perante a lei e cuja liberdade emerge como garantia da livre expressão. Entretanto, esses princípios não estão imunes às críticas e às discordâncias.

Norberto Bobbio considera a democracia como “um conjunto de regras que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos”. Para o mencionado autor, tais deliberações são tomadas por indivíduos e só vinculam um grupo quando tomadas em obediência a certos ditames e, para a concretização da democracia, não basta a participação de muitos cidadãos no processo democrático, ou mesmo a maioria, pois:

[...] é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra. Para que se realize esta condição é necessário que aos chama-

¹ SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 125-131.





dos a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc. — os direitos à base dos quais nasceu o estado liberal e foi construída a doutrina do estado de direito em sentido forte, isto é, do estado que não apenas exerce o poder *sub lege*, mas o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos “invioláveis” do indivíduo.²

Marilena Chauí³ considera que a aceitação da definição liberal da democracia reduz o termo à noção de um regime político eficaz, baseado na ideia de cidadania organizada em partidos políticos, e se manifesta no processo eleitoral de escolha dos representantes, na rotatividade dos governantes e nas soluções técnicas para os problemas econômicos e sociais. Discordando desse posicionamento, a autora conclui que uma sociedade é democrática quando:

[...] além de eleições, partidos políticos, divisão dos três poderes da República, respeito à vontade da maioria e das minorias, institui algo mais profundo, que é condição do próprio regime político, ou seja, quando institui direitos e essa instituição é uma criação social, de tal maneira que a atividade democrática social se realiza como um contrapoder social que determina, dirige, controla e modifica a ação estatal e o poder dos governantes.⁴

A própria abrangência do termo “povo” é controversa. Na vivência da democracia, a prática política dos grupos que disputam os espaços políticos, defendendo os interesses de seus componentes, tende a superar a noção de defesa geral dos interesses do povo, visto que o que importa a determinada classe não condiz necessariamente com o desejo da população. Para Norberto Bobbio, os indivíduos deixaram de ser as principais figuras da democracia, visto que:

Não existe mais o povo como unidade ideal (ou mística), mas apenas o povo dividido de fato em grupos contrapostos e concorrentes, com a sua relativa autonomia diante do governo central (autonomia que os indivíduos singulares perderam ou só tiveram num modelo ideal de governo democrático sempre desmentido pelos fatos).⁵

José Afonso da Silva⁶ entende que o critério da maioria não passa de uma técnica de que se serve a democracia para tomar decisões governamentais em razão de um suposto interesse geral, que depende do momento histórico e que corresponde na realidade ao posicionamento da minoria dominante.

Atualmente, a democracia representativa não comporta a participação de todos os cidadãos, simultaneamente e de forma ativa, nas instâncias de decisão política, pois o acesso geralmente se restringe àqueles indivíduos que sustentam um considerável capital político, enquanto a participação do cidadão comum normalmente limita-se às eleições periódicas. Nesse sentido, Luis Felipe Miguel explica que:

² BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 20.

³ CHAUI, Marilena. *Cultura e democracia*. 2. ed. Salvador: Secretaria de Cultura, Fundação Pedro Calmon, 2009. (Coleção Cultura é o quê?). vol. 1, p. 52.

⁴ *Ibidem*, p. 56-57.

⁵ BOBBIO, 1986, p. 23.

⁶ SILVA, 2005, p. 129-130.



No final das contas, o que se busca com a exaltação dos representantes autoinstituídos é um atalho para a resolução dos problemas relativos à participação e representação políticas – problemas que passam, sim, pela baixa qualificação média dos cidadãos. Mas em vez de enfrentá-los, promovendo a ampliação da capacidade de interlocução política das pessoas comuns, isto é, buscando a redistribuição do capital político, opta-se por sua substituição por agentes bem intencionados, que se colocam numa posição paternalista em relação a estas pessoas.⁷

Lênio Streck e José Luís Morais⁸ explicam que a democracia nasce com a formação da sociedade organizada e do Estado, num lento processo de conquistas de liberdades e de direitos humanos. Contudo, a América Latina não tem sido modelo, tendo em vista o histórico recente de regimes ditatoriais, cujos efeitos ainda são sentidos, bastando para tanto a análise da desigual distribuição de renda, as fraudes eleitorais, a representatividade desproporcional nos parlamentos e as violações constitucionais.

Para Walfrido Menezes,⁹ o contexto democrático brasileiro não é vivenciado com a mesma intensidade por todos os cidadãos, uma vez que grande parte dos segmentos sociais não participa na mesma condição de acesso aos direitos e às vivências proporcionadas pela sociedade.

É sabido que as mulheres nem sempre foram abarcadas pelo sistema democrático, que foram vetadas por muitos séculos de ocuparem espaços públicos e políticos, por diversas razões, tais como a crença na inferioridade física e mental, na incapacidade para a vida pública e no papel essencialmente reprodutor. As consequências dessa exclusão secular se refletem, ainda atualmente, com a escassa presença feminina nos parlamentos de todo o mundo.

2.2 A CIDADANIA E SEU CONCEITO FUNDADO NA EXCLUSÃO FEMININA

A cidadania é, segundo o conceito clássico de Thomas Marshall,¹⁰ a participação integral do indivíduo na comunidade política. Relaciona-se com a democracia no que tange à possibilidade de participação de qualquer do povo na política. *A priori*, não se concebe democracia sem que alguém do povo possa ocupar os espaços políticos.

Em regra, associa-se cidadania à ideia de inclusão. Entretanto, para Clara Araújo, o termo deve ser visto também sob a ótica da exclusão, pois:

O próprio recorte que define a condição geral de cidadão, o estado-nação, já se constitui como exclusão – exclusão dos que não pertencem originalmente a esse espaço, por exemplo. Em outros termos, o modo como essa categoria ou dimensão se construiu tem produzido formas contraditórias, mesmo antinômicas, nos experimentos da democracia representativa.¹¹

⁷ MIGUEL, Luis Felipe. *Autorização e accountability na representação democrática*. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL DE TEORIA POLÍTICA, 2, 2012, São Paulo. *Anais eletrônicos*. São Paulo: USP, 2012. p. 9.

⁸ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 101

⁹ MENEZES, Walfrido Nunes de. Mulheres (in)visíveis: um estudo da representação social sobre a cidadania feminina. *Emancipação*, Ponta Grossa, v. 7, n. 2, p. 87-114, 2007. p. 88.

¹⁰ AMORIM, Maria Salete Souza de. Cidadania e participação democrática. In: SEMINÁRIO NACIONAL MOVIMENTOS SOCIAIS, PARTICIPAÇÃO E DEMOCRACIA, 2, 2007, Florianópolis. In: *Anais...* Florianópolis, 2007. p. 367.

¹¹ ARAÚJO, Clara. Cidadania democrática e inserção política das mulheres. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 9, p. 147-168, set./dez. 2012. p. 151.





No regime democrático, pressupõe-se que os cidadãos participaram ou aceitaram o pacto fundante da nação ou de uma nova ordem jurídica, e possuem direitos e deveres fixados pelo ordenamento jurídico, ligando-se ao Estado pela nacionalidade, devendo obediência ao mesmo.¹² No cenário nacional, embora tenham o direito à organização, à livre expressão de opiniões e interesses e à participação nas decisões políticas, as condições que estimulam e proporcionam essa participação são precárias e até ausentes, o que é bastante prejudicial para o fortalecimento das instituições democráticas brasileiras.¹³

Não obstante as modificações sociais promovidas no último século, o acesso aos espaços decisórios, como sujeitos ativos, pela maioria da população, permanece difícil. Nota-se, na história recente, certo afastamento e repúdio da população dessa esfera, face à multiplicação dos escândalos de corrupção. Nesse sentido, Maria Benevides afirma:

[...] nunca tivemos reformas sociais visando à cidadania efetivamente democrática. Nossa festejada modernização conservadora empreendeu reformas institucionais (ampliação de direitos políticos e liberdades de associação partidária), reformas econômicas (no setor financeiro) e reformas sociais (leis trabalhistas impostas pela ditadura Vargas). Mas não se mudou, no sentido democrático, o acesso à justiça e à segurança, a distribuição de rendas, a estrutura agrária, a previdência social, educação, saúde, habitação etc. A cidadania permaneceu parcial, desequilibrada, excludente. Direitos ainda entendidos como privilégios — só para alguns, e sob determinadas condições.¹⁴

A mulher não era considerada cidadã, consoante o conceito de cidadania do filósofo inglês John Locke, concebido no século XVII, sob a ótica burguesa e condicionado à propriedade. Com o casamento, trocava-se a “liberdade” familiar pela proteção e sustento do marido. A mulher foi gradativamente alijada da esfera pública e da possibilidade de obter autonomia quanto à própria manutenção, com o crescimento da individualidade burguesa.¹⁵

A inclusão da mulher no cenário da cidadania ativa — aquela que, na definição de Maria Benevides,¹⁶ institui o cidadão como portador de direitos e deveres — trouxe o debate sobre os fundamentos da democracia e das consequências do patriarcalismo, bem como a problemática dessa inserção feminina na vida pública e as dificuldades sofridas até hoje. A expressão cidadania das mulheres, de acordo com Clara Araújo,¹⁷ tornou-se praticamente um mantra ao qual se recorre para salientar desigualdades e desvantagens, demandar direitos, pensar e propor políticas públicas.

¹² BENEVIDES, Maria. Cidadania e democracia. *Lua Nova*, São Paulo, n. 33, ago. 1994.

¹³ AMORIM, 2007, p. 368.

¹⁴ BENEVIDES, *op. cit.*

¹⁵ BELLOZO, Edson. *Mulher e Política*: um estudo sobre os projetos de lei referentes à mulher e gênero apresentados pelas deputadas e senadoras nas décadas de 1990 e 2000. 2006. 361f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2006. p. 39-40.

¹⁶ BENEVIDES, *op. cit.*

¹⁷ ARAÚJO, 2012, p. 152.



Existem autores que questionam a utilidade dessa medida para introduzir as mulheres nas instâncias decisórias, tendo em vista sua gênese excludente, a despeito do sentido atual abranger as minorias outrora preteridas. Edson Bellozo¹⁸ considera que há um grande dilema sobre a cidadania: aceitá-la da maneira masculinizada, como se apresenta, ou lutar para se alcançar uma cidadania que abarque as especificidades inerentes à condição de mulher?

Clara Araújo afirma:

A questão é a de saber em que medida um conceito originalmente construído com base na exclusão das mulheres pode ser reformulado de maneira satisfatória para “incluir as mulheres, mais do que simplesmente acrescentá-las”. E, em sendo possível tal feito, como, ao mesmo tempo, garantir pleno reconhecimento de suas diferentes e mutantes identidades? Um ideário plenamente democrático implicaria inclusão equitativa das mulheres. Mas, para muitos autores, a cidadania parece não responder de fato a essa inclusão por um erro de origem.¹⁹

Por sua vez, existem os que defendem uma reconfiguração da democracia, dentre os quais citamos Eleni Varikas,²⁰ que sustenta a necessidade de sua refundação, dando-lhe novos fundamentos, base moral e uma política que corresponda às necessidades dos seres humanos. A acomodação não seria suficiente. Deve-se tomar como ponto de partida a sujeição de gênero. Porém, a autora questiona se as mulheres darão às próprias reivindicações uma conotação universal e formularão as exigências da própria autonomia, ou se serão seduzidas novamente pela lógica de um sistema cuja existência se curva às evidências.

Clara Araújo²¹ entende que as contradições constitutivas da natureza da cidadania não impossibilitam uma crítica da exclusão e uma ação ativa pró-inclusão, tanto como análise teórica, como também na condição de categoria de prática política que orienta demandas por direitos e agregações.

Alberto Meluci²² atenta para o fato de que, na maioria das vezes, as estruturas de subordinação direcionadas e assimiladas penetram a memória das sociedades humanas, levando-as a serem assumidas como naturais. Uma vez assimiladas, implantadas na consciência, complexo será um rompimento. Mesmo que as discriminações sejam reconhecidas pelos outros e surjam propostas de mudanças, o processo já está assimilado e incorporado ao cotidiano dos seres humanos.

Diante disso, é importante refletir sobre a validade das políticas adotadas no intuito de promover a inclusão feminina na política, pois o quadro constante de sub-representação atual da mulher demonstra que ou essas medidas falharam em seu intento ou são insuficientes para resolver ou minimizar o problema.

¹⁸ BELLOZO, *op. cit.*, p. 44.

¹⁹ ARAÚJO, *op. cit.*, p. 156.

²⁰ VARIKAS, Eleni. Refundar ou reacomodar a democracia? Reflexões críticas acerca da paridade entre os sexos. *Estudos Feministas*, v. 4, n. 1, p. 65-94, 1996. p. 82.

²¹ ARAÚJO, *op. cit.*, p. 153.

²² MELUCI, Alberto. *A invenção do presente: movimentos sociais nas sociedades complexas*. Petrópolis: Vozes, 2001.



3 DAS MEDIDAS DE DISCRIMINAÇÃO POSITIVA PARA MULHERES NA POLÍTICA

3.1 AÇÕES AFIRMATIVAS: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E CLASSIFICAÇÃO

Para Álvaro Ricardo de Souza Cruz,²³ as ações afirmativas são uma necessidade temporária de correção de rumos na sociedade, um corte estrutural na forma de pensar, uma maneira de impedir que as relações sociais, culturais e econômicas sejam deterioradas em função da discriminação. Negar essas ações significa negar a existência da própria discriminação ou as conquistas que elas trouxeram.

Selênia Silva²⁴ define ações afirmativas como todas as medidas privadas ou de políticas públicas, objetivando soerguer determinados seguimentos da sociedade que sofreram discriminações ou injustiças sociais para que possam ter as mesmas oportunidades. Podem ser compulsórias ou facultativas e tem sempre caráter temporário, porque deixam de existir quando cumprem com o papel previamente definido. No plano político, compreendem a busca da igualdade efetiva e concreta, materializando-se em medidas que levam em conta as particularidades das minorias e de membros pertencentes a grupos em desvantagens por processos históricos de segregação, exclusão e violência, levados a cabo por políticas de estado segregacionistas. Há, com isso, a superação da igualdade formal, donde bastaria a aplicação das mesmas regras de direito para todos, pois tratar igualmente os desiguais é perpetuar a desigualdade.

Joaquim Barbosa Gomes e Fernanda da Silva²⁵ consideram que essas ações são políticas públicas (e privadas) que visam a concretização da igualdade substancial ou material, além da neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física.

Isto posto, podemos conceituar ações afirmativas da seguinte forma: são medidas tomadas pelo poder público ou pela iniciativa privada, compulsórias ou não, que visam a aplicação fática do princípio constitucional da isonomia, tratando de prover a igualdade de condições para grupos minoritários, que, por razões diversas, sempre estiveram à margem, sofrendo com a discriminação e a rejeição da sociedade, facilitando, assim, o acesso destes às instâncias, aos locais e aos poderes antes impensáveis.

De acordo com Daniel Sarmento,²⁶ as ações afirmativas podem ser fundamentadas em quatro justificativas: a) justiça compensatória, b) justiça distributiva, c) promoção do pluralismo e d) fortalecimento da identidade e autoestima do grupo favorecido. A primeira representa as medidas que objetivam compensar determinados grupos que tiveram acesso desigual de oportunidades. A segunda, que é a tese mais aceita, diz respeito à necessidade de se promover a redistribuição equânime dos ônus, direitos, vantagens, riquezas e outros bens e benefícios entre os membros da sociedade. A terceira justificativa refere-se à importância que se deve dar à multiétnia e ao pluriculturalismo da sociedade, sem que haja segregação de um grupo em decorrência de outros. Por fim, consoante a última justificativa, seria uma justiça embasada no

²³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

²⁴ SILVA, Selênia Gregory Luzzi da. *Ações afirmativas: um instrumento para a promoção da igualdade efetiva*. 2010. 157f. Dissertação (Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento) - Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2010. p. 63-66.

²⁵ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL AS MINORIAS E O DIREITO, 2001, Brasília. *Anais...* Brasília: CJF, 2003. (Série Cadernos do CEJ, vol. 24). p. 89-90.

²⁶ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.



reconhecimento, com o fim de quebrar estereótipos negativos e influenciar outros indivíduos de certo grupo para que busquem melhores resultados através das ações.

Quanto à classificação, Sabrina Moehlecke²⁷ divide as ações afirmativas em três modalidades: cotas, taxas e metas e cronogramas. As cotas estabelecem um número ou percentual que deverá ser ocupado em área específica por certo grupo, as taxas e metas funcionam como um parâmetro estabelecido que deverá medir os progressos obtidos em relação a objetivos determinados e os cronogramas correspondem às etapas que deverão ser cumpridas em planejamento a médio prazo.

Quanto às medidas afirmativas de gênero na política, o Brasil adotou, em princípio, a modalidade cotas no sistema proporcional, ou seja, garantiu às mulheres e aos homens determinado percentual de participação nas listas eleitorais dos partidos. Não existem taxas ou metas a serem alcançadas com a aplicação dessa medida, ou mesmo um cronograma, com ações pontuais a serem tomadas. Em razão disso, a eficácia das cotas de gênero é seriamente questionada no Brasil (e também no mundo). Ao longo da década de 2000, o legislador brasileiro adotou outras medidas, com o fito de impulsionar essa participação feminina na política nacional.

Importa esclarecer que existem diferentes sistemas de cotas, a saber: a) reservas de assentos nos parlamentos, b) iniciativas voluntárias partidárias e c) legislação nacional de reserva de vagas partidárias. No Brasil, não se adota a reserva de assentos, mas sim cotas voluntárias e cotas legais, aplicáveis aos partidos políticos, com impacto no sistema eleitoral proporcional.²⁸ Quanto à eficácia, alguns autores afirmam que as cotas têm proporcionado aumento da participação feminina na política, ainda que de forma tímida, enquanto, para outros, o resultado é irrisório.

3.2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS

O princípio constitucional da igualdade está previsto no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1824 e foi contemplado pela generalidade das constituições democráticas após a 2ª Grande Guerra. Porém, poucos foram os Estados que, de fato, promoveram efetivamente essa igualdade. Carmem Lúcia Rocha observou que

Em nenhum Estado Democrático até a década de 60, e em quase nenhum, até esta última década do século XX, se cuidou de promover a igualação e vencerem-se os preconceitos por comportamentos estatais e particulares obrigatórios pelos quais se superassem todas as formas de desigualação injusta. Os negros, os pobres, os marginalizados pela raça, pelo sexo, por opção religiosa, por condições econômicas inferiores, por deficiências físicas ou psíquicas, por idade, etc. continuam em estado de desalento jurídico em grande parte no mundo.²⁹

²⁷ MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil. *Cadernos de Pesquisa*, n. 117, p. 197-217, nov. 2002. p. 199.

²⁸ WRIGHT, Sônia Jay. *Estratégias de inclusão das mulheres na política institucional: a opinião parlamentar estadual do Nordeste* (legislaturas de 2003/2007 e 2007/2011). 2009. 243 f. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais, Rio de Janeiro, 2009. p. 111.

²⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996. p. 284.



Até 1960, o princípio da isonomia era visto apenas pela ótica do liberalismo oitocentista, ou seja, não passava de uma ficção jurídica. Não bastava a previsão expressa desse princípio no rol das garantias fundamentais, era imprescindível a adoção de uma concepção substancial da igualdade “que levasse em conta em sua operacionalização não apenas certas condições fáticas e econômicas, mas também certos comportamentos inevitáveis da convivência humana, como é o caso da discriminação”.³⁰

O modelo de igualdade vivido até então se tratava tão somente do princípio da vedação da desigualdade ou da invalidez do comportamento motivado por preconceito manifesto, comprovado ou comprovável, o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica.³¹

A expressão *affirmative action* foi empregada, pela primeira vez, nos Estados Unidos, em 1935, e se referia à proibição ao empregador de reprimir membro de sindicato ou seus líderes.³² A concepção formal do princípio da igualdade foi intensamente criticada durante a década de 1960, inicialmente nos Estados Unidos, com a luta dos negros contra a política segregacionista, instalada desde o final do século XIX.

O movimento pelos direitos civis reivindicava a paridade de oportunidade a todos e exigia do Estado postura ativa e efetiva para garantir a igualdade e melhores condições, especialmente para a população negra. Tal movimento contou com a liderança dos icônicos Martin Luther King e Malcom X, e a atuação incisiva dos presidentes John F. Kennedy e seu substituto Lyndon B. Johnson, seguido pela Suprema Corte.³³

Em 1961, o Presidente Kennedy usou a expressão *affirmative action* numa ordem executiva federal, na qual instou as entidades ligadas ao Executivo a tomarem a ação afirmativa como um instrumento de combate à discriminação de afroamericanos na contratação de mão-de-obra. O termo passou a significar a exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, para que se atingisse a eficácia da igualdade constitucionalmente preconizada e assegurada.^{34 35}

Na Europa, as primeiras orientações nessa direção foram elaboradas em 1976, utilizando-se frequentemente a expressão ação ou discriminação positiva. Em 1982, o termo foi inserido no primeiro Programa de Ação para a Igualdade de Oportunidades da Comunidade Econômica Europeia.³⁶

No Brasil, o primeiro registro dessa discussão se deu acerca dos negros no mercado de trabalho, tendo o governo brasileiro ratificado, em 1968, a Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), comprometendo-se a formular e a implementar uma política nacional de promoção da igualdade de oportunidades no mercado de trabalho e até a possibilidade da elaboração de uma lei, obrigando as empresas a manter uma percentagem mínima de empregados negros.³⁷

A Carta Magna de 1988 reconheceu a existência de desigualdades seculares que pairavam sobre certos grupos e, na tentativa de reparar os danos provocados, previu a possibilidade de tratamento diferenciado para as minorias, que jamais teriam condições de se igualar aos grupos dominantes e privilegiados apenas com uma

³⁰ GOMES; SILVA, 2003, p. 88.

³¹ ROCHA, *op. cit.*, p. 284

³² CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência doméstica: análise da Lei “Maria da Penha”, n. 11.340/06*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 147.

³³ MOEHLECKE, 2002, p. 198

³⁴ CAVALCANTI, *op. cit.*, p. 147.

³⁵ ROCHA, *op. cit.*, p. 285.

³⁶ MOEHLECKE, *op. cit.*, p. 199

³⁷ WRIGHT, 2009, p. 107.



declaração formal de igualdade. Para Hélio Silva Júnior, citado por Selênia Silva,³⁸ a Constituição Brasileira, implícita e explicitamente, admitiu e prescreveu discriminações e, sob o ângulo material e substancial, o princípio da igualdade admite sim a discriminação, desde que empregado com a finalidade de promover a igualização.

A Constituição Cidadã inovou na igualação de direitos e deveres entre homens e mulheres, visto que, até então, o ordenamento jurídico brasileiro dispensava tratamento diferenciado à mulher, inferiorizando-a. As garantias asseguradas demonstram que o constituinte atentou para as distinções existentes entre os gêneros, não apenas de ordem física, mas também social e econômica, aplicando sabiamente a isonomia.

Sabrina Moehlecke³⁹ considera que as ações afirmativas não contrariam o mérito individual, pois seu objetivo é fazer com que o mérito possa efetivamente existir, posto que a sociedade brasileira é incapaz de garantir que as pessoas vençam por suas qualidades e esforços, ao invés de usar de troca de favores e redes de amizades. Para Joaquim Barbosa Gomes e Fernanda Silva

As ações afirmativas visam combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fato, de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade. De cunho pedagógico e não raramente impregnadas de um caráter de exemplaridade, têm como meta, também, o engendramento de transformações culturais e sociais relevantes, aptas a inculcar nos atores sociais a utilidade e a necessidade da observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano.⁴⁰

No caso das cotas eleitorais em razão do sexo, busca-se o estabelecimento de um equilíbrio entre homens e mulheres no campo da representação política. Num primeiro momento, são medidas compensatórias que possibilitam que mais mulheres ocupem espaços. Num segundo momento, são medidas distributivas que buscam assegurar a igualdade entre homens e mulheres.⁴¹

A *Inter-Parliamentary Union*, em 2014, analisou a composição do parlamento de 189 países pelo gênero, até 1º de janeiro de 2014, e constatou que a média mundial de participação das mulheres nos parlamentos era de 21,77%. Nas câmaras baixas, a participação foi de 22,16% e, nas câmaras altas, de 19,64%. Em apenas 39 países, o percentual de mulheres no poder legislativo superava o percentual de 30%. O Brasil ocupou a 124ª posição no *ranking*, integrando o grupo de países com o pior desempenho, com apenas 8,6% das mulheres ocupando a Câmara dos Deputados e 16%, o Senado.

A discussão sobre a inconstitucionalidade das cotas de gênero na política é vazia e sem fundamentos plausíveis, uma vez que é perceptível a distância das mulheres da seara política, situação que perdura por décadas e que carece de medidas que promovam transformações efetivas. Diante desse cenário, é constitucionalmente possível dar tratamento diferenciado por gênero nos partidos ou mesmo no acesso ao próprio parlamento, no intuito de introduzir cada vez mais mulheres, até que se torne um meio natural para elas, assim como é o âmbito doméstico/familiar.

³⁸ SILVA, 2010, p. 95.

³⁹ MOEHLECKE, 2002.

⁴⁰ GOMES; SILVA, 2003, p. 90-91.

⁴¹ GROSSI, Míriam Pillar; MIGUEL, Sônia Malheiros. Transformando a diferença: as mulheres na política. *Estudos Feministas*, ano 9, p. 167-206, 2. sem. 2001. p. 169.



3.3 AS AÇÕES AFIRMATIVAS DE GÊNERO NO CONTEXTO BRASILEIRO

Na década de 1970, o movimento feminista internacional ganhou força e, pela primeira vez, as cotas de gênero na política foram adotadas pelos países nórdicos. A Organização das Nações Unidas (ONU) declarou o ano de 1975 como o Ano Internacional das Mulheres, organizou a primeira Conferência Mundial sobre as Mulheres, na Cidade do México, e abriu a Década da Mulher (1976-1985), que ficou marcada pelo debate sobre a problemática de gênero em todo o mundo.

Em 1979, a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher foi adotada pela ONU, sendo importante porque definiu claramente a discriminação contra mulheres. Estabeleceu uma agenda de ação dos signatários, considerou a cultura e a tradição como forças influentes para moldar os papéis de gênero e as relações familiares e foi o primeiro tratado de direitos humanos a afirmar os direitos reprodutivos das mulheres.⁴²

Essa Convenção foi assinada pelo Brasil em 1979, ratificada e promulgada pelo Decreto n. 89.460, de 20 de março de 1984,⁴³ com reservas ao artigo 15, § 4º (que garante a homens e mulheres isonomia quanto às leis que versem sobre direitos das pessoas, liberdade de movimento, de escolha de residência e domicílio), e ao artigo 16, alíneas *a*, *c*, *g* e *h* (que discorrem sobre o fim da discriminação de gênero e adotam medidas igualitárias entre os cônjuges acerca do casamento), uma vez que o Código Civil Brasileiro de 1916, então em vigência, diferenciava homens e mulheres no casamento.⁴⁴

O Brasil, assim como a maioria dos Estados signatários da Convenção, não promoveu as medidas previstas, e, em razão disso, em 1985, a ONU realizou uma nova Conferência Mundial, em Nairóbi (Quênia), na qual novas metas foram propostas.

Ainda naquele ano, a Lei n. 7.353/1985 criou o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), órgão de deliberação, cuja finalidade era promover políticas que eliminassem a discriminação contra a mulher, em âmbito nacional, assegurando-lhe liberdade e igualdade de direitos e a participação nas atividades políticas, econômicas, sociais e culturais do país.

Com a redemocratização brasileira, as mulheres reivindicaram participação nos partidos políticos dos quais fizeram parte durante o combate à ditadura militar, debateram temas como violência doméstica, sexualidade, direito ao trabalho, igualdade no casamento, direito à terra, à saúde materno-infantil, luta contra o racismo, entre outros. Houve uma aproximação do movimento feminista com os movimentos populares de mulheres, que estavam nos bairros pobres e favelas, lutando por educação, saneamento, habitação e saúde, fortemente influenciados pelas Comunidades Eclesiais de Base da Igreja Católica.^{45 46}

No Parlamento, as 26 (vinte e seis) deputadas federais que participaram da Assembleia Nacional Constituinte, em parceria com o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM) e os movimentos feministas, atuaram suprapartidariamente e pelo

⁴² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A ONU e as mulheres*. Brasília, DF: Nações Unidas no Brasil, 2013.

⁴³ BRASIL. Decreto n. 89.460, de 20 de março de 1984. Promulga a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, 1979. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-89460-20-marco-1984-439601-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 1º jul. 2016.

⁴⁴ SILVA, 2010, p. 78.

⁴⁵ BLAY, Eva Alterman. Um caminho ainda em construção: a igualdade de oportunidades para as mulheres. *Revista USP*, São Paulo, n. 49, p. 82-97, mar. /maio 2001. p. 92

⁴⁶ PINTO, Céli Regina Jardim. Feminismo, história e poder. *Rev. Sociol. Polít.*, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 15-23, jun. 2010. p. 18.



“lobby do batom” inseriram na Constituição de 1988, entre outros avanços, a garantia de igualdade entre homens e mulheres, os direitos à creche, à licença-paternidade e à extensão da licença-maternidade, os direitos para as empregadas domésticas, a abolição do pátrio poder e da figura do chefe de família, o reconhecimento da união estável como entidade familiar, a inserção de elementos de proteção contra a violência e a não discriminação dos filhos tidos fora do casamento.^{47 48}

O movimento feminista brasileiro priorizava, segundo Luis Miguel,⁴⁹ formas de ação de base ou, no campo da competição política, a inclusão de temáticas relativas aos direitos das mulheres nos programas partidários e nas campanhas eleitorais. A ideia de cotas de gênero nem era suscitada e o lançamento de um número maior de candidatas era uma medida positiva, mas secundária. Somente no final da década de 1980 iniciaram-se as discussões sobre a inclusão de mulheres em sindicatos e partidos políticos no país.

Alguns partidos introduziram voluntariamente ações afirmativas para mulheres na composição das direções. O PDT foi o pioneiro em 1986, seguido pelo PT, em 1991. A primeira iniciativa para incorporar formalmente cotas para candidaturas de mulheres no Brasil foi apresentada, em 1993, pelo Deputado Federal Marco Penaforte (PSDB/CE), mas não foi aprovada.^{50 51}

Em 1995, a ONU organizou a IV Conferência das Nações Unidas sobre a Mulher, realizada na capital chinesa, que se tornou um marco na luta pelos direitos das mulheres no mundo. Elencaram-se doze áreas de preocupação prioritárias, dentre elas, a desigualdade em relação à participação no poder político e nas instâncias decisórias, a insuficiência de mecanismos institucionais para a promoção do avanço da mulher e as deficiências na promoção e proteção dos seus direitos e, uma das importantes ações adotadas, a proposta de implantação das cotas de gênero na política.^{52 53} Nesse mesmo ano, o Brasil adotou as cotas de gênero para mulheres na política, seguindo o exemplo exitoso da Argentina, o primeiro país latino-americano a adotar a medida, em 1993, onde a participação feminina na política chegou ao percentual de 30%.⁵⁴

O projeto de lei da Deputada Federal Marta Suplicy (PT/SP), que recebeu o apoio de 26 deputadas federais, pretendia garantir 30% das vagas para mulheres nas listas partidárias para o pleito eleitoral de 1996. Concomitantemente, a Senadora Junia Marise (PDT/MG) apresentou proposta similar, com a diminuição do percentual de cotas de 20% e o aumento do número de vagas dos partidos ou coligações para 120%.⁵⁵

A aprovação dessa medida foi bastante negociada junto à bancada de deputados e senadores, pois os opositores suscitavam a inconstitucionalidade do projeto, por ser

⁴⁷ PINHEIRO, Luana Simões. *Vozes femininas na política: uma análise sobre mulheres parlamentares no pós-Constituinte*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2007. (Série Documentos). p. 70.

⁴⁸ FREIRE, Aluiz do Nascimento. *A inserção das mulheres na Câmara Municipal de Natal (1988-2004)*. 2008. 117 f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Programa de Pós-graduação em Serviço Social, Natal, 2008. p. 67.

⁴⁹ MIGUEL, Luis Felipe. Teoria política feminista e liberalismo: o caso das cotas de representação. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 15, n. 44, out. 2000. p. 44.

⁵⁰ WRIGHT, 2009, p. 108-112.

⁵¹ RICHARTZ, Terezinha. *Cotas e autonomia: paradoxos da implementação da lei de cotas para cargos no legislativo paulista nos partidos PT, PSDB e PFL*. 2007. 268 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 106.

⁵² BRASIL. Secretaria de Políticas para as Mulheres. *Declaração e plataforma de ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher: Pequim*, 1995. Brasília, 2006. p. 148.

⁵³ BELLOZO, 2006, p. 65.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 65.

⁵⁵ WRIGHT, 2009, p. 113.





discriminatório e antidemocrático. Ao final, a proposta da Senadora foi aceita e originou a Lei n. 9.100/1995. Alguns autores consideram que a proposta ratificada mitigou o impacto das cotas de gênero, pois o aumento do número de vagas para partidos ou coligações reduziu o percentual real das cotas destinadas às mulheres.^{56 57}

Em 1997, Marta Suplicy (PT/SP) apresentou nova proposta de lei, buscando assegurar o mínimo de 30% e o máximo de 70% de candidaturas para cada sexo nas eleições proporcionais, prevendo-se, então, na Lei n. 9.504, o percentual de 25% a 75% e o aumento para 150% no percentual de vagas para partido ou coligação, mas não tornou obrigatório o preenchimento dessa lista pelos partidos.

Em 2001, os partidos políticos adotaram outras formas de ações afirmativas de gênero por iniciativa própria. PT, PPS, PV e PDT reservaram vagas para mulheres na composição de suas direções e outros treze partidos instituíam núcleos, secretarias ou congêneres, quais sejam: PCO, PDT, PFL, PL, PPB, PPS, PSB, PSDB, PSDC, PSTU, PT, PTB e PT do B.⁵⁸

Clara Araújo afirma que a adesão de outros partidos às cotas, de centro e, em alguns casos, de direita, deu-se, sobretudo, em decorrência do denominado “efeito-contágio”.⁵⁹ À medida em que os partidos observaram os ganhos eleitorais, utilizaram dessa estratégia política para obtê-los, não sendo, portanto, um compromisso natural partidário.

No decorrer da década de 2000, projetos de lei tramitaram no Congresso Nacional visando a modificar a legislação de cotas de gênero, tais como os Projetos de Lei n. 2.355/2000 e 4.037/2008, ambos da Deputada Federal Rita Camata, visando, respectivamente, a paridade entre os sexos em todas as eleições e normas para a realização de eleições proporcionais em que se conjuguem listas preordenadas de candidaturas; o PL n. 6.216/2002, da Deputada Luiza Erundina, que destinava 30% dos recursos do fundo partidário à criação e à manutenção de programas de promoção da participação política das mulheres e tempo na propaganda partidária gratuita para a mesma finalidade; o PL n. 4.407/2008, da Deputada Vanessa Grazziotin, que pretendia tornar obrigatório o preenchimento da cota mínima nas listas eleitorais, culminando sanções aos partidos pelo descumprimento.^{60 61}

Em 2009, a Lei n. 12.034/2009 alterou as Leis n. 9.096/1995, n. 9.504/1997 e o Código Eleitoral e promoveu avanços na questão da ampliação das ações afirmativas de gênero, por não ter se restringido a determinar o número de vagas ocupadas em listas eleitorais, mas tornou obrigatório o funcionamento de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, a reserva de, pelo menos, 10% do tempo de propaganda partidária com o mesmo propósito e, de forma inédita, previu sanções aos partidos que descumprissem tais normas (artigos 44, § 5º e 45, § 2º, Lei n. 9.096/1995).

⁵⁶ BELLOZO, 2006, p. 66.

⁵⁷ GROSSI & MIGUEL, 2001, p. 169.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ ARAÚJO, Clara. As cotas por sexo para a competição legislativa: o caso brasileiro em comparação com experiências internacionais. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 44, n.1, 2001.

⁶⁰ RICHARTZ, 2007, p. 110.

⁶¹ BRASIL. Secretaria de Políticas para as Mulheres. *Comissão Tripartite para a revisão da Lei 9.504/1997: relatório final*. Brasília, 2009. p. 6.



Apesar dos avanços, os desafios para a igualação feminina ainda são grandes. Segundo o DIEESE,⁶² que analisou as regiões metropolitanas de Belo Horizonte, Fortaleza, Porto Alegre, Recife, Salvador, São Paulo e Distrito Federal, as mulheres ainda enfrentam grandes dificuldades no mercado de trabalho. Apesar do aumento das vagas de trabalho ocupadas, percebem menores rendimentos que os homens e são a maioria entre os desempregados. Além disso, a representação em órgãos políticos é praticamente a mesma desde 1990, o que suscita questionamentos acerca da efetividade das cotas para mulheres no Brasil e quais medidas devem ser tomadas para modificar esse quadro.

3.4 DAS CRÍTICAS ÀS AÇÕES AFIRMATIVAS PARA MULHERES

Apesar da finalidade de expandir a participação democrática com a inserção feminina nas instâncias de poder, muitas são as críticas proferidas às cotas de gênero na política. As manifestações mais comuns se relacionam ao mérito, a inconstitucionalidade e a representatividade de grupos na política.

Para Miriam Grossi e Sônia Miguel⁶³ a política de cotas questiona homens e instituições partidárias sobre o espaço que ocupam na política e também o desejo das próprias mulheres em participar, visto que os partidos se queixam da ausência de mulheres para preenchimento das vagas legalmente asseguradas. Sobre essa questão, Luis Miguel assim afirma:

As cotas eleitorais implicam o questionamento de algumas das premissas básicas do ordenamento político liberal: o indivíduo como única unidade política legítima e o relativo isolamento da arena política (caracterizada pela igualdade formal entre os cidadãos) em relação às injustiças sociais. Ao mesmo tempo, põem em debate o sentido da representação, um termo vago, mas ao mesmo tempo crucial para a autoimagem dos sistemas políticos ocidentais (as 'democracias representativas').⁶⁴

Na visão de Clara Araújo, citada por Aluizia Freire,⁶⁵ as ações afirmativas e as cotas emergem num contexto de enfraquecimento de projetos políticos alternativos, quando as atenções se voltam para pensar o aprimoramento da democracia representativa. Os partidos buscam responder as demandas que lhe são dirigidas não apenas por razões éticas ou ideológicas, mas também ou principalmente por interesses pragmáticos. Interesses gerados pela necessidade de ampliar e absorver a pressão desses segmentos, em razão de seu peso perante a opinião pública.

Outros argumentam que as pessoas e os grupos beneficiados ficam estigmatizados pelas cotas. Para Antônio Guimarães,⁶⁶ a cota, como política, privilegia o reconhecimento das diferenças, em detrimento das políticas de igualdade universais, que teriam o mesmo efeito.

⁶² BRASIL. Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Econômicos. *A inserção das mulheres nos mercados de trabalho metropolitanos e a desigualdade nos rendimentos*. Sistema PED (Pesquisa de Emprego e Desenvolvimento), São Paulo, mar. 2013. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/analisePED/2013/2013pedmulhermet.pdf>>. Acesso em: 2016.

⁶³ GROSSI; MIGUEL, 2001, p. 178.

⁶⁴ MIGUEL, 2000, p. 44.

⁶⁵ FREIRE, Aluizia do Nascimento. *A inserção das mulheres na Câmara Municipal de Natal (1988-2004)*. 2008. 117 f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Programa de Pós-graduação em Serviço Social, Natal, 2008. p. 78.

⁶⁶ GUIMARÃES, Antônio Sergio Alfredo. *Políticas públicas para a ascensão do negro no Brasil: argumentando pela ação afirmativa*. Afro-Ásia, Salvador, UFBA, n. 18, p. 235-261, 1996.





No que tange a representação de identidades no cenário político, questiona-se a necessidade de garantia da representação feminina, quando diversos outros grupos também estão afastados das instâncias de poder. Eleni Varikas, criticando o sistema francês de paridade, explica que

A sub-representação das mulheres nada mais é que o exemplo mais flagrante da sub-representação de uma série de grupos sociais. De fato, a democracia representativa tal como existe define nos seus princípios que as assembleias de representantes eleitos são a emanção da nação, mas, ao contrário do que se imagina, com frequência não é pretensão sua ser reflexo da composição demográfica e sociológica dos seus membros. [...] Um regime que mesmo assegurando uma representação paritária para as mulheres, impede o acesso ao poder da maioria daqueles que andam de metrô - os pobres, os desempregados, os sem-abrigo, os operários, os estrangeiros, os imigrantes homens e mulheres – seria verdadeiramente democrático?⁶⁷

As críticas quanto à necessária atuação feminina nas instâncias de poder recaem sobre o fato das mulheres não defenderem apenas os interesses femininos ou feministas, posto que seus objetivos não são similares. Nesse sentido, Joan Scott afirma que

[as cotas] transformam as mulheres de indivíduos sexuados em agrupamentos sociais com um conjunto de interesses e necessidades supostamente em comum. A demanda pela paridade não é pela representação de um 'interesse das mulheres' definido; ao contrário, pode-se esperar que as mulheres abracem a mesma variedade de pontos de vista políticos conflitantes hoje defendidos pelos homens.⁶⁸

Por sua vez, Eleni Varikas assevera que:

A ideia tão ingenuamente defendida de que uma mulher eleita poderia espontaneamente defender os interesses das mulheres em vez de defender o programa do seu partido não é apenas capenga, do ponto de vista da sua verificação empírica. Ela revela uma percepção ainda mais deficiente da democracia que consistiria em desejar que os membros das assembleias agissem não segundo posições políticas, que asseguraram sua eleição, mas com base no seu pertencimento de gênero.⁶⁹

A crítica da inconstitucionalidade ainda é sustentada pelos que entendem o princípio da igualdade em seu aspecto formal. Todavia, desde o princípio passou a ser aplicado visando a igualdade substancial, tratando os desiguais, desigualmente, e os iguais, igualmente, ficou legitimada a instituição da ação afirmativa.

⁶⁷ VARIKAS, 1996, p. 71-72.

⁶⁸ SCOTT, Joan W. "La querelle des femmes" no final do século XX. Estudos Feministas, Florianópolis, ano 9, p. 367-388, fev. 2001. p. 378.

⁶⁹ VARIKAS, *op. cit.*





Eleni Varikas⁷⁰ entende que as cotas impedem mudanças estruturais profundas, como romper o modelo de democracia existente na atualidade. Ao incorporar algumas mulheres nos postos diretivos, o sistema apenas reacomoda os conflitos, impedindo transformações estruturais no modelo democrático vigente. Além disso, são medidas que limitam direitos, ao invés de promovê-los, e, quanto às mulheres, negam o princípio da igualdade por instaurarem porcentagens de representação inferiores à proporção de mulheres na população.

Para os defensores, as ações afirmativas são importantes para enfrentar as formas sutis de exclusão e são compatíveis com as políticas universais, que não podem, por si só, romper com os mecanismos de exclusão. Além disso, corrigem distorções, reparam as injustiças passadas e servem como exemplo para os grupos beneficiados.⁷¹

Sônia Wright⁷² entende que essas medidas são insuficientes por si só para remover barreiras estruturais da inclusão feminina. Por outro lado, permitem que se chegue mais rapidamente a um equilíbrio de gênero na política, contribuindo para os processos do empoderamento das mulheres, legitimando outras demandas femininas. No entanto, seus efeitos não são imediatos, mas processuais e cumulativos.

Antônio Guimarães⁷³ aduz que as ações afirmativas têm como pressuposto o fato de inexistirem sistemas que funcionem com mérito puro, pois o pertencimento grupal é fator determinante da inclusão ou exclusão. Diante disso, elas procuram soluções para as desigualdades estruturais e garantem a representação da diversidade. São medidas mais urgentes e rápidas, pensadas para propiciar mudanças em curto prazo e de limitada validade.

Dentre as críticas apresentadas, é possível extrair que as cotas de gênero na política são historicamente importantes, visto que sinalizam o distanciamento da mulher da política, dos cargos de chefia do mercado de trabalho e do serviço público e o tratamento inferiorizado conferido pela própria legislação.

A adoção das cotas promoveu de forma mais enfática a inclusão feminina na política formal, com vistas a amenizar a baixa representatividade, assim como incitou os partidos políticos a manter programas de incentivos às mulheres, não só para compor parlamentos e chefias do poder executivo, mas também para atuarem na liderança dessas agremiações e de seus órgãos diretivos. Desta feita, é possível concluir que as cotas de gênero se tornaram necessárias pela importância da participação das cidadãs na construção das decisões que interferem na sociedade. Ressalte-se que isso não significa que as cotas de gênero tem, de fato, cumprido esse papel, bastando, para tanto, verificar o quadro de representantes no Poder Legislativo brasileiro.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia não é experienciada igualmente pelos indivíduos de uma sociedade, uns atuam de forma ativa e outros passivamente, o que não está relacionado tão somente à vontade de participar, mas também com as condições para tal. A Constituição garante ao cidadão o direito de votar e ser votado. O exercício do voto é obrigatório, em contrapartida, nem todos se disponibilizam para, em recebendo os votos, representar os

⁷⁰ VARIKAS, p. 73.

⁷¹ WRIGHT, 2009, p. 107.

⁷² *Ibidem*, p. 111.

⁷³ GUIMARÃES, 1996.





demais eleitores nas diferentes instâncias do poder. E, entre aqueles que se dispõem para tal *mister*, não existem garantias de igualdade de oportunidades na disputa eleitoral. Em regra, logram êxito aqueles candidatos que são influentes e reconhecidos na base eleitoral e que podem arcar com os custos de uma campanha eleitoral.

O exercício ativo da cidadania esbarra não apenas em caracteres de ordem econômica, mas também em questões sociais e históricas. Não se pode esperar que os grupos segregados por séculos das instâncias de decisão política repentinamente ocupem os espaços que lhe eram vedados. O acesso não é oportunizado pela simples permissão legal, mas requer mecanismos de efetivação dos dispositivos das leis, e, principalmente, uma mudança de pensamento da sociedade e dos indivíduos que compõem os grupos marginalizados. No tocante às mulheres, os efeitos da sua exclusão histórica do regime democrático e do exercício pleno da cidadania ecoam até a atualidade. A despeito de todas as conquistas ocorridas no decorrer do século XX, essas consequências precisam ser extirpadas.

As ações afirmativas, nesse contexto, surgiram como uma forma de efetivação do princípio constitucional da igualdade, conferindo tratamento desigual aos desiguais e, igual aos iguais. Tais medidas não promovem em si mesmas a mudança almejada, mas, em seu caráter pedagógico, são úteis para abrir caminhos para o debate das desigualdades que assolam indivíduos de determinada sociedade.

As ações afirmativas de gênero adotadas no Brasil não promoveram os resultados esperados. Dentre as falhas existentes, destacamos o fato de não propiciarem a igualdade real entre homens e mulheres na política, visto que se aplicam apenas às listas eleitorais, não garantindo com isso a eleição da candidata. Não garantem, ainda, a filiação das mulheres aos partidos políticos. Não direcionam a forma de exercício do mandato ou o teor das pautas defendidas pela candidata eleita, e nem poderiam.

Quando se defende a inserção feminina na política, deve-se ter em mente que a ausência da mulher no poder traz prejuízos à sociedade. Nesse contexto, as ações afirmativas de gênero são importantes, pois levam a discussão do problema para a sociedade e, especialmente, para os partidos, seus principais destinatários.

A participação da mulher na política deve ser promovida e incentivada como forma de garantir que o regime democrático e a cidadania sejam efetivados sob a ótica inclusiva. Visão que se aplica a todo e qualquer grupo que componha uma sociedade. É imprescindível que o povo tenha consciência de que, na condição de detentor do poder, pode livremente expressar a sua vontade e contribuir não apenas indiretamente, mas também diretamente nas decisões atinentes à sociedade a qual pertença, o que configura o exercício de fato da cidadania.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Maria Salete Souza de. Cidadania e participação democrática. In: SEMINÁRIO NACIONAL MOVIMENTOS SOCIAIS, PARTICIPAÇÃO E DEMOCRACIA, 2, 2007, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis, 2007.

ARAÚJO, Clara. As cotas por sexo para a competição legislativa: o caso brasileiro em comparação com experiências internacionais. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 44, n.1, 2001.



ARAÚJO, Clara. Cidadania democrática e inserção política das mulheres. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 9, p. 147-168, set./dez. 2012.

BELLOZO, Edson. *Mulher e política: um estudo sobre os projetos de lei referentes à mulher e gênero apresentados pelas deputadas e senadoras nas décadas de 1990 e 2000*. 2006. 361 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2006.

BENEVIDES, Maria. Cidadania e democracia. *Lua Nova*, São Paulo, n. 33, ago. 1994.

BLAY, Eva Alterman. Um caminho ainda em construção: a igualdade de oportunidades para as mulheres. *Revista USP*, São Paulo, n. 49, p. 82-97, mar./maio 2001.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRASIL. *Decreto n. 89.460, de 20 de março de 1984*. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, 1979. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-89460-20-marco-1984-439601-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 1º jul. 2016.

BRASIL. Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Econômicos. *A inserção das mulheres nos mercados de trabalho metropolitanos e a desigualdade nos rendimentos*. Sistema PED (Pesquisa de Emprego e Desenvolvimento). São Paulo, mar. 2013. Disponível: <<http://www.dieese.org.br/analisePED/2013/2013pedmulhermet.pdf>>. Acesso em: 2016.

BRASIL. Secretaria de Políticas para as Mulheres. *Comissão tripartite para a revisão da Lei n. 9.504/1997: relatório final*. Brasília, 2009.

_____. Secretaria de Políticas para as Mulheres. *Declaração e plataforma de ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher*: Pequim. 1995. Brasília, 2006.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência doméstica: análise da Lei “Maria da Penha”*, n. 11.340/06. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia*. 2. ed. Salvador: Secretaria de Cultura, Fundação Pedro Calmon, 2009. vol. 1. (Coleção Cultura é o quê?).

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

FREIRE, Aluizia do Nascimento. *A inserção das mulheres na Câmara Municipal de Natal (1988-2004)*. 2008. 117 f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Programa de Pós-graduação em Serviço Social, Natal, 2008.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL AS MINORIAS E O DIREITO, 2001, Brasília. *Anais...* Brasília: CJF, 2003. (Série Cadernos do CEJ, 24).





GROSSI, Míriam Pillar; MIGUEL, Sônia Malheiros. Transformando a diferença: as mulheres na política. *Estudos Feministas*, ano 9, p. 167-206, 2. sem. 2001.

GUIMARÃES, Antônio Sergio Alfredo. Políticas públicas para a ascensão do negro no Brasil: argumentando pela ação afirmativa. *Afro-Ásia*, Salvador, UFBA, n. 18, p. 235-261, 1996.

MELUCI, Alberto. *A invenção do presente: movimentos sociais nas sociedades complexas*. Petrópolis: Vozes, 2001.

MENEZES, Walfrido Nunes de. Mulheres (in)visíveis: um estudo da representação social sobre a cidadania feminina. *Emancipação*, Ponta Grossa, v. 7, n. 2, p. 87-114, 2007.

MIGUEL, Luis Felipe. Teoria política feminista e liberalismo: o caso das cotas de representação. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 15, n. 44, out. 2000.

_____. *Autorização e accountability na representação democrática*. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL DE TEORIA POLÍTICA, 2, 2012, São Paulo. *Anais eletrônicos*. São Paulo: USP, 2012.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil. *Cadernos de Pesquisa*, n. 117, p. 197-217, nov. 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A ONU e as mulheres*. Brasília, DF: Nações Unidas no Brasil, 2013.

PINHEIRO, Luana Simões. *Vozes Femininas na Política: uma análise sobre mulheres parlamentares no pós-Constituinte*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2007. (Série Documentos).

PINTO, Céli Regina Jardim. Feminismo, história e poder. *Rev. Sociol. Polít.*, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 15-23, jun. 2010.

RICHARTZ, Terezinha. *Cotas e autonomia: paradoxos da implementação da lei de cotas para cargos no legislativo paulista nos partidos PT, PSDB e PFL*. 2007. 268 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCOTT, Joan W. “La querelle des femmes” no final do século XX. *Estudos Feministas*, Florianópolis, ano 9, p. 367-388, fev. 2001. p. 378.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.



SILVA, Selênia Gregory Luzzi da. *Ações afirmativas: um instrumento para a promoção da igualdade efetiva*. 2010. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento) - Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2010.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. *Ciência política e Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VARIKAS, Eleni. Refundar ou reacomodar a democracia? Reflexões críticas acerca da paridade entre os sexos. *Estudos Feministas*, v. 4, n. 1, p. 65-94, 1996.

WRIGHT, Sônia Jay. *Estratégias de inclusão das mulheres na política institucional: a opinião parlamentar estadual do Nordeste (legislaturas de 2003/2007 e 2007/2011)*. 2009. 243 f. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais, Rio de Janeiro, 2009.





A QUESTÃO DA (I)LEGITIMIDADE DA SOBERANIA NA JURISPRUDÊNCIA ELEITORAL

Jônatas Luiz Moreira de Paula*

Leonardo Fernandes de Souza**

RESUMO

O presente artigo vem discutir quais os pontos de legitimidade e ilegitimidade na cassação na ação eleitoral AIME (cujo ajuizamento ocorre após manifestação do voto popular). Para isso entra-se na conceituação da soberania popular no viés do voto popular, passando a analisar como a jurisprudência eleitoral (TSE e TREs) utiliza-se do conceito abstrato de soberania de formas diversas, passando a defrontar-se diretamente com a legitimidade ou ilegitimidade da decisão judicial, modificando o resultado do voto popular.

Palavras-chave: Legitimidade. Soberania. Cassação.

ABSTRACT

The present paper discusses which are the aspects of legitimacy and illegitimacy in the electoral proceedings of AIME (Ação de Impugnação ao Mandato Eletivo – Impugnation Proceedings towards Elective Term/Mandate) – which occur after the manifestation of popular vote. In order to achieve this, it is presented the concept of popular sovereignty by the perspective of popular vote, analyzing how electoral jurisprudence (TSE and TRE – respectively, Superior Electoral Court and Regional Electoral Court) uses the abstract concept of sovereignty in several manners, then confronting directly with the legitimacy and illegitimacy of judicial decision, modifying the result of popular vote.

Keywords: Legitimacy. Sovereignty. Repeal.

1 INTRODUÇÃO

Existe uma dualidade de entendimento na jurisprudência atual da Justiça Eleitoral, bem como da doutrina nacional. Segundo o primeiro entendimento, o Poder Judiciário substitui o poder popular ao invadir o aspecto da decisão popular, entendendo que sua escolha pelo melhor candidato não sofre as influências que o povo está sujeito.

Por sua vez, o segundo entendimento é que dessa forma o Judiciário protege a escolha popular, ou seja, a soberania nacional, com cassações de candidatos que

* Advogado. Mestre, Doutor e Pós-Doutor em Direito. Professor Titular do Programa de Mestrado em Direito da UNIPAR – Universidade Paranaense.

** Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela Unipar – Universidade Paranaense, Analista Judiciário do TRE-PR (Tribunal Regional Eleitoral do Paraná) e especialista em Direito Civil e Processo Civil.





agem através da captação ilícita do sufrágio, evitando assim abusos como o do poder econômico.

Temos assim um embate dos dois maiores princípios do Direito Eleitoral, “uma pessoa, um voto” e “eleições livres”, impedindo que o povo seja manipulado.

Disso decorre o questionamento se a jurisprudência eleitoral acolhe a escolha popular como suprema ou se é dever do Judiciário/Legislativo traçar impedimentos, não permitindo que candidatos, em certas situações, cheguem a concorrer ou sejam cassados quando eleitos.

2 O DIREITO ELEITORAL NA ATUALIDADE

O Direito Eleitoral estuda, em uma análise mais abrangente, a própria democracia, pois a democracia tem, no “processo eleitoral”, o seu ápice. É através dele que são escolhidos os representantes populares.

O termo adotado “processo eleitoral”, apesar da sua aparente simplicidade, traz em si uma complexidade de atos e determinações, não podendo a expressão “processo” ser confundida com sua conceituação clássica: “atividade que se deve levar a cabo para chegar a obter a providência jurisdicional”.¹

Marcos Ramayana assevera que o Direito Eleitoral “é o único capaz de defender com eficácia – se amoldado corretamente e dotado de imediata incidência –, a liberdade na votação e a autonomia individual do eleitor [...]”.²

Forma o “processo eleitoral” todos os atos administrativos realizados pela Justiça Eleitoral para a realização das eleições, como por exemplo, a nomeação dos mesários, registro de candidaturas e sua impugnação, prestação de contas, propaganda eleitoral e seus respectivos recursos.³

É certo que o voto do cidadão não exaure a democracia, pois a escolha do seu representante é o início de um vínculo que o candidato então eleito assume com a função a ser exercida. Entretanto, a tarefa do processo eleitoral está cumprida com a diplomação.

O período democrático, vivido desde a abertura política da década de 80 no Brasil, permitiu o fortalecimento do Judiciário, além de um maior aprofundamento do próprio Direito Eleitoral.

Um marco importante para a legislação eleitoral foi a Lei n. 9.504/1997,⁴ que trouxe uma estabilidade na legislação que determina os preceitos a serem obedecidos e seguidos durante a eleição. Até as eleições de 1996, uma legislação totalmente nova era criada especificamente a cada eleição.

A partir da abertura política da década de 80 houve um crescimento absurdo no número de ações, exigindo cada vez mais um aparato judiciário moderno e um corpo de membros e servidores maior e mais bem preparado. O referido fenômeno não pode ser analisado como um aspecto negativo e nem como algo ocasional, mas sim como efeitos decorrentes de um acesso maior ao Judiciário.

¹ CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Campinas: Bookseler, 2003. p. 264.

² RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 8. ed. rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 17.

³ CASTRO, Edson de Resende. *Curso de Direito Eleitoral*. 6. ed. rev., atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 4-5.

⁴ BRASIL. *Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.





Em 2010, a Lei n. 13.250 tornou mais severa os casos de inelegibilidade, englobando várias outras situações e aumentando de 03 (três) para 08 (oito) anos as hipóteses de sua incidência.

3 A SOBERANIA POPULAR NA VISÃO DO DIREITO ELEITORAL

A soberania popular está petrificada na Constituição de 1988, no parágrafo único do artigo 1º, que disciplina que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.⁵

A soberania popular, que tem como sua principal obra *O Contrato Social* de Jean-Jacques Rousseau, é conceituada pela doutrina pátria como “[...] manifestação da vontade geral do Estado, que por sua vez é soma de todos os interesses comuns da sociedade politicamente organizada. Por isso, a soberania não é senão o exercício da vontade geral”.⁶

Manoel Carlos de Almeida Neto conceitua soberania popular pelo seu resultado na sociedade: “os governantes são escolhidos pelo povo para exercerem as atividades públicas na condição de mandatários ou representantes dos cidadãos de forma legítima, ou seja, com base no sufrágio universal, igual, direto e secreto”.⁷

A República Federativa do Brasil adotou a democracia semidireta, com instrumentos de representação direta e semidireta.

Os instrumentos da representação direta são os constantes dos incisos do artigo 14 da Constituição Federal: plebiscito, referendo e iniciativa popular, os quais se caracterizam por uma participação direta do povo, sem a utilização de representantes.

No plebiscito e no referendo, decide-se sobre questões políticas e institucionais anteriormente à aprovação de uma lei (plebiscito) ou posteriormente à elaboração dela (referendo).⁸ Esses dois instrumentos de participação direta, apesar da sua forte carga democrática, são de utilização rara e pouco eficaz.⁹

A questão da iniciativa popular também sofre na sua efetivação. A lei que disciplinou a iniciativa popular foi a Lei n. 9.709/99, surgindo após essa regulamentação apenas duas normas legais: a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/2010) e a lei de combate à corrupção eleitoral (Lei n. 9.840/1999, que tipifica o crime de compra de votos).

No entanto, o instrumento ainda é pouco usado: em 25 anos, apenas quatro propostas desse tipo viraram lei — além das duas citadas, houve a lei que criou o Fundo Nacional de Habitação Popular (Lei n. 11.124/2005) e a Lei n. 8.930/1994, que considera crime hediondo assassinatos por motivo fútil ou com crueldade.¹⁰

⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal da República*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.

⁶ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Ciência Política: estado e justiça*. Leme: JH Mizuno, 2007. p. 188.

⁷ ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. *Direito Eleitoral regular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 22.

⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 871-872.

⁹ SAMPAIO, Américo. *É preciso romper as travas da soberania popular no Brasil*. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-gerais/2016/fevereiro/e-preciso-romper-as-travas-da-soberania-popular-no-brasil>>. Acesso em: 27 mar. 2016

¹⁰ BELTRÃO, Tatiana; VIDIGAL, Fernanda. *Constituição: apesar das dificuldades, projetos de iniciativa popular ganham fôlego*. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/10/25/constituicao-apesar-das-dificuldades-projetos-de-iniciativa-popular-ganham-folego>>. Acesso em: 28 mar. 2016.





A outra vertente da soberania popular no Brasil é a democracia semidireta, com sua representação exercida por meio de representantes eleitos para os cargos do Executivo e para os cargos do Legislativo.

O ordenamento jurídico atual traz no *caput* do artigo 14 da Constituição Federal que “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei”.

O direito ao voto com sufrágio universal, existente na Constituição Federal de 1988, é uma conquista marcada por uma história de muita luta e grandes retrocessos durante o seu caminhar.

O sufrágio é o direito público de votar (capacidade eleitoral ativa) e de ser votado (capacidade eleitoral passiva). No Brasil, é classificado como universal “porque é outorgado a todos que preencham os requisitos constitucionais que não ofendam o princípio da igualdade”,¹¹ não se admitindo assim restrições desarrazoadas como eram pela cor ou sexo, por exemplo.

O voto é o exercício do direito de sufrágio, traduzindo também o exercício da capacidade eleitoral ativa. A Constituição determina que o voto é ato personalíssimo, secreto, e de igual valor para todos (*one man one vote*).

A representatividade no Brasil, após uma das maiores aprovações de um Chefe de Estado, sofre uma crise sem precedentes, após o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Penal n. 470, conhecida como Mensalão, os protestos populares de 2013¹² ¹³ e os desdobramentos do julgamento pela 1ª Instância da Justiça Federal da Ação denominada como “Lava Jato”.

Mas não se deve confundir o descrédito da representatividade com a falência da escolha pelo povo dos seus representantes. As eleições brasileiras, apesar das críticas sobre a utilização das urnas eletrônicas, não podem ser comparadas com outras eleições reconhecidamente fraudadas em outros países, que apenas servem para legitimar ditaduras.¹⁴

4 A REVISÃO DA SOBERANIA POPULAR NAS DECISÕES DO TSE E TRES

A Justiça Eleitoral teve seu nascedouro no Brasil com a Lei n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, sendo criada “para que ela fosse a única responsável por todo o processo eleitoral: do alistamento à proclamação dos eleitos”.¹⁵

O Tribunal Superior Eleitoral – TSE é por excelência o órgão de maior hierarquia da Justiça Eleitoral, sendo dele assim a responsabilidade final na proteção da soberania popular. E é a posição do TSE, por sua jurisprudência quanto à soberania popular, que é o cerne do presente artigo.

O Ministro Gilmar Mendes, em diversas decisões, deixa evidente o dever da Justiça Eleitoral de fazer prevalecer a escolha popular, só agindo quando for concreto o prejuízo à escolha popular, a propósito:

¹¹ LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. *Direito Eleitoral*: comentários às Leis n. 9.540/97, n. 9.096/95 e a Lei Complementar n. 64/90. Leme: Imperium, 2008. p. 162.

¹² TATAGIBA, Luciana. 1984, 1992 e 2013. Sobre ciclo de protestos e democracia no Brasil. *Política e Sociedade*, Florianópolis, SC, vol. 13, n. 28, set./dez. 2014.

¹³ REIS, Marlon. *O gigante acordado*: manifestações, ficha limpa e reforma política. Rio de Janeiro: Leya, 2013.

¹⁴ TAVARES, André Ramos. Há uma crise de legitimação eleitoral no mundo? *Estudos Eleitorais*, vol. 5, número 1, jan./abr. 2010.

¹⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Eleições no Brasil*: uma história de 500 anos. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2014. p. 37.



[...] A atuação da Justiça Eleitoral há de se fazer de forma minimalista, com observância do princípio da proporcionalidade, evitando-se indevida alteração da vontade popular. 3. Na conformação da conduta ao art. 30-A da Lei n. 9.504/1997, deve-se levar em consideração a relevância jurídica do ilícito no contexto da campanha, orientada pelo princípio da proporcionalidade, não se aplicando a sanção de cassação do diploma. [...].¹⁶

O Ministro revela um cuidado ainda maior da Justiça Eleitoral na aplicação de punições que geram cassação após a Lei Complementar n. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa). Neste vértice:

Essa compreensão jurídica, com a edição da LC n. 135/2010, merece maior atenção e reflexão por todos os órgãos da Justiça Eleitoral, pois o reconhecimento desses ilícitos, além de ensejar a sanção de cassação de diploma, afasta o político das disputas eleitorais pelo longo prazo de oito anos (art. 1º, inciso I, alíneas d e j, da LC n. 64/1990), o que pode representar sua exclusão de disputas eleitorais.¹⁷

Neste sentido, destaca-se julgado do Tribunal Superior Eleitoral que também eleva a soberania popular, no qual “a conduta investigada não se revelou suficientemente grave para caracterizar abuso de poder, pois não alcançou repercussão social relevante no contexto da disputa eleitoral, nem teve o condão de prejudicar a normalidade e a legitimidade do pleito”.¹⁸

O TSE, diversas vezes, decidiu por dar a mais ampla efetividade à soberania popular. Isso fica demonstrado nos casos de dupla vacância do Poder Executivo, no terceiro ano do mandato, determinando que essa sucessão será por eleição direta e popular, embora o art. 81, § 1º, da CF,¹⁹ assevere que, na vacância de presidente e vice-presidente, a eleição será indireta e através do Congresso Nacional.²⁰

Entretanto, na jurisprudência do TSE, encontram-se também situações em que a defesa da soberania popular não é a regra, como previsto no art. 224 do Código Eleitoral.²¹ Tal ocorreu, entre outras, nas eleições de 2006 para o cargo de Governador do Estado do Maranhão, quando aplicou estranha argumentação de utilização da soma dos votos do primeiro e segundo turnos para fugir de novas eleições populares.²²

Sem contrariar a importância dada à soberania popular nas decisões anteriores, apresenta-se julgamento de 2002 do TSE, esclarecendo que a prevalência da soberania popular não é absoluta, e sim “limitada pelas causas de inelegibilidade

¹⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo de Instrumento 8601420126130259 – Pouso Alto, MG 315862013. Relator Min. Gilmar Ferreira Mendes, data de julgamento: 16.12.2014. *DJE - Diário de Justiça eletrônico*, 3 fev. 2015. p. 12-15.

¹⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo de Instrumento n. 6056020126190139 – Japeri, RJ 37522015*. Min. Gilmar Mendes, julgado em 3.11.2015. Disponível em: <<http://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/301009670/agravo-de-instrumento-ai-6056020126190139-japeri-rj-37522015/inteiro-teor-301009686>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

¹⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RO n. 111-69 – SP*. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 7.8.2012.

¹⁹ Art. 81 da CF: [...] § 1º Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei.

²⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *MS n. 178775 – PR*. Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJE*, 2 mar. 2012.

²¹ Art. 224 do Código Eleitoral: Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do País nas eleições presidenciais, do estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de vinte a quarenta dias.

²² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Contra Expedição de Diploma – RCED n. 671 – São Luís, MA*. Rel. Min. Eros Roberto Grau, de 3.3.2009.





previstas na Constituição Federal, por força do princípio da normalidade e legitimidade das eleições”.²³

A doutrina de José Armando Ponte Dias Júnior traz luz sobre o que vem a prejudicar a soberania popular, asseverando que a captação ilícita de sufrágio, a corrupção eleitoral e a fraude interferem na escolha pelo eleitor dos seus representantes são “condutas contrárias ao sistema democrático-representativo, uma vez que vão de encontro à legitimidade da representação política e à própria soberania popular”.²⁴

Conforme a decisão do TRE-SC, abaixo colacionada, resta claro que a cassação é a consequência quando a atitude do candidato tenta manipular a soberania popular, seja através da captação ilícita de sufrágio, corrupção eleitoral ou fraude. Nesta senda:

A soberania popular é exercida pelo voto (art. 14, *caput*) e a lei protegerá as eleições contra o abuso de poder econômico, de sorte a resguardar a ‘normalidade e a legitimidade das eleições’ (§ 9º). A partir do momento em que há a corrupção não existe mais situação de normalidade ou legitimidade. Houve o desequilíbrio. Não será a maioria a decidir, mas o dinheiro. O eleito derivará da força econômica, não de um veredicto popular.²⁵

Outrossim, a decisão do TRE-MS traz a soberania popular como a base do sistema democrático, devendo a Justiça Eleitoral fazer de tudo para dar validade ao voto exercido de maneira livre. Porém, quando essa liberdade é tolhida, seja por abusos políticos ou econômicos, é a soberania popular a base da punição com cassação e invalidade destes mesmos votos. Nesse sentido:

Se a soberania popular é princípio basilar do sistema democrático, deve ser ela entendida como aquela que garante e protege a vontade do povo, manifestada pelo voto, e que deve ser expressada de forma lícita, isenta de abusos e de transgressões legais, fato que não se vê nas condutas ora analisadas. Sendo flagrante a gravidade da conduta para afetar a legitimidade, normalidade e sinceridade das eleições, o que caracteriza o abuso do poder de autoridade, defeso pela Lei das Inelegibilidades, ante a ruptura do princípio da igualdade de oportunidade entre os candidatos no certame eleitoral, dá-se provimento ao recurso para, com fundamento no art. 22, inciso XIV, da Lei Complementar n. 64/1990, declarar a inelegibilidade do agente político responsável, pelo período de oito anos, a contar da data da eleição e, ainda, cassar os diplomas dos componentes da chapa majoritária.²⁶

²³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REspE n. 19.717 - RS. Relator Min. Luiz Carlos Lopes Madeira, Data de Julgamento: 30.7.2002. DJ - *Diário de Justiça*, 7 ago. 2002.

²⁴ DIAS JÚNIOR, José Armando Ponte. *Elegibilidade e moralidade: o direito fundamental à moralidade das candidaturas*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 138.

²⁵ BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral (SC). RDJE n. 63.184 - SC. Relator Luiz César Medeiros, data de julgamento: 7.10.2013. DJE - *Diário de JE*, n. 196, 14 out. 2013. p. 4-5.

²⁶ BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral (MS). RE n. 23.821 - MS. Relator Luiz Cláudio Bonassini da Silva, data de julgamento: 9.4.2013. DJE - *Diário da Justiça Eleitoral*, n. 793, 15 abr. 2013. p. 5-7.





O que se pode perceber é a utilização da expressão da soberania popular sem critérios determinantes. Ao se debater sobre a “gravidade”²⁷ do ato cometido contra a soberania, temos uma expressão “vazia”, tanto para justificar a manutenção do candidato eleito, como a cassação do mesmo. Conforme demonstra a seguinte decisão do TSE:

Para a condenação pela captação ilícita de sufrágio, há a necessidade de que haja sustento fático suficiente, o qual supõe que os fatos invocados sejam certos, e não mínimos; e estejam devidamente provados e razoavelmente apreciados.

A Justiça Eleitoral deve, sempre, coibir as práticas nefastas que possam influenciar no livre exercício do sufrágio, até como meio de legitimar o exercício da representatividade política e de dar guarida e respeito à soberania popular a partir de um incólume processo eleitoral. No entanto, deve-se, sempre, pautar-se na garantia individual de aplicação de penalidades de forma razoável e proporcional, conforme os ditames constitucionais, valorando os fatos com a necessária ponderação jurídica.²⁸

Apesar da referida ação minimalista da Justiça Eleitoral alardeada em várias decisões, essa situação não se evidencia quando da aplicação de cassação em larga escala como facilmente se depreende do número de mais de 623 (seiscentos e vinte e três) cassações de mandatos políticos do ano 2000 até 9 de setembro de 2007, números compilados pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE).²⁹

A falta de critérios mais específicos na legislação eleitoral e mudanças constantes em busca de uma atualização utópica levam a uma incerteza e um desrespeito à soberania popular, transformando-a apenas em uma expressão moldável conforme o interesse.

5 (I) LEGITIMIDADE DE CASSAÇÃO PELAS AÇÕES ELEITORAIS (AIME)

O termo “ações eleitorais” engloba um universo como a ARC – Ação de Registro de Candidatura, a IRC – Impugnação do Registro de Candidatura (que, apesar de correr nos mesmos autos do registro de candidatura, tem natureza própria), a AIJE – Ação de Investigação da Justiça Eleitoral, a AIME – Ação de Impugnação ao Mandado Eletivo e o RCED – Recurso Contra a Expedição de Diploma.

²⁷ “No entanto, permite, a lei, sistematicamente, que sobre todas elas possa incidir um juízo de desvalor do resultado, no campo da análise da “gravidade” dos fatos, a cargo do juiz eleitoral, na justa medida em que essas ações, condutas, podem vir a afetar concretamente a igualdade de oportunidades entre os que disputam no pleito eleitoral.” (BERNARDI, Dieison Picin Soares. *A gravidade dos fatos* (LC n. 64/90, art. 22, XVI) e o aumento do rigor na punição por abuso do poder político conforme jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/edicoes/n-4-juldez-2013/integra/2013/12/a-gravidade-dos-fatos-lc-n-6490-art-22-xvi-e-o-aumento-do-rigor-na-punicao-por-abuso-do-poder-politico-conforme-jurisprudencia-do-tribunal-superior-eleitoral/indexc810.html?no_cache=1&cHash=34e72c99d644b7c1541cfb8cd7f2c13b>. Acesso em: 29 mar. 2016).

²⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Especial Eleitoral n. 727-86.2012.6.12.0036, Classe 32* – Campo Grande, MS. Relator Ministro Henrique Neves da Silva, em 12.3.2014.

²⁹ MARTELLO, Alexandre. *Balanço mostra 623 cassações de mandatos de 2000 em diante por corrupção*. Globo.com: G1, Brasília, 10 jul. 2007. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,MUL144462-5601,00-BALANCO+MOSTRA+CASSACOES+DE+MANDATOS+DE+EM+DIANTE+POR+CORRUPCAO.html>>. Acesso em: 17 abr. 2016.



Para o presente trabalho interessa a análise da AIME,³⁰ pois é a ação intentada depois que o candidato já está eleito e diplomado, ou seja, já existe o voto que exterioriza a soberania popular.

A AIME visa desconstituir o próprio mandato obtido ilicitamente por meio de fraude, corrupção e abuso de poder econômico.³¹

Além da falta de critérios da jurisprudência (demonstrada no capítulo anterior) quanto à questão de como bem aplicar o princípio da soberania popular, tem-se a possível demora no julgamento, ocorrendo a análise do mérito da ação com o mandato em andamento, gerando, assim, insegurança jurídica, política e econômica.

Exemplo é a AIME n. 761, contra a ex-Presidente da República Dilma Rousseff, e na época seu vice, Michel Temer (atual Presidente da República), e a Coligação “Com a Força do Povo”, na reeleição, por suposto abuso de poder político e econômico nas Eleições 2014, que ainda tramita sem uma definição, mesmo com quase dois anos de duração (metade) do mandato já cumpridos.³²

A questão do tempo se torna ainda mais imperiosa no Direito Eleitoral tendo em vista que os mandatos, em sua grande maioria, são de 4 (quatro) anos (o art. 46, §1º da CF traz como exceção o mandato do Senador da República que é de 8 anos), e a impossibilidade de o mandato cumprido ser ressarcido a quem deveria por direito ocupar o cargo político se for alterada a decisão popular das urnas.

Quanto mais tardia a decisão em AIME, mais a situação estará consolidada para a sociedade, pois existe um apaziguamento normal das paixões que dominam os pleitos eleitorais brasileiros, aproximando-se do princípio da segurança jurídica. Assim, uma decisão tardia na esfera eleitoral traz tantos males sociais quanto os motivos que a ensejaram.

De outro vértice, é correto que uma ação judicial deve ser célere, mas não pode ser rápida a ponto de que se tenha desrespeito aos princípios básicos da Constituição, especialmente quanto ao princípio do devido processo legal.

Situação ainda pior ocorre com decisões provisórias que geram alternâncias no resultado das eleições, com guerra de liminares com representantes sendo retirados do poder e retornando em poucos dias, ferindo o princípio da segurança jurídica.

O acórdão da lavra do Ministro Luiz Fux demonstra que o TSE tem robusta jurisprudência neste sentido:

A jurisprudência deste Tribunal Superior Eleitoral sedimentou entendimento no sentido de repudiar sucessivas alternâncias na chefia do Poder Executivo local, na medida em que acarretam insegurança jurídica, incertezas na população local e descontinuidade na gestão administrativa.³³

O princípio da segurança jurídica, ao ser aplicado ao Direito Eleitoral, ganha um novo viés, sendo que dele decorre “a necessária preservação do ato eleitoral que

³⁰ Constituição Federal, Art. 14 [...] §10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção e fraude. §11. A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.

³¹ ESMERALDO, Elmana Viana Lucena. *Processo eleitoral*: sistematização das ações eleitorais. Leme: J.H. Mizuno, 2011. p. 351-5.

³² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *TSE decide prosseguir com ação que pede cassação de Dilma Rousseff e Michel Temer*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2015/Outubro/tse-decide-prosseguir-com-acao-que-pede-cassacao-de-dilma-rousseff-e-michel-temer>>. Acesso em: 3 abr. 2016.

³³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Ação Cautelar AC n. 18093120146000000 - Itau de Minas, MG 327042014*. Relator Min. Luiz Fux, em 31.10.2014. Disponível em: <<http://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/301064950/recurso-ordinario-ro-48261520146130000-belo-horizonte-mg-365922014/inteiro-teor-301064960>>. Acesso em: 22 ago. 2016.



não pode ficar em aberto, nem ser facilmente anulado. Ele deve ser certo e transmitir esta certeza aos eleitores”.³⁴

Outra questão que pesa nessa análise é a ideologia por trás de questões políticas, não podendo a liberdade de ideologia do eleitor ser aplicada também aos Membros da Justiça Eleitoral.

Sobre essa referida ideologia, Torquato Lorena Jardim faz importante ressalva de que “o Juiz não pode pretender – na ordem constitucional fundada na democracia representativa, privilegiar sua própria escala de valores e sua própria visão do dever-ser político em detrimento da vontade democrática majoritária”.³⁵

A escolha através do voto popular não demanda isenção ou justificativa por parte do eleitor, a ele é dado o direito de qualificar (como bem entender) os motivos que o levam a decidir por esse ou aquele candidato. E para tal não se exige do eleitor diploma ou conhecimento aprofundado de política ou outra ciência, podendo o mesmo decidir por simples percepção e análise de qualidades que o mesmo entende essenciais para que seja seu representante, mesmo que não sejam essenciais para o exercício da Administração Pública.

Não se pode criticar eleitor que vota em candidato levando em conta sua religião, formação familiar, opção sexual ou até mesmo o time de futebol pelo qual ele torce. Os critérios a serem utilizados pelo eleitor escolher seus representantes são os mais amplos possíveis.

A Justiça Eleitoral, por outro lado, sempre lutou pela prevalência do voto, não permitindo que ideologias partidárias seja a motivação de decisões judiciais, nem a utilização dessas decisões judiciais como correção da decisão popular.

É evidente a complexidade da análise da AIME, envolvendo o princípio da soberania popular, com a questão temporal e ideológica, interferindo na acepção utópica de uma interpretação única e exclusivamente legal.

6 CONCLUSÃO

Para que o Direito Eleitoral continue sua escalada no aprofundamento do seu estudo, necessário se faz que a jurisprudência traceje critérios mais bem definidos na análise das situações das lides eleitorais, para que a defesa da soberania seja realmente concreta.

O problema é que vire regra, e não exceção, a alteração da decisão popular através do voto direto por uma decisão judicial mesmo que sob o argumento da defesa da soberania popular. Essa situação é apresentada por Juliana Costa Meinerz Zalamena:

O conjunto que compõe a legislação eleitoral e os mecanismos judiciais dela derivados, como a possibilidade de uma nova eleição, são utilizados para modificar um resultado negativo. Tendo esgotado todas as outras estratégias utilizadas para vencer, a última cartada no jogo, diante da derrota, é tentar retirar o vencedor do poder mediante a via judicial. O que significa que a partir dessa

³⁴ VARGAS, Alexis Galiás de Souza. *Princípios constitucionais de direito eleitoral*. 2009. 228 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - PUC-SP, 2009. p. 191.

³⁵ JARDIM, Torquato Lorena. *Das premissas necessárias de um recurso contra a expedição de diploma na hipótese de abuso de poder no sistema constitucional da reeleição sob controle judicial*. Disponível em: <<http://ibrade.org/index.php/10-contato/contato/15-artigo1>>. Acesso em: 3 abr. 2016.





possibilidade, o fim das eleições, a apuração e divulgação dos resultados oficiais, não é necessariamente o fim do jogo: ele pode continuar em outra arena, não política, mas judicial.³⁶

Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto trazem uma crítica, asseverando que o intervencionismo exacerbado no resultado da eleição deveria ser substituído por políticas de informação e orientação para que decidam melhor. Esta prática recebe a denominação de “paternalismo libertário”.³⁷

A complexidade da situação e dos aspectos trabalhados não permite uma resposta abstrata para todas as situações que se apresentam, mas não se deve deixar de fazer o alerta para o conflito existente, conflito este que se relaciona intimamente com a democracia que se quer ver implementada no Brasil.

Necessita-se de uma discussão mais ampla da doutrina e, especialmente, da jurisprudência, para que se possa não engessar os temas levantados, que precisam ter capacidade para acompanhar os avanços sociais, e sim lançar luzes sobre os mesmos, sistematizando conhecimento, não apenas empírico, sobre assunto carregado de paixões políticas.

Eneida Desiree Salgado ressalta a importância da proteção do voto não apenas em seu sentido formal, mas também a proteção na escolha livre do eleitor: “Não apenas a manifestação do voto deve ser cercada de garantias, a formação do voto deve ser pura e imaculada. De nada adianta o voto ser eletrônico se a cidadania continuar sendo de papel”.³⁸

REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. *Direito Eleitoral regular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BELTRÃO, Tatiana; VIDIGAL, Fernanda. *Constituição*: apesar das dificuldades, projetos de iniciativa popular ganham fôlego. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/10/25/constituicao-apesar-das-dificuldades-projetos-de-iniciativa-popular-ganham-folego>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

BERNARDI, Dieison Picin Soares. *A gravidade dos fatos (LC n. 64/90, art. 22, XVI) e o aumento do rigor na punição por abuso do poder político conforme jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral*. Disponível em: <http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/edicoes/n-4-juldez-2013/integra/2013/12/a-gravidade-dos-fatos-lc-n-6490-art-22-xvi-e-o-aumento-do-rigor-na-punicao-por-abuso-do-poder-politico-conforme-jurisprudencia-do-tribunal-superior-eleitoral/indexc810.html?no_cache=1&cHash=34e72c99d644b7c1541cfb8cd7f2c13b>. Acesso em: 29 mar. 2016.

³⁶ ZALAMENA, Juliana Costa Meinerz. Judicialização da competição política e eleições municipais no Rio Grande do Sul. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, 15 nov. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23021>>. Acesso em: 8 dez. 2015.

³⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a Lei da ficha limpa. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1. quadrim. 2014.

³⁸ SALGADO, Eneida Desirre. A influência do poder econômico nas eleições e a impugnação de mandato. *Estudos Eleitorais*, Brasília: TSE, v. 4, número especial, 2009.





BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal da República*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.

_____. *Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral (SC). *RDJE n. 63.184 – SC*. Relator Luiz César Medeiros, data de julgamento: 7.10.2013. *DJE - Diário de JE*, n. 196, 14 out. 2013

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral (MS). *RE n. 23.821 – MS*. Relator Luiz Cláudio Bonassini da Silva, data de julgamento: 9.4.2013. *DJE - Diário da Justiça Eleitoral*, n. 793, 15 abr. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Ação Cautelar n. 18093120146000000 - Itau de Minas, MG 327042014*. Relator Min. Luiz Fux, em 31.10.2014. Disponível em: <<http://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/301064950/recurso-ordinario-ro-48261520146130000-belo-horizonte-mg-365922014/inteiro-teor-301064960>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo de Instrumento n. 6056020126190139 - Japeri, RJ 37522015*. Min. Gilmar Mendes, julgado em 3.11.2015. Disponível em: <<http://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/301009670/agravo-de-instrumento-ai-6056020126190139-japeri-rj-37522015/inteiro-teor-301009686>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

_____. *Agravo de Instrumento n. 8601420126130259 – Pouso Alto, MG 315862013*. Relator Min. Gilmar Ferreira Mendes, data de julgamento: 16.12.2014. *DJE - Diário de Justiça eletrônico*, 3 fev. 2015. p. 12-15.

_____. *MS n. 178775 - PR*. Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe*, 2 mar. 2012.

_____. *Recurso Contra Expedição de Diploma - RCED n. 671 - São Luís, MA*. Rel. Min. Eros Roberto Grau, de 3.3.2009. Disponível em: <<http://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3168874/recurso-contr-expedicao-de-diploma-rced-671-ma/inteiro-teor-14920212>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *REspE n. 19.717 - RS*. Relator Min. Luiz Carlos Lopes Madeira, Data de Julgamento: 30.7.2002. *DJ - Diário de Justiça*, 7 ago. 2002.

_____. *REspE n. 19.717 - RS*. Relator Min. Luiz Carlos Lopes Madeira, data de julgamento: 30.7.2002. *DJ - Diário de Justiça*, 7 ago. 2002.

_____. *REspE n. 727-86.2012.6.12.0036, Classe 32 - Campo Grande, MS*. Relator Ministro Henrique Neves da Silva, em 12.3.2014. Disponível em: <<http://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/301355752/recurso-especial-eleitoral-respe-7278620126120036-campo-grande-ms-299872013/inteiro-teor-301355762>>. Acesso em: 22 ago. 2016.





BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RO n. 111-69, SP*. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 7.8.2012. Disponível em: <<http://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23481033/recurso-ordinario-ro-11169-sp-tse/inteiro-teor-111716500>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

_____. *Eleições no Brasil: uma história de 500 anos*. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2014.

_____. *TSE decide prosseguir com ação que pede cassação de Dilma Rousseff e Michel Temer*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2015/Outubro/tse-decide-prosseguir-com-acao-que-pede-cassacao-de-dilma-rousseff-e-michel-temer>>. Acesso em: 3 abr. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Campinas: Bookse-
ler, 2003.

CASTRO, Edson de Resende. *Curso de Direito Eleitoral*. 6. ed. rev., atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a lei da ficha. limpa. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 9, n.1, 1. quadrim. 2014.

DIAS JÚNIOR, José Armando Ponte. *Elegibilidade e moralidade: o direito fundamental à moralidade das candidaturas*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

ESMERALDO, Elmana Viana Lucena. *Processo eleitoral: sistematização das ações eleito-
rais*. Leme: J.H. Mizuno, 2011.

JARDIM, Torquato Lorena. *Das premissas necessárias de um recurso contra a expedição de diploma na hipótese de abuso de poder no no sistema constitucional da reeleição sob conrole judicial*. Disponível em: <<http://ibrade.org/index.php/10-contato/contato/15-artigo1>>. Acesso em: 3 abr. 2016.

LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. *Direito Eleitoral: comentários às Leis n. 9.540/97, n. 9.096/95 e a Lei Complementar n. 64/90*. Leme: Imperium, 2008.

MARTELLO, Alexandre. Balanço mostra 623 cassações de mandatos de 2000 em dian-
te por corrupção. *Globo.com*: G1, Rio de Janeiro, 4 out. 2007. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL144462-5601,00-balanco+mostra+cassacoes+de+-mandatos+de+em+diante+por+corrupcao.html>>. Acesso em: 17 abr. 2016.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Ciência política: estado e justiça*. Leme: JH Mizuno, 2007.





RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 8. ed. rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

REIS, Marlon. *O gigante acordado: manifestações, ficha limpa e reforma política*. Rio de Janeiro: Leya, 2013.

SALGADO, Eneida Desirre. A Influência do poder econômico nas eleições e a impugnação de mandato. *Estudos Eleitorais*, Brasília: TSE, v. 4, número especial, 2009.

SAMPAIO, Américo. *É preciso romper as travas da soberania popular no Brasil*. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-gerais/2016/fevereiro/e-preciso-romper-as-travas-da-soberania-popular-no-brasil>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

TATAGIBA, Luciana. *1984, 1992 e 2013: sobre ciclo de protestos e democracia no Brasil. Política e Sociedade*, Florianópolis, SC, vol. 13, n. 28, set./dez. 2014.

TAVARES, André Ramos. Há uma crise de legitimação eleitoral no mundo? *Estudos Eleitorais*, vol. 5, número 1, jan./abr. 2010.

VARGAS, Alexis Galiás de Souza. *Princípios constitucionais de Direito Eleitoral*. 2009. 228 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - PUC-SP, 2009.

ZALAMENA, Juliana Costa Meinerz. Judicialização da competição política e eleições municipais no Rio Grande do Sul. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3.424, 15 nov. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23021>>. Acesso em: 8 dez. 2015.





EDUCAÇÃO, DEMOCRACIA E SUBJUGAÇÃO: CONTRIBUTO PARA UMA DEMOCRACIA LIBERTADORA

Maria Cecília Pontes Carnaúba*

RESUMO

A qualidade e o alcance populacional da educação de um povo interferem na concretização dos fundamentos do sistema político democrático e na estabilidade do Estado. Nos espaços em que o sistema de ensino é capaz de habilitar, à população, para a visão sistêmica do contexto social e de funcionamento da estrutura de poder que a governa os princípios de verdade, igualdade e justiça têm força suficiente para condicionar o agir individual, de modo ativo, para a construção do bem estar comum. Nos espaços em que a educação é qualitativa ou quantitativamente insuficiente, o sistema de poder se constrói sobre a imprevisibilidade dos riscos do agir e sobre a apatia popular o que retira, completamente, a liberdade individual. A capacidade de agir livremente e de escolher vincular a conduta individual aos princípios de verdade, igualdade e justiça dividem as democracias em democracias de centro e democracias de periferia, com grandes diferenças éticas e de qualidade de vida entre ambas. Importante considerar que as democracias de periferia tendem a perpetuar essa condição, pois a mudança de funcionamento da sociedade não depende do decurso do tempo, depende da eficiência do Estado em assegurar o pleno desenvolvimento das potencialidades individuais e de condicionar o agir aos valores éticos, através da educação.

Palavras-chave: Democracia. Educação. Ética. Poder. Subjugação.

ABSTRACT

The quality of education and the extent of population in contact with it change the achievement of the democracy and the states stability. In places where the educational system is able to improve people's perception about social context and local power structure, it is stronger the link between truth, equal and justice principles and the individuals actions to construct the common welfare. On the other side, in poor quality education areas, the power of the system arises from people's political apathy and unpredictability action risks that completely exclude individual freedom. The capacity to act freely and to choose actions based in the truth, equality and justice principles divide democracies in central and peripheral with great ethical and quality of life differences. It is important to consider that the peripheral democracies tends to stay in that condition due to lack of changes on social operation, and also on the states efficiency to guarantee the full development of people's mind and to make connection between individual action and truth, equality and justice principles, through education.

Keywords: Democracy. Education. Ethic. Power. Subjugation.

* Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Promotora de Justiça do Estado de Alagoas. Membro do GT8 do Conselho Nacional do Ministério Público. Autora do Livro Prova Ilícita e diversos artigos jurídicos.





1 INTRODUÇÃO

Acreditar que o homem marcha rumo ao mais ético, ao mais livre, à superação da violência¹ e que a perseverança em condutas de respeito à vida e ao ser humano nos apresentará, no futuro, uma sociedade em que o princípio de solidariedade social levará os indivíduos à cooperação mutua, é imperativo de bem-estar e de estabilidade estatal. É indispensável a confiança no ser humano para construção do progresso e do bem-estar de todos, como resultado do exercício da razão. Essa postura existencial pretende superar a dúvida sempre presente diante do questionamento inquietante sobre a evolução humana: ao longo do tempo, melhoramos como seres humanos e como civilização, ou pioramos?

Nesse sentido há uma consideração inafastável: se a civilização humana é beligerante por natureza, desde os primórdios combate para conseguir alimentos, para conquistar espaços territoriais mais amplos, para auferir melhores vantagens econômicas e se, nesses combates, sobrevivem os vencedores e são eliminados os vencidos e, por fim, se os vencedores são, forçosamente, os seres com maior capacidade de destruição, a população atual da Terra é de descendentes de pessoas que garantiram e garantem sua sobrevivência à custa da violência e eliminação do opositor ou do diverso.

Neste curso, a civilização humana segue uma trilha de subjugação do mais vulnerável com método de garantia de seu bem-estar individual, sem perceber que este não se sustenta sem a efetiva correspondência com o bem-estar de todos. Essa incapacidade de visão do contexto tem levado o homem à construção de diversos tipos de organização estatal para harmonizar a convivência e promover a prosperidade. Nenhum dos sistemas políticos tem sido suficiente para alcançar esse intento, menos por força de sua engenharia mecânica e muito mais pela sua operacionalidade, que compete aos seres humanos.

O sistema político que mais se harmoniza com o ideal de humanizar o indivíduo é a Democracia mas, ainda ela, precisa operar adequadamente os valores de verdade, igualdade e justiça para se tornar o ambiente capaz de permitir a libertação do humano. Quando estes princípios não são vinculativos do agir, de modo universalizado, no ambiente social, as democracias perdem o poder de libertação do homem através do desenvolvimento individual e se transformam em espaços de subjugação através da ignorância. A subjugação se caracteriza pela inabilidade do indivíduo de interferir conscientemente na formação da estrutura de poder que o envolve, assim se submete ao sistema de poder através de uma relação tirania/vitimização.

Os ambientes sociais em que os homens são efetivamente livres para condicionarem o sistema de poder a que se submetem são democracias de centro, nestas os indivíduos constroem conscientemente o mando político que pretendem acatar. Os locais onde essa liberdade não existe e o funcionamento do mando político ratifica a disparidade de classes sociais, são as democracias de periferia, nestas, o sistema de poder é sustentado pela apatia decorrente da inabilidade individual para percepção sistêmica da estrutura de poder vigente no espaço social. Nesse contexto, importa

¹ ANDRADE, Maria Inês Chaves de. *A fraternidade como direito fundamental entre o ser o dever ser na dialética dos opostos de Hegel*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 25.



ressaltar que liberdade não se constitui em relação formal de simples locomoção e expressão de pensamento, liberdade exige habilidade cognitiva mínima para percepção dos riscos do agir para a construção do sistema de poder ao qual o indivíduo pretende se submeter.

2 EVOLUÇÃO DA DEMOCRACIA

2.1 ESCOLHAS E CONSEQUÊNCIAS

O sistema político-democrático surge como o caminho que afasta o Estado das injustiças provocadas pela ideia de origem divina dos governantes e de superioridade do grupo de indivíduos que ocupa o topo da estrutura de poder. Até a idade média, o uso do divino e o fortalecimento de desigualdades como forma de legitimação do poder serviu de pano de fundo para exploração humana e subserviência social. Institucionalizou-se o pensamento de que o temor reverencial era a melhor forma de controle social para garantir a perpetuação de funcionamento do poder de modo que alguns fossem beneficiados pela subserviência do povo. O temor reverencial tinha por referência a ideia de superioridade dos que ostentavam o poder de mando. Esse tema foi largamente trabalhado no século XVI através da temática de governo das almas, do que se ocupou a pedagogia e as pastorais católicas e protestantes.

A violência com que o poder reagia a eventuais condutas inadequadas à sua perenização era ostensivamente utilizada para subjugar os indivíduos e, ainda hoje, é instrumento que assegura a governabilidade em muitas democracias de periferia. Esse modo de proceder, associado à educação ineficiente, favorece o comportamento beligerante, pois a educação de má qualidade impede o desenvolvimento da habilidade de visão sistêmica da realidade, comumente, contrapõe os interesses individuais aos interesses comuns e impede a percepção de que o bem-estar geral é condição para o bem-estar individual.

A institucionalização da violência parece ser resultado do conhecimento atávico de beligerância que instruiu a evolução da humanidade que, se sob uma face de observação lhe garantiu a sobrevivência, sob outra face sedimentou o costume de destruição do diverso, do mais fraco e a necessidade de subjugação como estratégia de garantia de sucesso individual. A ideia de diferença entre os seres humanos e de superioridade de alguns conduziu a atitudes predatórias assumidas, inclusive, pelas colonizações por volta do século XVI e pelos movimentos escravagistas.

A beligerância herdada de nossos ancestrais faz parte do cotidiano democrático atual e nem sempre é percebida como tal, inclusive, se mostra através da linguagem a exemplo do trabalho por melhorias sociais e pessoais, comumente denominado “luta pelos direitos humanos”, outrossim, a doutrina cristã se refere ao “bom combate”. A percepção sistêmica da realidade somente advém, maciçamente, de uma educação eficiente, sua falta conduz ao pensamento de que se deve lutar por direitos, lutar por uma sociedade mais justa e isso instiga a uma postura belicosa como comportamento útil ao bem estar próprio e à produção do bem de todos. Essa concepção abriga grande





equivoco, pois traz à tona a memória dos combates que informaram o início de nossa civilização sob a forma de arquétipos, sedimentos de experiências constantemente revividas pela humanidade.²

Se existe luta, é preciso que alguns vençam e outros sejam vencidos ressaltando-se que os vencedores são sempre os que concretizam maior potencial de destruição e os vencidos são os menos destrutivos, esses são eliminados ou condicionados à apatia. Tal postura é radicalmente oposta à concretização do objetivo democrático de construção do bem de todos, e dos princípios de igualdade, verdade e justiça. A educação é a estratégia mais eficiente para sedimentar os ideais humanitários, e com isso favorecer a transmutação da beligerância em solidariedade social. Para que os princípios democráticos possam se tornar efetivos, tal mudança só é possível através da garantia de qualidade e universalidade a esse serviço.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948³ reconhece que a Democracia é o único regime político compatível com o pleno respeito aos Direitos Humanos, entretanto, enquanto a memória beligerante não for transformada através de uma educação eficiente, haverá grande tendência de perenização da ideia de superioridade e de destruição herdada das civilizações que nos antecederam. Essa realidade produz e acentua desigualdades injustas que por si só caracterizam estímulo à violência e dificultam a concretização dos fundamentos democráticos de libertação do indivíduo e prosperidade social.

Estados em que as ideias de superioridade e de destruição gravitam com força suficiente para tensionar os relacionamentos público e privado, ainda que se autodesignem Democracias, revelam um funcionamento inadequado para a produção do bem de todos. Este é o objetivo final desse regime político e, se este não se concretiza, os espaços políticos se constituem em democracias de periferia. Nestas existe um sistema normativo formalmente democrático, o funcionamento do sistema gravita em torno dos princípios democráticos, mas a estrutura de poder não concretiza tais princípios, estes não possuem força suficiente para vincular o agir individual aos valores de verdade, igualdade e justiça que, por sua vez, garantem de estabilidade social.

2.2 INTERFERÊNCIA RELIGIOSA

O uso do Divino teve a face de legitimação do poder e de determinação, a priori, de indivíduos e classes sociais, destinados à regência dos Estados, com base na polarização superioridade/inferioridade que era uma eficiente forma de controle social. Entretanto, a desigualdade na distribuição dos recursos estatais causou a inquietação social necessária para a mudança de postura e construção das bases ideológicas de dignificação do ser humano que se concretizaram através do humanismo e da adoção da democracia como sistema político compatível com essa nova ideologia.

A história antiga mostra o mito de Prometeu acorrentado a um rochedo e condenado ao suplício de ter o fígado devorado todos os dias, por um abutre. Tal penalidade lhe foi imposta, por Júpiter, em virtude de sua interferência em favor dos seres humanos para lhes assegurar o uso do fogo como recurso para arrostar o frio, cozer

² JUNG, Carl Gustav. *Psicologia do inconsciente*. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 81.

³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos humanos*. Adotada e proclamada através da Resolução 217 A, III, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1948. Arts. 21 e 29. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2016.





os alimentos e trabalhar os metais. Esse suplício cessaria de imediato, se o Titã se submetesse voluntariamente a seu opressor o que foi eticamente rechaçado por ele, razão porque, tornou-se símbolo de amor à humanidade, de resistência magnânima ao sofrimento imerecido e de força de vontade que resiste à opressão.⁴

Os mitos doutrinavam valores de refinamento espiritual, mas também, refletiam a personalidade pouco evoluída dos deuses que, nessa fase, assumiam um comportamento vingativo, mesquinho, traiçoeiro e violento, espelhado nos sentimentos caracteristicamente humanos. Essa personalidade era reflexo do estágio civilizatório da época e serviu para incutir o temor, como forma de controle social. Este se reforçava em virtude da ignorância da grande maioria da população que impedia a percepção dessa metodologia de controle social, ademais, não se pode desconsiderar o acanhado desenvolvimento dos conhecimentos científicos e tecnológicos daquele período. Os mitos e fábulas, produzidos no curso da história, se constituíram em sementes para a construção do Estado democrático que somente floresceu, com os valores que conhecemos atualmente, a partir do século XVIII.

A Bíblia Sagrada, tanto no antigo quanto no novo testamento, revela o fortalecimento dos valores ético/humanitários através da pregação dos ideais que se constituem em alteração de padrões até então praticados, pois traz um conteúdo espiritual voltado à ética como elemento facilitador da convivência social. Nesse sentido ressaltam-se alguns exemplos como a orientação para honrar pai e mãe (*Êx. 20:12*) em sinal de respeito aos mais velhos e de gratidão; ganhar o pão de cada dia com o suor do próprio rosto (*2Ts. 3:10*), que é direcionamento de honestidade, solidariedade, justiça e acatamento de regras (*Ef. 4:28*), dentre inúmeras outras.⁵ Os ideais de solidariedade e respeito pelo outro se solidificam, sobretudo, através do conteúdo dos 10 mandamentos da Lei de Deus, entregues a Moisés.

Apesar desses traços históricos que construíram o caminho para a democracia, o seu fundamento maior, a igualdade como princípio de convivência humana no ocidente, somente surge com as pregações de Jesus Cristo que inaugurou a premissa de irmandade entre os seres humanos, pois são todos filhos do mesmo Deus. Essa assertiva possibilitou o florescimento dos valores de caridade, solidariedade e amor ao próximo, inclusive, para os que não pertenciam ao mesmo povo.

Jesus foi o primeiro a instituir a igualdade entre os homens, no ocidente, já que todos são igualmente filhos, amados, de um único Deus. A igualdade passou a ser ponto de partida para os relacionamentos, se estendeu para o sistema político e fundamenta o conceito de democracia como a concebemos atualmente. Os valores ensinados por Cristo provocaram uma mudança radical nas estruturas sociais do ocidente e conduziram à construção do humanismo como instrumento de emancipação do homem de todos os preconceitos e injustiças que a ideia de desigualdade entre os seres humanos fomentava. A partir dessa mudança de paradigma de organização social, a Revolução Francesa trouxe como bases a igualdade, a fraternidade e a liberdade que são marcos na história de solidificação democrática, como regime social adequado à vivência do humanismo.

A partir da Revolução Francesa, as democracias ocidentais começaram a se estruturar com base nos valores que temos hoje de igualdade, verdade e justiça como condição e força para o surgimento do princípio de solidariedade.

⁴ BLUFINCH, Thomas. *O livro da mitologia: a idade da fábula*. Trad. Luciano Alves Meira. São Paulo: Martim Claret, 2015. p. 47.

⁵ BÍBLIA, Português. *Bíblia sagrada*. Edição Pastoral. São Paulo: Paulus, 2000.





Não por acaso, a educação institucionalizou-se a partir deste acontecimento da história e seu curso de desenvolvimento e eficiência caminha em sintonia com o fortalecimento do humanismo e a sedimentação dos fundamentos da democracia, de tal modo que onde há educação eficiente há democracias capazes de concretização de seus princípios fundamentais e onde a educação é de má qualidade e alcance social insuficiente, há democracias que não concretizam os próprios fundamentos. A qualidade e o alcance da educação revelam o nível de desenvolvimento do Estado e de bem-estar social, por isso a educação é o maior investimento que se pode fazer no povo e no futuro do Estado.⁶

Há muitas críticas ao cristianismo e às religiões da idade moderna, em face dos equívocos que cometeram ao longo da história, mas essas imperfeições parecem servir apenas para um melhor posicionamento das instituições religiosas no presente, porque os erros praticados são inerentes à condição humana de seus integrantes ou administradores, não têm força para contradizer, institucionalmente, a diretriz de crescimento espiritual que as doutrinas religiosas disseminam. Estas representam um grande instrumento de fortalecimento dos valores éticos o que auxilia grandemente a concretização dos ideais humanitários.

O cristianismo, especificamente, trouxe a semente dos princípios democráticos de igualdade, verdade e justiça a partir da premissa de irmandade entre os homens, o sistema político-democrático recebeu esses princípios e os transformou em respeito à vida e ao semelhante como premissas éticas para a concretização da solidariedade social e da sustentabilidade do Estado. A sustentabilidade do Estado exige um processo de formação e informação dos cidadãos para que compreendam, pela razão, que o bem-estar de cada um somente se edifica a partir do bem-estar coletivo.

O bem de todos surge quando o Estado cria ambiente econômico estável e cuida de assegurar que os indivíduos efetivamente recebam oportunidade de desenvolvimento de suas potencialidades a um nível suficiente para percepção do contexto social e de poder, em que estão imersos, bem como sejam aptos a prover a própria manutenção com seus esforços individuais. Essa circunstância social somente se constrói a partir de educação universal de boa qualidade.

2.3 FORMAS DE CONDICIONAMENTO DO AGIR A PARTIR DA DOUTRINA RELIGIOSA

A solidificação da democracia no ocidente é influenciada pelo cristianismo mas os resultados da prática dessa doutrina são diversos a depender do nível de concretização dos valores referências de verdade, igualdade e justiça nos espaços políticos. A atividade, das igrejas cristãs, de pregação da igualdade e caridade acontece uniformemente nas democracias de centro e nas de periferia, entretanto, esta orientação é percebida segundo matizes diferentes nesses espaços.

Nas democracias de centro o trabalho das igrejas está associado ao desenvolvimento da educação pública eficiente que fornece meios efetivos para que o indivíduo perceba o funcionamento sistêmico da sociedade e as consequências do agir individual para formação da vontade geral. A conduta cívica é consciente e garante liberdade ao comportamento dos indivíduos na esfera pública e privada, para agirem de modo

⁶ UNESCO. *Declaração mundial sobre educação para todos*. Jomtien, Tailândia, 5 a 9 de março de 1990. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000862/086291por.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2016.



efetivo na transformação ou manutenção do sistema de poder vigente. Nesse contexto, os fundamentos éticos que permeiam o sistema político-democrático têm maiores possibilidades de concretização e a mensagem religiosa tem maiores possibilidades de ser percebida, de forma ideológica, com o conteúdo de pacificidade e amor ao próximo, valores éticos proativos na construção de um ambiente colaborativo e solidário.

Nas democracias de periferia, a pouca qualidade da educação, conduz à percepção da mensagem religiosa como um sistema de premiações e punições, o que gera culpas e ressentimentos. Essa forma de percepção é pouco eficiente na construção de um ambiente de liberdade em que a solidariedade possa surgir como decorrência direta da razão, através da percepção sistêmica da estrutura de poder e da consciência de que o bem estar individual e geral se retroalimentam.

As democracias de periferia estão sempre associadas ao enfraquecimento do sistema de educação que se revela ineficiente para habilitar o cidadão à visão sistêmica do funcionamento social. Os valores de verdade, igualdade e justiça não encontram força para se fazerem condicionantes do agir na vida privada e social, por isso os ensinamentos cristãos são percebidos como elementos de suporte para aceitação do sofrimento decorrente de uma estrutura de poder injusta e desconectada do propósito de construção do bem de todos.

O ideal religioso associado à educação, de boa qualidade e alcance, que prestigia os valores de verdade, igualdade e justiça fortalece a criação de um espaço social solidário que favorece a emancipação do indivíduo a partir da minimização da força das posturas individualistas e predatórias do bem-estar individual e social. Ocorre que, nas democracias de periferia, a solidariedade social, que já alcança pouca força em virtude da falta de vigor dos valores de verdade, justiça e igualdade, ainda mais se prejudica pela percepção repressora da religião decorrente da falta de visão sistêmica da estrutura de poder e do indivíduo como agente construtor dessa estrutura. Ademais, o agir pouco vinculado aos valores acima indicados, nas democracias de periferia, faz nascer inseguranças no relacionamento individual e nas expectativas que os indivíduos guardam relativamente ao poder estatal.

O resultado de toda essa circunstância é o enfraquecimento do cidadão, das instituições e a subjugação de todos que busquem romper a estrutura injusta do poder reinante. As camadas sociais mais vulneráveis são forçadas a se afastarem cada vez mais do desfrute das condições mínimas de dignidade humana através do reforço da ideologia religiosa de prêmios e punições e do estímulo à imagem do poder como algo independente do agir individual.

Ressalte-se que são justamente as pessoas que se encontram em piores condições, relativamente à vivência do mínimo existencial digno, que reforçam, com mais vigor, a estrutura de poder injusta que os vitimiza. É assim, porque é essa camada da população, nas democracias de periferia, que tem menor acesso à educação de qualidade, consequentemente, tem maior dificuldade de formação de visão sistêmica da realidade e menos condições de determinar-se eficientemente para construção de um futuro adequado à boa qualidade de vida de todos e maior ressentimento em decorrência das condições sociais inadequadas ao bem de todos.

A falta de educação tendente à universalidade e qualitativamente bem estruturada faz com que as democracias de periferia sejam contraditórias no sentido de que seu funcionamento aniquila os princípios basilares desse sistema político, por essa



razão, produz a dominação do povo. A dominação se constrói através da manipulação de decisões públicas que desatendem às necessidades mínimas de materialização dos valores de igualdade, justiça e verdade que são condição para o desenvolvimento da solidariedade social que, por sua vez, é indispensável à estruturação da boa qualidade de vida no ambiente social. O agir individual desvinculado da visão sistêmica da realidade é que autoriza o funcionamento, da estrutura de poder, de forma danosa ao bem-estar de todos. Nesse contexto, o cristianismo, nas democracias periféricas, para a população mais vulnerável socialmente, tende a tonificar a doutrina de conformismo ao sofrimento social como expressão da vontade divina, ao invés de fortalecer a doutrina da igualdade e amor ao próximo pregada por Jesus Cristo.

3 VARIAÇÕES DA ORGANIZAÇÃO SOCIAL

A educação ocidental moderna teve início sob o pálio de ideias de superioridade e beligerância que transitavam na organização do Estado medieval. Surgiu com a finalidade de adoçar as maneiras, polir o comportamento social para tornar harmônico o convívio na corte. Era privilégio de poucos e acentuava a diferença entre os cortesões e a população que habitava a periferia desse espaço social,⁷ trouxe a mensagem clara de mais valia dos integrantes da corte em relação aos habitantes do campo.

Essa premissa de superioridade e inferioridade dominava o sistema de poder e justificava violações à dignidade humana, pois os que a ordem de Estado considerava mais dignos se sentiam legitimados a explorar e aviltar os menos dignos, estes, por sua vez, se sentiam inferiores o que facilitava a aceitação dessa circunstância de poder voltada a exploração do ser humano.

Para conter as injustiças advindas da distinção entre os seres humanos, que autorizava atrocidades e existências extremamente penosas no espaço social, a premissa de irmandade entre os homens, advinda do cristianismo, transformou-se em valor ético de igualdade entre os indivíduos, como base organizacional do Estado, posteriormente, cristalizada sob a forma de princípio através do constitucionalismo. Este impôs, ao Estado, o dever de promoção do bem de todos vinculando-o, inclusive, às obrigações de fazer e à tutela de direitos fundamentais que foram se ampliando e especificando em gerações de direitos, como estratégias para limitação da arbitrariedade do poder, direcionamento de humanização do Estado e desenvolvimento do princípio de solidariedade social.

Essa movimentação valorativa, como mudança de percepção da realidade humana, condicionante do modo de agir nos espaços público e privado, causou uma transformação funcional da sociedade e favoreceu a concretização dos fundamentos democráticos que existem modernamente: verdade, igualdade e justiça como instrumentos para alcance do objetivo de promoção do bem de todos. A nova forma de enxergar os indivíduos fortaleceu a solidariedade social e impulsionou o direcionamento das comunidades à valorização da ética e, posteriormente, da ideia de meritocracia.

O propósito de humanização das sociedades, como reação ao Estado medieval, foi decisivo para a criação de instituições e organismos internacionais voltados para a proteção do humanismo e para o fomento à solidariedade no funcionamento do sistema político ocidental. Neste curso, a força vinculante do agir com base nos

⁷ ARAÚJO, Valdei Lopes de. Da civilidade à civilização. *Revista de História da Biblioteca Nacional*, ano 10, n.120, p. 12, set. 2015.



princípios de verdade, igualdade e justiça é indispensável, para a libertação do ser humano das imerecidas desigualdades herdadas das organizações sociais antigas.

A partir do século XVII, em especial com a Revolução Francesa, 1789, a educação, que até então tinha o objetivo de garantir polidez e doçura de modos para o convívio na corte, passou a ser vista como sinal de desenvolvimento dos povos e assumiu dupla dimensionalidade: direito universal e interesse nacional. A habilitação para um convívio social civilizado cedeu lugar à transmissão e produção de conhecimentos técnicos, teve início o trabalho institucionalizado de universalização da educação que compreendia a necessidade de desenvolvimento de habilidades específicas e progressivamente mais refinadas para a execução de tarefas advindas do contínuo aumento de complexidade das sociedades ocidentais.

Os padrões de pensamento humano mudaram através da troca da ideologia de superioridade de alguns indivíduos pela ideia oposta: a de igualdade entre os homens. Esse fato se refletiu na estrutura de poder que produziu a Democracia como único sistema político adequado ao pleno desenvolvimento individual e harmonia de convívio interno na estrutura de Estado. É o início do pensamento moderno de que a liberdade de crescimento individual produz diferenças úteis e complementares que possibilitam a autossuficiência do organismo social. Ela contribui para a estabilidade do sistema político, por isso, o desenvolvimento das habilidades individuais deve ser favorecido, não somente como direito humano, mas também, como prática democrática estruturante do progresso do Estado. Hoje, apreciam-se as diferenças e atribuem-se, a elas, uma valoração equitativa como elemento construtivo, diferença não tem mais conteúdo de superioridade, como na época medieval, tem conteúdo de complementariedade necessária ao desenvolvimento do grupo social e à construção do bem de todos.

A mudança da ideia de desigualdade, sob a ótica de superioridade/inferioridade, pela premissa de igualdade em direitos e obrigações entre os seres humanos, produziu o refinamento da sociabilidade rumo à garantia de igualdade de oportunidades individuais que se pretende alcançar, através da educação universal e de boa qualidade, dentro da estrutura democrática de Estado. A busca de harmonia social através do uso da igualdade entre os homens, como ferramenta de união de forças individuais em favor do bem comum, se constitui em avanço real no curso evolutivo da civilização e para sua concretização é indispensável que a ordem social funcione de modo a associar, à igualdade, os princípios de verdade e justiça como premissas do agir. A esse novo modo de organização social se denominou democracia e esta se apresenta como único sistema político que atende ao movimento moderno de humanismo e funciona permeado pela noção de solidariedade social.

Ocorre que há espaços que, apesar de serem nominalmente democráticos, não conseguem fazer com que o corpo social vivencie os valores de verdade, igualdade e justiça, em virtude de deficiência de universalização de educação em padrão de qualidade mínimo para habilitar o indivíduo à compreensão do ambiente social que o envolve. A depender da extensão e qualidade da educação, vivenciamos, modernamente, dois tipos de democracia, as de centro, que conseguem efetiva realização dos fundamentos dessa estrutura política e democracias de periferia, que não os materializam em nível suficiente pra assegurar a harmonia social.





4 DEMOCRACIA DE PERIFERIA E DEMOCRACIA DE CENTRO

Democracia tem por base o princípio de igualdade, associado aos de verdade e justiça para desenvolvimento da solidariedade social como instrumento para concretização do objetivo de promoção do bem de todos, apesar disso, esse sistema político não se materializa uniformemente nos Estados que a adotam. Ambientes sociais em que a história registra períodos de colonização, a ideia medieval de superioridade/inferioridade mostra resquícios no convívio comunitário e se reflete no sistema de educação. Nesses espaços, a universalização e qualidade do ensino são amesquinhas e não alcançam nível suficiente para habilitar o cidadão a uma postura socialmente construtiva.

As estratégias de colonização causaram injusto empobrecimento e instituíram desigualdades sociais, em territórios que, posteriormente, se tornaram Estados democráticos e, nos locais onde houve escravidão, essas desigualdades ainda mais se acentuaram. As consequências sociais da colonização e da escravidão são convenientemente denominadas “dívida social”. Sob essa denominação, podem ser geridas, parceladas, negociadas em vez de serem tratadas como uma questão urgente e prioritária.

As desigualdades decorrentes dessas circunstâncias, além de injustas se recrudesçam ou se perpetuam no tempo, e a maior causa disso é a falta de efetiva priorização do serviço de educação como instrumento de transformação dos valores praticados no período colonizatório, como forma de ressarcimento imediato dos danos causados por esse período, para que a democracia efetivamente promova a libertação individual e o desenvolvimento justo do Estado.

Os investimentos em educação servem tanto à realização individual e concretização da dignidade humana, quanto ao desenvolvimento do Estado, essa realidade foi percebida por organismos internacionais que buscam o fortalecimento dos ideais humanitários no Planeta e, estes, reconhecem que os recursos utilizados em educação básica são o maior investimento que se pode fazer no povo e no futuro do país.⁸

As desigualdades injustas, por si, produzem a formação de classes sociais e estimulam a animosidade entre elas, disso decorre a instabilidade grupal prioritariamente estimulada pela desconfiança recíproca entre segmentos sociais diversos, cuja diversidade decorre da falta de oportunidade de desenvolvimento das potencialidades individuais. Tal realidade dificulta a concretização dos princípios de verdade, igualdade e justiça, o que, por sua vez, impede a formação do manto de solidariedade social. Por essa razão, as democracias, estruturadas sob essa realidade social, não conseguem materializar o objetivo estatal de construção do bem de todos e ao invés de libertar o indivíduo para um agir consciente o aprisionam pela ignorância sobre a realidade social e de poder que o submete.

A depender do empenho do sistema de poder em ampliar o alcance e melhorar a qualidade da relação ensino/aprendizagem, as democracias conseguem ou não concretizar os seus próprios valores fundamentais de verdade, igualdade e justiça que servem ao propósito de libertação do homem, e construção do bem de todos. A concretização desses princípios, como força vinculante do agir, orientam no sentido do cuidado com educação como estratégia de redução dos danos sociais advindos do

⁸ UNESCO, 1990.



contexto histórico/social. Nas democracias de periferia essa estratégia não é priorizada e nas democracias de centro ela é tratada como condição de crescimento do Estado.

O nível de concretização dos valores de justiça, verdade e igualdade permite a vivência mais, ou menos, efetiva do princípio de solidariedade social, que se revela como um elemento de distinção entre as democracias de centro e democracias de periferia. Nas primeiras, a percepção sistêmica da realidade social e individual, dos cidadãos, e a força da confiança recíproca estimulam a solidariedade, favorecem a priorização da educação como instrumento de desenvolvimento, impulsionam o sistema econômico, as relações sociais e vinculam as ações individuais e públicas. Nas democracias de periferia, a falta de visão sistêmica é causada pela educação insuficiente para realizar essa habilidade no indivíduo e reforça a desconfiança entre as classes sociais e entre os relacionamentos individuais.

A desconformidade da educação, nas democracias de periferia, retroalimenta a debilidade de vivência dos valores de igualdade, justiça e verdade, o que favorece os focos de corrupção e gera vulnerabilidade social, política e/ou econômica em graus diversos. Por essa razão a capacidade das democracias de periferia de concretização do bem de todos é apequenada e as desigualdades produzidas pelo ideal superioridade/inferioridade entravam o desenvolvimento da solidariedade social.

As vulnerabilidades sociais, geralmente estão relacionadas, influenciam-se reciprocamente e se apresentam em todos os Estados, mas seu alcance e intensidade variam de acordo com o tipo de democracia. O que distingue as democracias em centrais ou de periferia é a intensidade da força condicionante dos princípios de verdade, justiça e igualdade sobre o agir individual e público. A partir da vivência desses valores, forma-se o ambiente social de maior ou menor nível de solidariedade social.

Quanto maior a força condicionante dos princípios de verdade, justiça e igualdade, maior a solidariedade social, a estabilidade e segurança do sistema político, o que facilita o cumprimento do objetivo de produção do bem de todos. Onde a força condicionante do agir vinculado aos valores referidos é vigorosa, formam-se as democracias de centro, que oferecem boa qualidade de vida pois as relações se pautam pela solidariedade social e tendem a vivenciar com mais determinação a dignidade da pessoa humana e os fundamentos do humanismo. A solidariedade social tem relação direta com a confiança que as pessoas depositam umas nas outras e a uniformidade do corpo social exerce papel relevante nesse contexto, pois uma sociedade muito desigual tende à pouca solidariedade entre os segmentos diferentes.

As dificuldades de vivência social dos princípios de verdade, igualdade e justiça, produzem, ou recrudescem, o funcionamento de sociedades desiguais em oportunidades, e de baixa solidariedade social, dificultam a universalização e melhoria de qualidade da educação. Outrossim, a pouca qualidade e alcance da educação ratifica a debilidade de vivência dos valores acima referidos. Essa realidade parece estar inseparavelmente ligada às democracias de periferia, ademais, a educação insuficiente para formação de visão sistêmica sobre a formação e funcionamento da estrutura de poder vigente no corpo social induz o cidadão à apatia e à incapacidade de transformação dessa realidade.⁹

⁹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Relatório nacional PISA 2012: resultados brasileiros*. p. 49. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/acoes_internacionais/pisa/resultados/2014/relatorio_nacional_pisa_2012_resultados_brasileiros.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2016.



A educação insuficiente acentua o nível de vulnerabilidades sociais, em virtude da falta de oportunidade de crescimento e superação da pobreza e da marginalidade causadas por circunstâncias históricas e alimenta a permanência de uma estrutura de poder que subjuga o indivíduo.

As democracias de periferia revelam baixa legitimidade material do mando público porque o exercício da cidadania não se concretiza apenas com o direito universal de sufrágio, este se constitui apenas em requisito formal de seu exercício. Para que se cumpra o pressuposto material de exercício da cidadania é indispensável que os indivíduos estejam habilitados à percepção das consequências sistêmicas de seu agir para a formação da estrutura de poder onde estão inseridos. Essa habilidade é que torna o indivíduo apto ao exercício da liberdade, pois esta pressupõe consciência dos riscos do agir e das circunstâncias que formam a realidade social onde se vive.

Liberdade exige, também e simultaneamente, que os indivíduos sejam emocionalmente capazes de escolhas, o que somente ocorre quando estão atendidas as necessidades mínimas de existência digna. O indivíduo é livre quando é capaz de pensar com elementos diversos livre da incerteza quanto a sua subsistência.¹⁰ Sem que estejam preenchidas as condições essenciais de exercício material da cidadania, que são consciência e liberdade, surge a apatia de grande parte da população. Nos espaços políticos em que a educação nega habilitação mínima para o exercício da cidadania, o que comumente se denomina legitimação do poder de mando, o critério de maioria é apenas a expressão do subdesenvolvimento da capacidade crítico/criativa, que produz a imprevisibilidade dos riscos decorrentes do comportamento individual.

A imprevisibilidade de consequências racionalmente previsíveis é decorrência da falta de visão sistêmica das circunstâncias e fatos cotidianos, imposta aos indivíduos que não recebem a oportunidade de desenvolvimento de suas potencialidades através da educação minimamente eficiente. A educação de boa qualidade e alcance conduz o indivíduo a compreender a diferença entre a manifestação da estrutura de poder e a sua essência. Esta se constitui das ações e omissões que produzem o mando político na sociedade, enquanto a manifestação é apenas a aparência das causas constitutivas deste mando, aos olhos da população. A educação deficiente só permite o acesso da população à manifestação do poder, o mando que ele produz, para alcançar a essência da constituição da estrutura de poder é necessário que se tenha acesso a uma educação de qualidade mínima para habilitar à formação de visão sistêmica.

É a partir da visão de sistema de poder que o indivíduo se torna livre, pois nasce para ele uma multiplicidade de possibilidades decisórias¹¹ a partir da compreensão das causas e consequências de sua conduta como instrumento de formação do mando final na comunidade. É essa liberdade que o sistema democrático objetiva produzir e tutelar. É forçoso, então, entender que os sistemas políticos democráticos se conduzirão de modo responsável¹² quando o funcionamento de sua estrutura de poder for alcançável à compreensão popular e estiver diligentemente voltada à utilidade pública como objetivo moral.

Sem educação de qualidade e tendente à universalidade não é possível o exercício da cidadania e o sistema de poder se torna ilegítimo. Esse é o contexto social das democracias de periferia que podem produzir graus diversos de fragilidade social,

¹⁰ LOM, Peter. Foreward. In: PATOCKA, Jan. *Plato and Europe*. Stanford, California: Stanford University Press, 2002. p. xvi.

¹¹ DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 42.

¹² PATOCKA, Jan. *Plato and Europe*. Stanford, California: Stanford University Press, 2002. p. 142-143.



a depender da intensidade de vivência dos princípios de verdade, justiça, igualdade, como agentes condicionantes do agir. Quanto maior a vinculação, maior a força e o alcance do princípio de solidariedade social.

Nas estruturas sociais onde a educação não habilita para a consciência e automanutenção dignas, o poder se concretiza através da imprevisibilidade das consequências decorrentes de cada postura individual, ou pública, e de sua importância para formação da vontade geral. A incapacidade para adoção de postura individual e social ativa e consciente é decorrência direta da deficiência da educação, tanto quanto a incapacidade do povo de entender a interferência de seu comportamento privado e público, para a construção do sistema de poder no espaço social em que vive.

Ressalte-se que a ineficiência da educação cria a impossibilidade real de transformação, uma vez que produz a dificuldade de automanutenção digna, através do trabalho, pois as deficiências de aprendizado, normalmente, se associam a remunerações inadequadas ao atendimento do mínimo existencial. Baixas remunerações implicam submissão a subempregos e dificuldades de subsistência. A deficiência de educação, além obstruir o desenvolvimento de visão sistêmica da realidade, impõe grande desgaste físico para o indivíduo, por ela vitimado, para prover a própria existência, também, acentua a baixa estima e toda essa cadeia de desconforto físico, emocional e intelectual fomenta a apatia cívica e o pouco respeito pelo outro.

As democracias de periferia tendem a permanecer, indeterminadamente, nessa condição, pois como não há prioridade em efetiva melhora de qualidade e acesso à educação, cria-se um círculo vicioso entre apatia social e deficiência do serviço de ensino que se retroalimentam e criam um ambiente inóspito à vivência vigorosa dos princípios de verdade, justiça e igualdade. Por isso, as democracias de periferias estão sempre associadas à instabilidade social, fomentada pelo baixo grau de solidariedade social.

É engano pensar que as democracias de periferia estão a caminho de se tornarem democracias de centro, isso só acontecerá por meio de efetiva mudança no trato da educação para que ela habilite os cidadãos ao pleno desenvolvimento de suas potencialidades intelectuais e habilidades individuais de forma livre. É esse crescimento individual que sustenta a postura social ativa e consciente, sem ele o ser humano é vitimado pela apatia e pela impossibilidade reativa que conduza à materialização de seu próprio bem-estar e do bem-estar social.

Não conseguir avaliar as consequências, racionais, decorrentes das próprias tomadas de decisão é circunstância social comum nas democracias de periferia, por incapacidade de percepção sistêmica de grande parte da população, decorrente da baixa qualidade da educação e/ou de seu alcance social insuficiente. A estrutura de poder, nessa espécie de sistema político, fomenta a impossibilidade de exercício material da cidadania e, conseqüentemente, a apatia social, através da manutenção de diversos entraves ao desenvolvimento das próprias potencialidades intelectuais e habilidades individuais.

A estratégia de imposição de dificuldades ao desenvolvimento individual pleno impede a vivência dos princípios democráticos de verdade, igualdade e justiça, por isso, os sistemas políticos que não priorizam a educação de boa qualidade e alcance universal não conseguem, efetivamente, reduzir as desigualdades advindas da história evolutiva da civilização ocidental, sobretudo onde houve colonização e regime escravagista. A falta de efetividade no trato da educação, que impede o desenvolvimento da habilidade para visão sistêmica, mantém estagnados os espaços políticos e sociais e bloqueia a possibilidade de transformação da democracia de periferia em democracia





de centro. Tais ordens de poder favorecem a criação de beneficiamentos indevidos, que somente podem permanecer no tempo se a população for mantida em situação de apatia, decorrente da incapacidade de percepção sistêmica e incapacidade reativa.

As deficiências de desenvolvimento intelectual são responsáveis por agrilhoar os indivíduos ao esforço extremo para assegurar o mínimo existencial a si e a sua família, por isso a qualidade de vida nas democracias de periferia é baixa como se verifica através dos indicadores sociais. Esses sistemas políticos contrariam sua condição básica de sustentabilidade, a oferta de oportunidades de desenvolvimento pleno da pessoa humana, e a condena à apatia, em virtude da escravidão da alma que advém do estado de ignorância, assim se garante a permanência de beneficiamentos injustos.

Agir fatalmente envolve a possibilidade de que decorram circunstâncias imprevistas ou incontroláveis denominadas riscos. Em face da criatividade humana e do acervo de conhecimentos que ainda fogem ao alcance da humanidade, a sociedade moderna opera sem referências, sem poder ver o seu futuro, entretanto, cada operação, cada atividade ou apatia produz um futuro.¹³ As democracias de periferia e as democracias de centro se distinguem pelo nível de visão sistêmica que a educação fornece aos cidadãos. Se a população tem acesso à educação universal e de qualidade é capaz de exercício material da cidadania e de influenciar positivamente a estrutura de poder que a envolve. A educação de qualidade fortalece os princípios de verdade, igualdade e justiça, como condição de sustentabilidade e harmonia sociais, sendo a partir do agir vinculado a esses princípios que surgem as condições de desenvolvimento da solidariedade social.

A falta de percepção sistêmica da realidade reduz, totalmente, a possibilidade, da população, de avaliar os riscos de suas decisões e de se determinar a partir dessa análise. Se a educação somente habilita para o exercício da cidadania quando fornece os elementos mínimos para que o indivíduo desenvolva a visão sistêmica da estrutura de poder que o envolve, somente colabora com a concretização do bem de todos e com a estabilidade estatal quando fortalece os valores de verdade, igualdade e justiça, como princípios condicionantes do agir.

A harmonia entre o funcionamento do poder e o bem-estar de todos decorre da percepção sistêmica que torna os indivíduos conscientemente ativos na formação da estrutura de poder que os vincula. Neste contexto, exerce papel preponderante o entendimento de que o bem-estar de cada cidadão não se antagoniza com o bem-estar comum, ao contrário, o bem-estar de todos é construído, diretamente, a partir do agir individual e o condiciona. Habilitar a população à postura ativa e consciente, somente se faz através da educação e traduz responsabilidade social, ademais, marca a diferença de postura e qualidade de vida entre as democracias de periferia e de centro.

Importa considerar que as decisões individuais, tanto na esfera privada quanto na pública, interferem na formação da vontade geral e da estrutura de poder que conduz o funcionamento do Estado. Nas democracias de periferia o mando estatal, resultado do somatório do agir individual, não tutela o bem de todos como finalidade de Estado, geralmente se utiliza de um discurso nesse sentido, mas as ações de gestão, em todas as instâncias, o contradizem frontalmente. Observa-se, também que as pessoas se sentem injustiçadas por essa espécie de mando como se este fosse algo que se lhes impõe a partir de uma instância incontrolável e superior. Essa dinâmica de funcionamento das democracias de periferia demonstra que, nesses espaços, os

¹³ DE GIORGI, 1998, p. 137.



indivíduos não são capazes de avaliar, contextualizadamente, as consequências de suas escolhas e, também, não percebem sua interferência na formação do agir estatal que, nessa espécie de sistema político, os subjuga e vitimiza.

A deficiência de visão sistêmica é que induz os indivíduos a agirem com base em impulsos de satisfação de necessidades imediatas, muitas vezes não percebem que tal escolha poderá causar flagelos futuros ou sua condição de sobrevivência é tão vulnerável que não tem escolha. A cegueira relativa à estrutura de funcionamento do poder, como resultado do agir individual, diminui bastante a possibilidade de que o cidadão perceba a necessidade de aperfeiçoamento dos valores referenciais do convívio grupal saudável: verdade, igualdade e justiça. Sobretudo, anuvia a percepção de que somente a vivência desses valores fortalece a solidariedade social, caminho indispensável para a construção do bem de todos.

Os valores de verdade, justiça e igualdade não se concretizam de modo perfeito nas democracias de centro, pois existe certa porção de impossibilidade de previsão dos riscos de atividade/apatia, em virtude da criatividade humana e dos limites de conhecimentos disponíveis no atual estágio evolutivo da humanidade. Ocorre que nas democracias de periferia esse risco é muito alto e nas democracias de centro é marcadamente diminuído por que, nos sistemas políticos de centro a consciência social é vigorosa. Consequentemente, o funcionamento do poder tende à libertação do indivíduo, na medida em que este age a partir da consciência sistêmica do funcionamento do poder que o vincula e possui elementos suficientes para se determinar a partir dessa consciência. Somente nesse espaço político é possível a vivência efetiva da liberdade.

Nas democracias de centro, os princípios de verdade, justiça e igualdade não se concretizam de modo absoluto, mas, em virtude da força da consciência social, as violações a eles são mais perceptíveis e não conseguem formar um sistema organizado que interligue toda a estrutura de poder. Os focos de violações estão segmentados, restritos aos âmbitos de cada instância estatal ou social, não criam interdependência institucional voltada à afronta aos princípios referidos. As violações assumem uma peculiaridade de maior isolamento, como ações individuais ou de grupos pequenos, que não têm força suficiente para produzir desigualdade de classes sociais e impedir a concretização da solidariedade social construtiva do objetivo de promoção do bem de todos. A educação de boa qualidade e alcance, nas democracias de centro, além da consciência sistêmica, garante a distribuição razoavelmente equitativa de oportunidades, por isso esses sistemas políticos tendem a reduzir disparidades sociais de modo muito mais efetivo do que as democracias de periferia.

5 ÉTICA E PREJUÍZOS SOCIAIS NA RELAÇÃO ENTRE AS DEMOCRACIAS ATUAIS

É fato que os valores referenciais de convívio não são plenamente concretizados nas democracias de centro, a história ocidental mostra as colonizações como formas injustas de transferência de riquezas dos territórios colonizados para os colonizadores, e também revelam o potencial destrutivo, destes, com base nas premissas de superioridade de alguns indivíduos. Essa forma de enxergar a condição humana estendeu a ideia de superioridade, também, às civilizações de modo que a civilização europeia passou a ser vista como padrão de desenvolvimento. Foi nessa condição que os Estados europeus se conduziram nos episódios de colonização, se impuseram





aos povos colonizados com a mesma superioridade que os cortesões se impunham à população do campo, na idade média.

A premissa de superioridade de uns em relação a outros justificou o enriquecimento injusto dos colonizadores à custa do empobrecimento, igualmente injusto, dos povos colonizados, ademais, a riqueza envolvida nessa atividade foi de grande monta e favoreceu o fortalecimento das democracias europeias que, hoje, se tornaram democracias de centro. É forçoso entender que os recursos retirados das colônias causaram não somente um empobrecimento material, mas, sobretudo, disseminaram a mensagem de exploração do outro e de subjugação para auferimento de vantagens injustas. Essa herança de padrões de convivência se faz sentir ainda hoje e fortalece as condutas antiéticas; nas democracias de periferia permeia todo o tecido social inclusive as estruturas administrativas do Estado. Os recursos materiais injustamente retirados das colônias impulsionaram o desenvolvimento das democracias europeias, colonizadoras, e impuseram grande dificuldade ao desenvolvimento dos espaços colonizados.

Apesar do reconhecimento dessas transferências indevidas de riqueza e apesar de que os valores de verdade, igualdade e justiça se concretizem eficientemente nas democracias de centro, não houve qualquer movimento de ressarcimento dos povos colonizados em razão das riquezas que lhes foram retiradas. Nas democracias de centro, os valores de igualdade, verdade e justiça vinculam fortemente o agir, essa circunstância produz boa qualidade de vida, entretanto, a falta compensação dos danos causados aos povos colonizados se apresenta como um corte nesse referencial ético, das democracias colonizadoras. Esse assunto, ainda que venha à tona em discussões internacionais, não dá origem a uma ação efetiva de ressarcimento dos povos lesados, considera-se que o fato fez parte de uma fase histórica, já superada, cujas consequências se encerraram com ela. A maioria desses territórios colonizados são hoje democracias de periferia. Inegavelmente, há organizações de combate à pobreza que atuam nesses espaços, mas não há direcionamento de ações para ressarcir o prejuízo específico sofrido pelos povos colonizados.

Seguindo a mesma estrutura de corte ético, houve povos explorados através da escravidão que produziram riqueza, injustamente, tanto para as democracias de centro quanto para as de periferia e também não foram compensados pelo esgotamento de suas forças, físicas e emocionais, aplicadas na produção de bem-estar para a população escravizadora, considerada socialmente superior.

A colonização e a escravidão causaram enriquecimentos e empobrecimentos injustos que, mesmo com o surgimento do princípio de igualdade entre os homens, não foram ainda reparados. Os programas de atendimento social, em sua maioria, têm caráter de atendimento das necessidades emergenciais de subsistência, por isso os povos permanecem dependentes destas ações. Uma providência promissora seria o investimento em estrutura de apoio à melhoria de qualidade e universalização do ensino nas democracias de periferia, pelas democracias de centro, como forma de reparação dos danos decorrentes da colonização, com o objetivo de libertação do indivíduo e construção de uma sociedade mais justa.

As práticas escravagistas, inclusive, aumentaram o número de indivíduos que não recebem oportunidade de desenvolvimento de sua personalidade através da educação, e a redução do número desses indivíduos que permanecem nessa situação de vulnerabilidade não será efetiva enquanto essa questão permanecer sendo tratada como "dívida social". Essa realidade tem sido trabalhada por força do humanismo, mas em virtude do funcionamento da economia moderna, muitos espaços públicos não



têm um projeto eficiente de educação de qualidade e alcance universal para superar essa falta de oportunidades de desenvolvimento das potencialidades individuais que vitima a parcela mais vulnerável da população e mesmo os que se empenham para este objetivo não superarão as dificuldades existentes, salvo a um prazo muito longo.

Merece nota, ainda, o fato de que a existência de democracias de periferia funciona como instrumento de fortalecimento progressivo das democracias de centro, através de inúmeras circunstâncias como, por exemplo, o desequilíbrio tecnológico e de qualificação de mão de obra entre as duas espécies de democracia, que beneficia as primeiras.

É o caso do comércio de *commodities*, pois o beneficiamento da matéria-prima exige tecnologia, mão de obra especializada e investimentos que são escassos nas democracias de periferia, sobretudo por falta de qualidade e alcance da educação ofertada por elas. Dessa forma, é comum que os insumos sejam comercializados pelas democracias de periferia e o beneficiamento, muito mais rentável social e economicamente, se faça através das democracias de centro. Essa atividade aporta mais rentabilidade à atividade de beneficiamento o que fortalece economicamente as democracias de centro, em maior escala do que traz benefícios para as democracias de periferia. Tal realidade estimula a permanência das disparidades econômicas entre estas e as democracias de centro.

O comércio desses insumos e seu beneficiamento seria muito mais favorável ao crescimento equilibrado das democracias, à superação das desigualdades globais, ao enfrentamento da pobreza e ao fazimento de justiça se tais contratos se estruturassem com base em divisão de despesas e receitas advindas dessa negociação para a repartição percentualmente justa do resultado final do produto. Esse compartilhamento deveria envolver, essencialmente, trabalho conjunto de investimento em educação, sobretudo em pesquisa, como forma de ressarcimento dos povos colonizados, quando as negociações envolvessem países colonizadores e colonizados.

6 LEGITIMIDADE DO PODER DE MANDO E DEMOCRACIA

O grau de legitimidade do poder de mando varia de acordo o nível de visão sistêmica da população que será tanto maior quanto melhor a qualidade e o alcance da educação. E o poder legítimo será tanto mais democrático quanto maior a intensidade da força vinculatória dos valores democráticos de verdade, igualdade e justiça sobre o agir, nos espaços sociais. A baixa qualidade e alcance da educação, nas democracias de periferia, produzem a apatia popular, sua incapacidade de ação proativa para interferência, útil ao seu próprio bem-estar, na formação do poder a que pretendem se submeter. Nesses espaços, o funcionamento da estrutura de poder se legitima pela falta de capacidade de ação eficiente e consciente da população para produção de um mando político justo.

A apatia autoriza a ação da estrutura de poder injusta, não lhe oferece resistência, por isso, fortalece as dificuldades impostas pelas decisões políticas desconectadas do compromisso de produção do bem-estar de todos. A inatividade popular em relação às decisões políticas decorre da falta de visão sistêmica da realidade, que tem base na pouca qualidade e alcance da educação oferecida no Estado. Tal circunstância impede a população de constranger, eficientemente, as decisões públicas, à satisfação de suas próprias necessidades de melhoria de qualidade de vida.

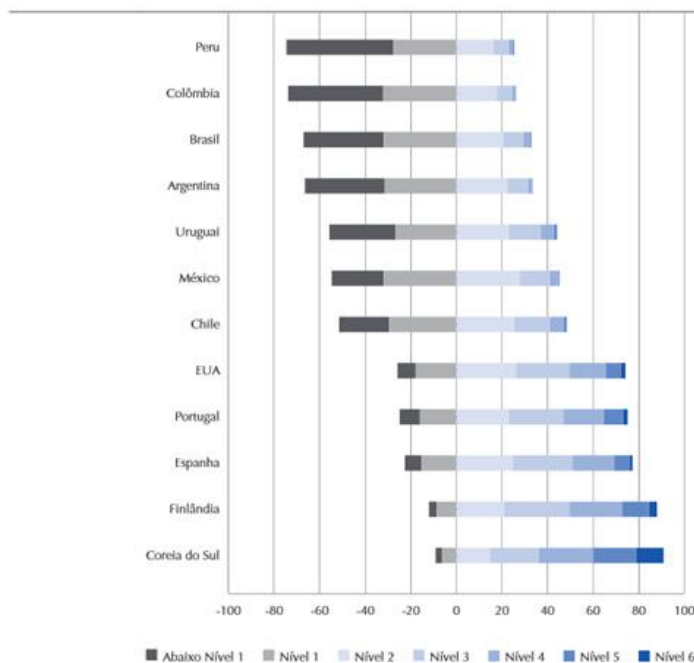


Através da perpetuação da baixa qualidade do ensino, nas democracias de periferia, se limita o âmbito de visão do indivíduo, especialmente quanto à percepção das consequências sociais de seu agir individual e isso assegura a continuidade da estrutura de poder injusto. Por isso, nas democracias de periferia, o poder se revela escravizante do ser humano, subjuga o interesse de bem-estar comum ao interesse de favorecimentos imerecidos, e dificulta a percepção de que este funcionamento prejudica a todos, inclusive quem se julga beneficiado por esse sistema injusto.

Nas democracias de periferia, apenas uma pequena parcela da população concretiza o direito ao desenvolvimento pleno de suas potencialidades individuais, a maioria permanece sem receber educação em nível mínimo que habilite para a determinação conscientemente na construção do poder. Em virtude dessa insuficiência de percepção, as pessoas que não têm oportunidade de pleno desenvolvimento de suas potencialidades individuais, muitas vezes, não percebem que é seu próprio modo de conduta individual e social que reforça a manutenção do poder que lhes flagela.

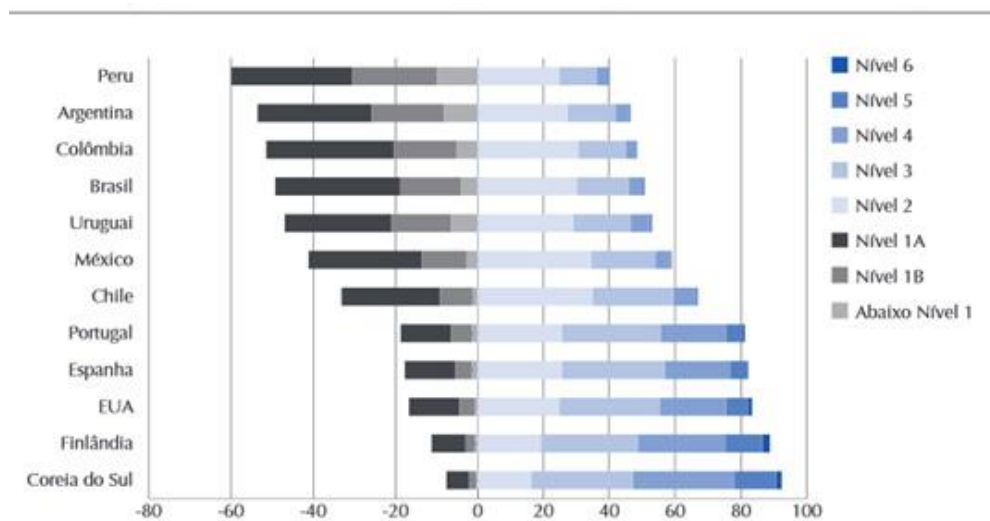
O agir injusto cada vez mais se fortalece, à medida que diminui a capacidade, do povo, de percepção do funcionamento danoso da engrenagem do poder, e essa deficiência de percepção será tanto maior quanto pior for a qualidade da educação. Os gráficos¹⁴ abaixo mostram a associação inegável das democracias de periferia à baixa qualidade da educação. Nos gráficos, o nível de qualidade da educação é crescente a partir de 1 até 6 e a formação de visão sistêmica somente pode acontecer a partir do nível 2 de proficiência em matemática.

Figura 1 – Distribuição percentual dos estudantes por níveis de proficiência em matemática nos países

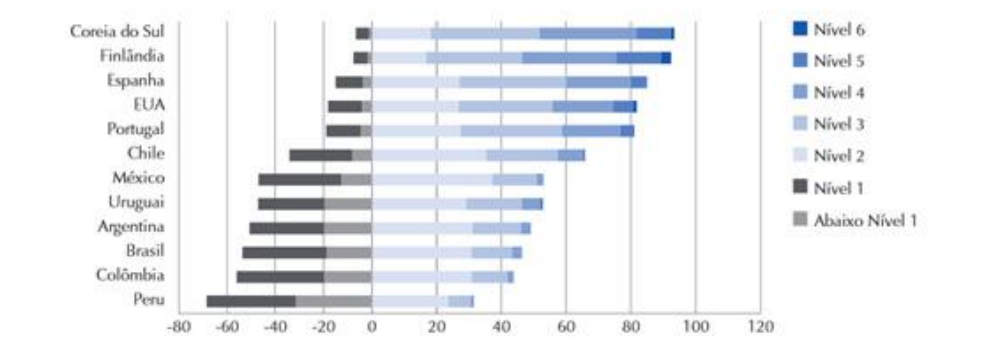


Fonte: OCDE. *Relatório Nacional PISA 2012: resultados brasileiros*. p. 20.

¹⁴ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, 2012, p. 20, 41, 50.

**Figura 2** – Distribuição percentual dos estudantes por níveis de proficiência em leitura nos países

Fonte: OCDE. *Relatório Nacional PISA 2012: resultados brasileiros*. p. 41.

Figura 3 – Distribuição percentual dos estudantes por níveis de proficiência em ciências nos países

Fonte: OCDE. *Relatório Nacional PISA 2012: resultados brasileiros*. p. 50.

As democracias de periferia ainda vivenciam a ideia de superioridade/inferioridade do período medieval, por isso, mantêm a educação em qualidade e alcance insuficientes para o desenvolvimento das habilidades individuais ao nível de tornar possível a percepção sistêmica da realidade. Nesses espaços, o poder permanece com funcionamento produtor de benefícios injustos, de desigualdades indevidas, e essa situação tende a se perpetuar. Desse fato, forçosamente afloram duas conclusões, a de que a baixa qualidade da educação é utilizada como instrumento de reforço do mando injusto e a de que a tendência das democracias de periferia é permanecer com a mesma estrutura social de subjugação, desigualdade e desrespeito à dignidade humana, por falta de educação que vincule o agir aos valores de verdade, igualdade e justiça e que habilite o indivíduo à percepção da estrutura de poder que ajuda a construir.





Se a falta de percepção sistêmica causa a apatia popular, se essa apatia se produz e reforça através da educação de baixa qualidade e se as democracias de periferia oferecem educação de baixa qualidade ao longo do tempo, então não há indicativo algum de que esses espaços sociais assumam qualquer postura transformadora da realidade social. Por isso se diz que as democracias de periferia não estão a caminho de se transformarem em democracias de centro, elas tendem a permanecer na posição de periferia. Evidentemente, o descaso com o sistema de ensino, nas democracias de periferia, serve ao ideal escravizante do ser humano que se propaga ao longo do tempo, desde a origem histórica da civilização ocidental e prejudica, inclusive, seu desenvolvimento econômico.

As democracias de periferia revelam um comportamento autodestrutivo como resultado dos óbices que impõe ao desenvolvimento da capacidade intelectual e habilidades individuais, por isso a justiça como fundamento democrático não se concretiza e essa realidade compromete a esperança, do povo, de alcançar melhores condições de vida. A falta de esperança é forte estímulo à violência, quando o povo não tem esperança de transformar a realidade que o vitimiza, não tem o que perder, portanto, os índices de violência tendem a ser altos, nas democracias de periferia, se comparados com as democracias de centro.

A beligerância é marcadamente acentuada nas democracias de periferia e, como é força de destruição, milita contra a concretização dos fundamentos democráticos de justiça, verdade e igualdade, outrossim impõe sérias barreiras ao surgimento da solidariedade social, porque essa instabilidade social faz nascer o medo do outro, que é visto como um diferente, um desconhecido e potencialmente, um inimigo. Nesses espaços, a educação que deveria contrariar as circunstâncias que levam ao medo e à exclusão do outro,¹⁵ não tem qualidade nem alcance para realizar essa tarefa, por isso o antagonismo interno da sociedade milita contra o desenvolvimento, segurança e estabilidade desses sistemas políticos. O comportamento beligerante, claramente, decorre da falta de percepção de que o bem de cada um depende do bem de todos e de que cada atividade/inatividade individual interfere na formação da vontade geral. Essa capacidade de percepção é tanto mais prejudicada quanto pior for a educação no Estado, como as democracias de periferia possuem educação insuficiente para o pleno desenvolvimento das potencialidades individuais, não conseguem habilitar o cidadão para o agir proativo, orientado à construção do bem comum.

Somente se produz o bem comum quando o agir é vinculado aos valores de justiça, verdade e igualdade, pois é essa forma de conduta que produz a solidariedade social que, por sua vez, arrefece os ímpetos individualistas e beligerantes. Nas democracias de periferia, o sistema de poder se exerce com matizes de dominação, as pessoas não são livres para oferecer oposição suficiente para limitar esse poder, há um desequilíbrio no balanceamento das forças que constituem o poder, que Galli entende como relação poder/contrapoder,¹⁶ porque a baixa qualidade da educação deixa a alma exposta à falta de percepção do funcionamento sistêmico do poder. Nesse contexto, não se consegue produzir uma boa qualidade de vida, seja individual seja no espaço público, pois, para que esta se construa, é indispensável que os indivíduos estejam habilitados à interferência consciente na formação do sistema de mando político/econômico/social.

¹⁵ UNESCO. *Declaração de princípios sobre a tolerância*. 1995. Art. 4º, item 4.3. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/imagenes/0013/001315/131524porb.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

¹⁶ GALLI, Carlo. *Il disagio della democrazia*. Torino: Giulio Einaudi Editore S.P.A, 2011. p. 83.





A educação ineficiente inabilita o homem para a construção de um ambiente social em que o sistema de poder opere em favor dos ideais humanitários, dessa forma, as democracias de periferia não conseguem ter em vista, nas tomadas de decisão, exclusivamente o interesse público como requisito moral.¹⁷ As democracias de periferia tendem a permanecer nessa condição, pois realizam uma espécie de autofagia das forças de transformação do sistema de mando, ademais, vivenciam altos índices de violência social como resultado do desequilíbrio da relação de forças individuais na construção do sistema de poder nesses espaços.

7 CONCLUSÃO

A falta de oferta de educação, capaz de habilitar a população para a visão sistêmica do contexto social e de poder, dificulta a concretização dos valores fundantes da democracia, verdade, igualdade e justiça, como condicionamentos naturais do agir. Somente essa espécie de agir é capaz de fortalecer a solidariedade social, indispensável ao equilíbrio das instituições e à tranquilidade dos relacionamentos sociais. Tal contexto social faz menor a qualidade de vida e autoriza a instalação do mando estatal injusto porque desvinculado do propósito de efetiva construção do bem-estar de todos.

Para sustentabilidade e perpetuação desse mando, as estruturas de poder reforçam a imagem de segmentação de realidades, as apresentam sob um pálio de autonomia, essa estratégia recrudescer a dificuldade de visão sistêmica do contexto político/econômico/social e também favorece a imagem de que as ações políticas e de gestão são independentes do funcionamento do sistema de poder que envolve todo o corpo social. Essa maneira de enxergar a realidade possibilita o isolamento de agentes e providências que eventualmente tornem evidente o funcionamento do poder como instrumento de subjugação, assim para atender a reações populares de oposição a elas, a estrutura de poder afasta o agente diretamente responsável, sem comprometer o núcleo do mando injusto. Essa forma de atuação causa a impressão de busca de seriedade administrativa e de concretização da justiça em favor dos interesses comuns, entretanto, essencialmente, permanece intacta a estrutura de poder injusta e escravizante.

A aparência de autonomia de ações de política e gestão contribui para evitar a percepção de que o mando de subjugação se forma a partir do consenso de todos, ainda que inconscientemente, e que se sustenta através da negativa de educação de qualidade e alcance universal. Negar educação de boa qualidade retira, da população, a liberdade de autodeterminação, por falta de percepção sistêmica da origem e funcionamento do poder que a envolve. A deficiência de educação garante que a população não alcance um nível de conhecimentos mínimos indispensáveis para identificar os riscos de suas condutas e omissões no seio social.

Para reduzir a reação social, aos governos injustos, e permitir que seu funcionamento se perpetue, os sistemas políticos democráticos de periferia violam o princípio de verdade para ocultar as ações que ferem o princípio de igualdade e impedem a concretização de justiça no ambiente político/social e econômico. É através da violação

¹⁷ HUME, David. *Uma investigação sobre os princípios da moral*. Trad. José Oscar de Almeida Marques. 2. ed. São Paulo: Unicamp, 2013. p. 31.



ao princípio de verdade que essas estruturas de poder conseguem perpetrar condutas que afrontam o ideal humanitário, pois agrilhoam à população a um comportamento social inconsciente que autoriza a continuidade do funcionamento, desse sistema político, como ordem de poder escravizante.

A violação ao princípio de verdade impede que os indivíduos percebam que é a falta de educação eficiente que lhes impede de visualizar os elementos que determinam a formação e manutenção do contexto social em que estão inseridos e lhes retira a análise eficiente dos riscos de sua conduta individual. Essa dinâmica de funcionamento do sistema de poder pode ser entendida como uma espécie de culto ao segredo, pois este coloca a pessoa em um estado de exceção, em que ela opera como uma atração de pura determinação social,¹⁸ é exatamente esse segredo, advindo da educação de qualidade insuficiente, que assegura a continuidade das condições sociais existentes. Essa realidade é marcante nas democracias de periferia por isso seu funcionamento está muito distante de preparar o indivíduo para o pleno exercício da cidadania. Cidadania pressupõe liberdade e a falta de educação eficiente mantém os indivíduos subjugados a sua própria incapacidade de avaliação da realidade e de modificação do contexto social.

As democracias de centro são mais eficientes na concretização da justiça porque a boa qualidade de sua educação permite à população atuar com menos riscos para a efetiva distribuição equitativa dos recursos disponíveis, por isso, nesses espaços é possível dizer que há o exercício da cidadania e que os indivíduos são livres. Nas democracias de periferia o sistema funciona de modo a subjugar os indivíduos para a perpetuação do mando injusto, e essa tendência não se altera com o simples decurso do tempo, tal mudança somente será possível através da transformação do sistema educacional, para que este habilite a população à percepção sistêmica da estrutura de poder que os subjuga.

Nas democracias de periferia, a legitimação do poder é inconsciente porque se opera pela apatia popular decorrente da insuficiência da educação para habilitar o indivíduo ao exercício da cidadania, este se torna incapaz de percepção clara do contexto político-social em que se insere e dos riscos de sua apatia. Este é um dos fatores que aumentam a insegurança nas democracias de periferia. Nas democracias de centro, a legitimação do poder ocorre em virtude da escolha consciente do indivíduo que se autodetermina com base em uma percepção clara do contexto sócio/político, e os riscos decorrentes desse agir são menores, porque, em sua maioria, previsíveis. Este é um dos elementos que tornam as democracias de centro mais seguras para a população e mais estáveis como Estado. Nesses espaços, o agir se constitui em efetiva escolha livre do cidadão que, em virtude da qualidade da educação que recebeu, torna-se capaz de se determinar a partir da visão sistêmica da realidade sociopolítica que o envolve.

O propósito do sistema democrático é possibilitar o pleno desenvolvimento das potencialidades individuais como método de crescimento e emancipação individual e de prosperidade do Estado, entretanto, a concretização deste intento depende da qualidade da educação, e de sua eficiência para vincular o agir aos valores de verdade, igualdade e justiça. Sem educação de qualidade formam-se Democracias que não conseguem distribuir a todos sua justiça,¹⁹ democracias de periferia.

¹⁸ SIMMEL, George. *The secrecy and the secret society: the sociology of George Simmel*. Trad. Kurt H. Wolff. Nova York: Free Press, 1950. p. 332-3.

¹⁹ ADEODATO, João Maurício. *Ética & retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 48. No



O fortalecimento do humanismo, que envolve a organização democrática, revela transformação, crescimento social, e isto não se materializa sem forte resistência de forças de contenção que visam à permanência do conhecimento atávico, de superioridade/inferioridade, decorrente da mensagem histórica de origem divina dos governantes. Essa ideia de desigualdade entre os homens ainda está presente no subconsciente da população atual da Terra, por isso, a concretização da democracia se faz através de movimento progressivamente crescente mas, fatalmente, envolve conflitos. Em ambientes em que a sociedade dispõe de esclarecimentos suficientes para perceber o modo de formação, funcionamento e sustentabilidade do poder vigente no corpo social, o avanço da democracia e de todos os princípios que ela representa se faz de modo seguro e harmônico. Nesses espaços, pode-se dizer que o poder é efetivamente legítimo no sentido de que corresponde à vontade consciente da população.

A tensão entre o ideal de progresso dos valores democráticos e a resistência a ele faz com que a sedimentação dos princípios democráticos: verdade, igualdade e justiça se concretizem de modo semelhante ao movimento de expansão do mar, quando se estende a territórios anteriormente estranhos ao seu domínio, as ondas até recuam, com o fluxo das marés, mas o avanço é invencível, ao longo do tempo. Seguindo esse mesmo mecanismo, as democracias se fortalecem à medida que conseguem, em movimentos de idas e vindas, uma progressiva institucionalização dos referidos princípios e sua vivência efetiva como condicionantes do agir, pois é essa dinâmica que possibilita o crescimento da solidariedade social. A sedimentação desses valores, de modo crescente, dentro das instituições e em todas as instâncias sociais, garante o fortalecimento democrático.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética & retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

ANDRADE, Maria Inês Chaves de. *A fraternidade como direito fundamental entre o ser e o dever ser na dialética dos opostos de Hegel*. Coimbra: Almedina, 2010.

ARAÚJO, Valdei Lopes de. Da civilidade à civilização. *Revista de História da Biblioteca Nacional*, ano 10, n. 120, p. 12, set. 2015.

BÍBLIA, Português. *Bíblia sagrada*. Edição Pastoral. São Paulo: Paulus, 2000.

BLUFINCH, Thomas. *O livro da mitologia: a idade da fábula*. Trad. Luciano Alves Meira. São Paulo: Martim Claret, 2015.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

GALLI, Carlo. *Il disagio della democrazia*. Torino: Giulio Einaudi Editore S.P.A, 2011.

original a fala se refere aos Estados subdesenvolvidos.





HUME, David. *Uma investigação sobre os princípios da moral*. Trad. José Oscar de Almeida Marques. 2. ed. São Paulo: Unicamp, 2013.

JUNG, Carl Gustav. *Psicologia do inconsciente*. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

LOM, Peter. Foreward. In: PATOCKA, Jan. *Plato and Europe*. Stanford, California: Stanford University Press, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos humanos*. Adotada e proclamada através da Resolução 217 A, III, da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, arts. 21 e 29. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Relatório nacional PISA 2012: resultados brasileiros*. p. 49. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/acoes_internacionais/pisa/resultados/2014/relatorio_nacional_pisa_2012_resultados_brasileiros.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2016.

PATOCKA, Jan. *Plato and Europe*. Stanford, California: Stanford University Press, 2002.

SIMMEL, George. *The secrecy and the society: the sociology of George Simmel*. Trad. Kurt H. Wolff. New York: Free Press, 1950.

UNESCO. *Declaração de princípios sobre a tolerância*. 1995. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001315/131524porb.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

UNESCO. *Declaração mundial sobre educação para todos*. Jomtien, Tailândia, 5 a 9 de março de 1990. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000862/086291por.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2016.





ALISTABILIDADE: QUALIDADE JURÍDICA DO ALISTÁVEL

Luiz Viana Queiroz*

RESUMO

A partir da interpretação das regras do art. 14, § 1º, I e II, e § 2º da Constituição Federal, o presente texto define o conceito jurídico alistabilidade, tratando-o como qualidade jurídica cujo conteúdo é direito subjetivo público de exigir do Estado brasileiro o alistamento eleitoral e cujos requisitos são, exclusivamente, ser brasileiro maior de 16 anos e não conscrito. Propõe-se que alistabilidade tem natureza de direito político e regime constitucional, não podendo sofrer redução por regra não-constitucional, mesmo da lei. São examinadas as consequências da utilização do conceito alistabilidade com essa definição e com essa natureza jurídica, tanto como instrumento de interpretação da diferença entre gozo e exercício dos direitos políticos, quanto de aplicação das regras que regulam os direitos políticos dos portugueses no Brasil bem assim aquelas referentes aos conscritos.

Palavras-chave: Alistabilidade. Alistamento eleitoral. Direitos políticos. Gozo e exercício. Conscrição.

ABSTRACT

Departing from the interpretation of the normativity of the article 14, § 1º, I e II, e § 2º of the Brazilian Federal Constitution, the present paper defines the juridical concept of electoral registration regarded as a juridical quality which content is the subjective right to demand from the Brazilian State the registration to vote, and which the requirements are only to be a Brazilian citizen aged 16 years and over and not conscripted in military service. We suggest that electoral registration has the nature of a political right and treatment according to the constitutional juridical system. It cannot suffer limitation by non-constitutional normativity, or even by law. We examine the consequences of using the concept of electoral registration under the proposed definition and juridical nature, specifically as a means for interpreting the difference between enjoyment and exercise of political rights. We conclude by examining its reverberations in the application of the norms ruling political rights of Portuguese citizens living in Brazil, as well as those ruling the military conscripted.

Keywords: Voter eligibility. Electoral registration. Political right. Enjoyment and exercise. Military conscription.

* Professor de Direito Eleitoral da Universidade Católica do Salvador - UCSal. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Pós-graduado em Didática e Metodologia do Ensino Superior pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Eleitoral pela Universidade Federal da Bahia. Procurador do Estado da Bahia. Presidente da OAB da Bahia, 2013-2015, 2016-2018.





1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, ao inovar o sistema jurídico brasileiro, trouxe grandes questões que demandam esforço de interpretação capaz de preservar seus valores, princípios e regras.

Algumas dessas questões estão ligadas à falta de definição normativa no corpo da Constituição de conceitos jurídicos por ela constitucionalizados, como é o caso dos direitos políticos, conceito utilizado para denominar o Capítulo IV, do Título II.

A inexistência de definição constitucional para o conceito direitos políticos pode gerar situações de aparente conflito normativo, por exemplo, para dar o sentido adequado aos comandos normativos das regras contidas em II,§3º14CF,¹ art. ou em 16LPP. Enquanto aquela estabelece “pleno exercício de direitos políticos” como condição de elegibilidade, esta fixa “pleno gozo de seus direitos políticos” como requisito de filiação partidária.

O que significa “gozo” dos direitos políticos que é diferente de “exercício” dos direitos políticos, se a Constituição Federal sequer definiu os direitos que se “goza” ou se “exercita”?

Tenho buscado explicar a diferença entre gozo e exercício dos direitos políticos, a partir da doutrina que empresta tratamento jurídico diferenciado entre gozo e exercício de direitos, útil no campo da eficácia dos direitos privados submetidos a termo ou condição, e que foi usada, pela primeira vez, no Brasil, por Ruy Barbosa, para explicar a diferença entre alistável e alistado, quando da impugnação eleitoral à candidatura de Hermes da Fonseca.²

Neste texto pretendo insistir naquela reflexão teórica, desta feita sistematizando a utilização do conceito jurídico alistabilidade, que sequer foi estabelecido por regra jurídica, mas pode ser útil para responder muitas das questões que envolvem a aplicação das regras constitucionais e legais do alistamento eleitoral, sobretudo os direitos do sujeito alistável ou do sujeito alistado.

2 ALISTABILIDADE COMO QUALIDADE JURÍDICA DO ALISTÁVEL

Tomo, inicialmente, a doutrina que considera que se adquirem os direitos políticos com o alistamento eleitoral, ato administrativo por meio do qual o Estado brasileiro reconhece a satisfação de requisitos jurídicos exigidos pela Constituição Federal e qualifica alguém como seu cidadão.³

¹ Utilizo a abreviatura da designação do texto legal precedida do número do artigo, como, neste caso, II,3º14CF que significa inciso II do parágrafo terceiro do artigo 14 da Constituição Federal. Esta será sempre CF. A Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, será grafada como LC64/90. O Código Eleitoral será, simplesmente, CE. A Lei das Eleições é a Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, ou, simplesmente, LE. A Lei dos Partidos Políticos - Lei n. 9.096/95 será LPP. O Tratado de Amizade com Portugal apenas TA.

² QUEIROZ, Luiz Viana. Suspensão e perda dos direitos políticos. In: DIREITO eleitoral e democracia: desafios e perspectivas. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2010. p. 189-208.

³ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 346: “Os direitos de cidadania adquirem-se mediante alistamento eleitoral na forma da lei. O alistamento se faz mediante a qualificação e inscrição da pessoa como eleitor perante a Justiça Eleitoral”. NIESS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos*: elegibilidade, ineligibilidade e ações eleitorais. 2. ed. Bauru: EDIPRO, 2000. p. 88: “Pelo alistamento, já o dissemos, o indivíduo torna-se cidadão, ainda que no parcial aspecto da cidadania ativa, adquirindo o direito de votar”. COELHO, Marcus Vinicius Furtado. *Direito Eleitoral e processo eleitoral*: direito penal eleitoral e direito político. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 134: “O alistamento eleitoral consiste no reconhecimento da condição de eleitor, que por sua vez corresponde à aquisição da cidadania ativa”. RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 195: “É através do alistamento que a pessoa qualifica-se e inscreve-se como eleitor, passando a ter o atributo jurígeno constitucional da cidadania, podendo votar e, portanto, exteriorizar sua capacidade eleitoral ativa”.





O regime jurídico constitucional do alistamento eleitoral encontra-se na conjugação das regras contidas nos §§1º-2º14CF. O alistamento e o voto são obrigatórios para os maiores de dezoito anos (I,§1º14CF) e facultativos para os analfabetos, os maiores de setenta anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (II,§1º14CF). Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período militar obrigatório, os conscritos (§2º14CF).

O direito de se alistar, como se vê na simples leitura das regras constitucionais, decorre de duas situações jurídicas, o status da nacionalidade (ser brasileiro) e o estado da maioridade civil (ser maior de 16 anos), e uma situação jurídica negativa, o status de não ser conscrito.

Decorre daquelas regras constitucionais que o passar do tempo e a mudança de idade de 16 para 18 anos transformam o que era simples faculdade (direito de se alistar) em dever (dever de se alistar). Na verdade, entre os 18 e os 70 anos todo brasileiro, homem ou mulher, que não seja conscrito, está obrigado a se alistar. Entre 16 anos e 18 anos e depois dos 70 anos é um direito. O eventual descumprimento do dever de se alistar pode gerar multa de três a dez por cento sobre o salário mínimo, prevista na regra 8ºCE, e cancelamento do título com a consequente perda da qualidade de cidadão,⁴ conforme V,71CE.

A perda da qualidade de cidadão impossibilita exercício de qualquer direito político como os de votar e ser votado, participar de plebiscito, referendo ou iniciativa popular, acesso a cargos e funções públicas, ajuizamento de ação popular, bem assim a prática dos atos previstos na regra do I-VII,§1º,7ºCE.⁵

O texto constitucional não usa o conceito alistabilidade, mas se refere expressamente a "alistamento eleitoral" (III,§3º-§1º,14CF), a "militar alistável" (§8º,14CF) e a "inalistáveis" (§4º,14CF).

Em interpretação gramatical, pode-se dizer que estão previstos no texto constitucional de forma explícita os "alistáveis" e os "inalistáveis", ambos conceitos vinculados ao também explícito conceito de "alistamento eleitoral".

Alistável ou inalistável é aquele que pode ou aquele que não pode se alistar eleitor, ou seja, aquele que tem ou aquele que não tem direito ao alistamento eleitoral. Do ponto de vista normativo constitucional, podem se alistar eleitores todos os brasileiros com mais de 16 anos; não podem se alistar os estrangeiros, salvo os portugueses, e os brasileiros conscritos.

Considero pertinente admitir que dos conceitos constitucionais explícitos, "alistáveis" e "inalistáveis", que se referem aos sujeitos de direito submetidos àquelas regras constitucionais, pode-se extrair as qualidades respectivas: alistabilidade para os alistáveis e inalistabilidade para os inalistáveis.

⁴ Adoto neste texto a concepção restrita de cidadania para fins de interpretação dos direitos políticos - cidadania como a qualidade do sujeito de direitos políticos, sem perder de vista a possibilidade de interpretação mais ampla: o direito de ser sujeito de direitos. Para uma interpretação mais ampla: QUEIROZ, Luiz Viana. O conceito direitos políticos à luz do direito internacional dos direitos humanos. In: CADERNOS de soluções constitucionais. São Paulo: Malheiros/ABCD - Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas, 2008. p. 248-294.

⁵ Os alistáveis maiores de 18 anos que não se alistarem não poderão, em resumo: I - inscrever-se em concurso público para cargo ou função pública ou tomar posse neles; II - receber remuneração de qualquer ente da administração pública direta ou indireta ou mesmo entidades delegatárias, mantidas ou subvencionadas pelo governo; III - participar de concorrência pública; IV - obter empréstimo de entidade financeira pública ou mantida pelo governo; V - obter passaporte ou carteira de identidade; VI - renovar matrícula em estabelecimento de ensino oficial ou fiscalizado pelo governo; VII - praticar qualquer ato pelo qual se exija quitação do serviço militar ou imposto de renda.





Adoto como referência a teoria do fato jurídico introduzida no Brasil por Pontes de Miranda⁶ e no direito eleitoral desenvolvida por Adriano Soares da Costa.⁷

Pressuponho, portanto, que as qualificações jurídicas são efeitos de fatos jurídicos que resultam da incidência de normas jurídicas. As normas são "a significação construída dialogicamente pela comunidade do discurso a partir do texto positivo"⁸ e consubstanciam proposições imputativas, que descrevem hipóteses fáticas (suporte fático, hipótese de incidência) e seus efeitos prescritivos (qualificações, direitos, deveres, obrigações, pretensões), ligados pelo conectivo dever-ser.

A qualificação jurídica dos fatos (o colorido dos fatos) resulta da incidência normativa, fazendo jurídico fato que antes da incidência era mero fato. Da incidência resulta o fato jurídico.

E é do fato jurídico que dimanam os efeitos jurídicos,⁹ entre os quais a vinculação de sujeitos de direito na relação jurídica, as qualificações jurídicas, os direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções.

Malgrado tenha Pontes de Miranda construído sua teoria no Tratado de Direito Privado, serve de teoria geral capaz de ser aplicada, igualmente, no direito eleitoral, que é direito público.

Assim, quando nasce alguém no território brasileiro, ainda que filho de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país, o fato do nascimento sofre a incidência da regra prevista em "a", I, 12CF, que o torna fato jurídico gerador da qualificação jurídica de brasileiro, ou seja, dele dimana o efeito de que aquele que nasceu adquiriu a qualidade de nacional da República Federativa do Brasil. Ou seja, o fato jurídico do nascimento no Brasil gera a nacionalidade brasileira, qualidade jurídica face ao Estado brasileiro e face ao sistema internacional dos Estados.

Sei que parte da doutrina prefere explicar a aquisição da nacionalidade pelo nascimento no território brasileiro, como efeito da relação jurídica estabelecida entre o brasileiro nato e o Estado Brasileiro, sendo a sua qualificação chamada de situação jurídica. Mas no direito eleitoral brasileiro, que a todo instante exige solução de conflitos que demandam o uso de conceitos como alistabilidade, elegibilidade e inelegibilidade, pareceu-me mais apropriado usar o termo qualidade jurídica no lugar de situação jurídica. Esta opção terminológica, no entanto, não elimina a possibilidade de aplicação da teoria aqui pressuposta com o uso da expressão "situação jurídica" para chegar às mesmas conclusões.

A qualidade jurídica ou a situação jurídica do sujeito de direito decorre sempre de fato jurídico, no mais das vezes, de fatos complexos previstos hipoteticamente no texto das regras que compõem o direito positivo.

Sustento, portanto, que assim como a nacionalidade, ou a capacidade absoluta ou relativa, ou a incapacidade civil, ou, no campo do direito eleitoral, a capacidade eleitoral ativa ou passiva, também a alistabilidade é uma qualidade jurídica.

⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1977. tomos 1-2, 4-5. Para a compreensão da teoria usada por Pontes de Miranda, por todos, Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995 e MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. São Paulo: Saraiva, 1995.

⁷ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁸ *Ibidem*, p. 18

⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1977. tomo 1, p. 78





Aproximando-me da linguagem de Pontes de Miranda e permitindo diálogo com Adriano Soares da Costa, defendo que, em verdade, a qualidade jurídica alistabilidade cujo conteúdo é o direito de se alistar eleitor, decorre de fato jurídico complexo consubstanciado na associação da qualidade igualmente jurídica decorrente de ser brasileiro, isto é, a nacionalidade, com um fato da natureza, ter 16 anos, e, ainda, com a exigência de ausência de um terceiro requisito que é o fato jurídico da conscrição (alistamento militar).

Defino, por conseguinte, o conceito alistabilidade, como sendo a qualidade jurídica do sujeito apto a se alistar eleitor, da mesma forma que se pode extrair o conceito inalistabilidade, qualidade jurídica do sujeito inapto a se alistar eleitor.

A alistabilidade configura, dessa forma, a qualidade jurídica do brasileiro maior de 16 anos não conscrito que já pode se alistar eleitor, mas ainda não se alistou, dela decorrendo o direito subjetivo de exigir do Estado brasileiro que o reconheça como seu cidadão, mediante o ato formal de deferimento do alistamento. A alistabilidade, portanto, configura direito ao alistamento, ou, mais precisamente, direito subjetivo cujo conteúdo é o poder de exigir do Estado brasileiro seu alistamento eleitoral.

Ao direito de se alistar, relaciona-se o dever do Estado de proceder ao alistamento. A alistabilidade é qualidade jurídica na qual se encontra o direito de se alistar eleitor.

Acontece que não basta possuir alistabilidade para ser eleitor, pois para isso é necessário o ato administrativo estatal que reconhece aquela qualidade através da inscrição do eleitor na lista de eleitores, e, em seguida, fornece documento que formaliza esse reconhecimento denominado título de eleitor.

Costuma-se dizer que eleitor é quem possui título de eleitor, mas essa não é uma proposição exata, na medida em que é possível votar mesmo sem título de eleitor no momento da votação, desde que o eleitor esteja na lista de votantes (caderno de votação) e se identifique com outro documento que possua fotografia.

O título de eleitor na verdade não é o fato gerador do direito de votar, mas sim o documento formal que certifica o alistamento, este sim o fato gerador do direito de votar.

Como disse acima, a alistabilidade configura direito cujo conteúdo é o poder de exigir do Estado brasileiro o alistamento eleitoral. O problema jurídico surge porque não basta ter alistabilidade para, ipso facto, ser titular de direitos políticos, já que essa titularidade só se adquire com o alistamento. Ao alistável, titular do direito decorrente da alistabilidade, não se reconhece, ainda, titularidade dos demais direitos políticos, sendo necessário que seja alistado. Para que isso ocorra, ou seja, para que o alistável se torne alistado é necessário o ato estatal do alistamento.

E o alistamento para que se torne realidade como ato estatal possui regime jurídico legal e regulamentar. O alistável precisa requerer o alistamento, atendendo, além dos requisitos constitucionais (brasileiro maior de 16 anos não conscrito), outros requisitos previstos em lei e regulamento.

3 ALISTABILIDADE COMO QUALIDADE EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL

Aqui surge uma questão conceitual relevante: a alistabilidade é qualidade jurídica que resulta da Constituição ou é composta também pelos requisitos que decorrem de leis e regulamentos?

Alguém que atenda os requisitos constitucionais – ser brasileiro maior de 16 anos e não conscrito –, já é alistável mesmo se não pedir o alistamento, ou se pedir





e não apresentar documentação indispensável, ou se pedir, apresentar documentos mas não atender os demais requisitos legais, como por exemplo, domicílio eleitoral?

A questão decorre da existência de outras regras legais e regulamentares, estabelecendo outros requisitos materiais e formais que interferem no deferimento ou não do alistamento eleitoral. O Código Eleitoral, por exemplo, possui regras destinadas ao alistamento eleitoral que compõem toda a Parte Terceira, composta por dois Títulos, Título I Da Qualificação e Do Alistamento e Título II Do Cancelamento e Da Exclusão.

A Lei n. 7.444, de 20 de dezembro de 1985, por sua vez, implantou o processamento eletrônico de dados para se fazer o alistamento eleitoral e em decorrência dela o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) baixou a Resolução n. 21.538, de 14 de outubro de 2003, que dispõe sobre o alistamento e serviços eleitorais mediante processamento eletrônico de dados, a regularização de situação de eleitor, a administração e a manutenção do cadastro eleitoral, o sistema de alistamento eleitoral, a revisão do eleitorado e a fiscalização dos partidos políticos, entre outros.

Existem, dessa maneira, centenas de regras que regulam o alistamento eleitoral, como ato final de um procedimento administrativo, inserido no âmbito da Justiça Eleitoral.

Creio, assim, ser importante destacar que o conceito de alistabilidade é exclusivamente constitucional (a qualidade de alistável e nela o direito de exigir do Estado o alistamento eleitoral), resulta exclusivamente da Constituição Federal, e só possui dois requisitos positivos: ser brasileiro e ser maior de 16 anos, e um requisito negativo: não ser conscrito.

Admitir que regras legais ou regulamentares do alistamento eleitoral pudessem requalificar a alistabilidade seria admitir que as regras constitucionais pudessem ser alteradas por regras infraconstitucionais, o que seria um absurdo à luz do princípio da supremacia da Constituição.

Isso não quer dizer que não sejam válidas as regras legais e regulamentares sobre o alistamento eleitoral, mas sim que elas se desenvolvem no campo do direito eleitoral e não do direito constitucional e, por isso mesmo, devem sempre ser interpretadas à luz dos valores, princípios e regras constitucionais, e não o inverso.

Prefiro não simplificar a questão adjetivando a alistabilidade como alistabilidade constitucional e alistabilidade legal.

Em respeito ao princípio da supremacia constitucional, considero que alistabilidade é qualidade do alistável, e como este é conceito constitucional explícito, aquele deverá ser tomado como conceito constitucional implícito.

Penso, ainda neste campo, ser possível diferenciar gozo e exercício, direito em potência e direito em fato.

A alistabilidade implica gozo do direito de se alistar eleitor, mas seu exercício se efetiva com o pedido do alistamento.

4 ALISTABILIDADE COMO DIREITO POLÍTICO

Surge questão teórica interessante que é saber qual a natureza jurídica do direito ao alistamento, conteúdo da alistabilidade. Isso porque se considerarmos o alistamento o fato gerador da aquisição dos direitos políticos, o direito de se alistar, logicamente anterior ao alistamento, poderia ser considerado direito político?





Considera Costa a alistabilidade direito pré-eleitoral, porque inerente à pessoa por sua condição de integrante do Poder Constituinte e, neste sentido, prévio a qualquer decisão constitucional.¹⁰

A instigante resposta encontrada por Costa, desde que depurada de sua possível afinidade com o jusnaturalismo, pode ser boa hipótese para reflexão. Essa opinião parece se aproximar das concepções de direito natural, de acordo com as quais haveria direitos inerentes à pessoa humana, prévios ao ordenamento jurídico, o que me parece inaceitável, segundo meu pressuposto positivista, consoante o qual os direitos só existem, têm validade e eficácia integrando ordenamentos jurídicos.¹¹

Não desconheço essa discussão no campo dos direitos humanos, qual seja, se os direitos humanos são inerentes às pessoas humanas, e, portanto, desconectados de ordenamentos jurídicos próprios, o que possibilitaria enquadrá-los como direitos naturais. Prefiro filiar-me aos que consideram, também em relação aos direitos humanos, que sua existência, validade e eficácia decorrem de sua positivação no ordenamento jurídico internacional.¹²

Nesse sentido, admito, em tese, a existência, validade e eficácia, no Brasil, de direitos fundamentais,¹³ não elencados na Constituição Federal, que são direitos humanos internacionais, internalizados no direito interno brasileiro, por força da regra constante em §2º, 5º CF. Mas isso não significa admitir a pré-existência de direitos anteriores à Constituição, como parece admitir Costa.

Considerando as regras expressas, acima citadas, sobretudo §§1º-2º 14 CF, o direito ao alistamento é constitucional e é conteúdo da alistabilidade, o direito fundamental de pleitear o exercício dos direitos políticos, mediante reconhecimento estatal formal da qualidade de cidadão.

O direito de pretender o alistamento eleitoral é constitucional e fundamental, não é cronologicamente direito político, na medida em que ainda não houve o alistamento, mas é, ontologicamente, direito político.

A fim de fundamentar a natureza ontológica de direito político da alistabilidade, adoto como definição de direitos políticos, no ordenamento jurídico brasileiro, aquela que decorre da conjugação do direito interno com o direito internacional dos direitos humanos.¹⁴

¹⁰ COSTA, Elcias Ferreira da. *Direito Eleitoral*: legislação, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 53.

¹¹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

¹² "The human rights idea found its contemporary expression in the Universal Declaration of Human Rights adopted by the United Nations General Assembly in 1948, and in the numerous covenants and conventions derived from it". "The idea of human rights that has received currency and universal (if nominal) acceptance in our day owes much to these antecedents but it is discrete and different from them. The contemporary version does not ground or justify itself in natural law, in social contract, or in any other political theory. In international instruments, representatives of states declare and recognize human rights, define their content, and ordain their consequences within political societies and in the system of nation-states. The justification of human rights is rhetorical not philosophical. Human rights are self-evident, implied in other ideas that are commonly intuited and accepted. Human rights are derived from accepted principles, or are required by accepted ends - societal ends such as peace and justice; individual ends such as human dignity, happiness, fulfillment". HENKIN, Louis. The age of rights. In: HENKIN, Louis, NEUMAN, Gerald L., LEEBRON, David W. *Human rights*. New York: Foundation Press, 1999. p. 2.

¹³ Adoto a concepção de José Afonso da Silva para quem "direitos humanos" é conceito do direito internacional, sendo que no Brasil sua equivalência seria o conceito "direitos fundamentais". SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 176.

¹⁴ Retomo aqui o que já expus em QUEIROZ, Luiz Viana. *Direitos políticos como direitos humanos*: impacto da Convenção Americana de Direitos Humanos no direito eleitoral brasileiro. Dissertação (Mestrado) - UFPE, Recife, 2002. Disponível em: <<http://www.liber.ufpe.br/teses/arquivo/20050304161918.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2016 ou em QUEIROZ, Luiz Viana. O conceito direitos políticos à luz do direito internacional dos direitos humanos. In: CADERNOS de soluções constitucionais. São Paulo: Malheiros/ABCD - Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas, 2008. p. 248-294.



Direitos políticos são direitos públicos subjetivos e têm essa denominação em razão do objeto ou do bem tutelado pela ordem jurídica, mantendo estrita correlação lógica e teleológica com o princípio da soberania popular, que concerne ao direito de participação dos cidadãos na formação da vontade política do Estado.¹⁵

O conteúdo dos direitos políticos depende da ordem jurídica positiva, que pode prever diversas maneiras de participação na formação da vontade política do Estado, não só no que tange à própria formação dessa vontade – direito de votar e ser votado, bem assim na fiscalização da legalidade dos atos do poder público – ação popular, direito de petição e de representação.¹⁶

É preciso, assim, examinar qual o conteúdo que o direito positivo brasileiro atribuiu aos direitos políticos.

Denominou a Constituição Federal, de 1988, no seu Capítulo IV, do Título II, “Dos Direitos Políticos”, mas não definiu o conceito. Tratou 14CF do sufrágio, do plebiscito, do referendo, da iniciativa popular, do alistamento eleitoral, da elegibilidade e das inelegibilidades, e da ação de impugnação de mandato eletivo; aponta 15CF hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos; fixa 16CF, por sua vez, o princípio da anterioridade anual da legislação eleitoral. Esses são todos direitos políticos, no mínimo por topologia constitucional.

Não obstante, fora do Capítulo IV, do Título II, da atual Constituição brasileira, também é possível encontrar outros direitos políticos, como, por exemplo, a ação popular, prevista entre o rol das garantias individuais (LXXIII,5ºCF), ou a liberdade para criar partidos políticos (17CF).

Na esfera normativa infraconstitucional, igualmente, nosso ordenamento jurídico prevê direitos políticos em normas complementares, como é o caso das inelegibilidades¹⁷ ou da ação de investigação judicial eleitoral, previstas na Lei Complementar n. 64, de 1990, ou em leis ordinárias, como é o caso da propaganda eleitoral, disciplinada tanto no Código Eleitoral como na Lei das Eleições.

O problema surge porque as leis brasileiras, assim como a Constituição Federal, não definiram os direitos políticos.

A Lei n. 818, de 18 de setembro de 1949, que dispõe sobre a aquisição, a perda e a reaquisição da nacionalidade, e a perda dos direitos políticos, e ainda está em vigor na parte relativa à perda dos direitos políticos, usa expressão normativa com o seguinte texto: “Art.38 - São direitos políticos aqueles que a Constituição e as Leis atribuem a brasileiros, precipuamente os de votar e ser votado”.¹⁸

No mesmo sentido, e quase repetindo aquela Lei, o Código Eleitoral estabelece: “Art.1º - Este Código contém normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos, precipuamente os de votar e ser votado”.¹⁹

¹⁵ MENDES, Antonio Carlos. *Introdução à teoria das inelegibilidades*. São Paulo: Malheiros, 1994. p.73.

¹⁶ *Ibidem*, p. 72-3.

¹⁷ Adoto a classificação de José Afonso da Silva para as inelegibilidades como direitos políticos negativos. (SILVA, 2010, p. 346).

¹⁸ BRASIL. *Lei n. 818, de 18 de setembro de 1949*. Dispõe sobre a aquisição, a perda e a reaquisição da nacionalidade, e a perda dos direitos políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0818.htm>. Acesso em: 13 jul. 2016.

¹⁹ BRASIL. *Lei n. 4737, de 15 de julho de 1965*. Institui o código eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 13 jul. 2016.



As normas legais, como se vê, utilizam o conceito direitos políticos como gênero, ao qual pertencem os direitos eleitorais de votar e ser votado, mas não facilitam a identificação de outras espécies porque se restringem a fazer aquela inclusão parcial de duas espécies. Disso resulta certa imprecisão no uso daquele conceito, como, por exemplo, quando se inclui (equivocadamente) entre os direitos políticos o de participar de eleições sindicais e o de dirigir ou ser redator-chefe de jornal ou periódico²⁰.

A falha de definição, no entanto, é meramente aparente, porque é possível encontrá-la na normativa internacional, internalizada no direito positivo brasileiro através da abertura propiciada ao direito internacional dos direitos humanos pela regra §2º, 5º CF.²¹

Nos meus dois textos acima citados, examinei toda a normativa internacional de direitos humanos, o que envolveu análise das regras contidas em:

- a) Declaração Universal de Direitos Humanos (1-2-3, XXI, DUDH);
- b) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (a-b-c, 25 PIDCP);
- c) Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher;
- d) Convenção Contra Toda Forma de Discriminação Contra a Mulher (a-b-c, 7º CDDM);
- e) Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (c, 5º CEDR);
- f) Carta de Direitos Fundamentais da União Européia (2, 12; 39-46 CDFUE);
- g) Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos (Carta de Banjul) - (1-2-3, 13º CADH);
- h) Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (XX e XXXIII, DADH);
- i) Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) (a-b-c, 1-2, 23 CADH).

Daquele estudo cheguei à conclusão que são os direitos políticos espécies de direitos humanos, reconhecidos pela normativa internacional, seja no sistema global seja nos sistemas regionais de proteção²². Alguns aspectos da qualificação desses direitos são universais, ao menos no Mundo Ocidental, pois todos os documentos jurídicos, com status de tratados internacionais ou não, reconhecem três grupos de direitos políticos:

- 1 - direito de participar do governo de seu país, que envolve tomar parte em todos os assuntos públicos e da formulação de políticas governamentais, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;
- 2 - direito de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país;
- 3 - direito de sufrágio e direito de ser votado.

Decorre daí que a alistabilidade, o direito de se alistar eleitor, o direito de ser reconhecido cidadão brasileiro, integra o rol dos direitos políticos, ontologicamente, na medida em que compõe o "direito de participar do governo de seu país", malgrado seja exceção à regra de que o fato gerador da aquisição dos direitos políticos é o alistamento eleitoral.

²⁰ FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo: Julex, 1989. v. 1, p. 349.

²¹ Estudo aprofundado das compatibilidades e incompatibilidades entre a normativa internacional decorrente do art. 23 do Pacto de São José da Costa Rica e o direito interno brasileiro em: QUEIROZ, 2002.

²² Lembro que adoto a classificação de José Afonso da Silva e considero direitos humanos conceito de direito internacional e quando internacionalizados são direitos fundamentais.





5 ALISTABILIDADE, GOZO E EXERCÍCIO DOS DIREITOS POLÍTICOS

Da compreensão do sentido e alcance dessa qualidade jurídica resultam efeitos práticos. O primeiro, refere-se à interpretação da regra contida em II,§2º14CF que estabelece “pleno exercício de direitos políticos” como condição de elegibilidade, em contraste com a regra em 16LPP que fixa “pleno gozo de seus direitos políticos” como requisito de filiação partidária.

Aqui tomo emprestada a lição do magistral Ruy Barbosa, quando enfrentou o tema dos direitos políticos, na famosa impugnação à candidatura de Hermes da Fonseca, trazendo página que merece ser lembrada não apenas pela erudição, mas sim pelo seu sentido prático para a solução de inúmeras controvérsias sobre temas correlatos. Disse ele no resumo final:

Eis aí extremadas com a maior lucidez as raias entre o gozo e o exercício nos direitos políticos: o gozo, mera ‘capacidade potencial’ da faculdade jurídica; o exercício, ‘capacidade atual’ dessa faculdade. No alistável, que se pode alistar, em lhe aprazendo, o direito político de voto está em capacidade potencial. É o gozo. No alistado, que se habilitou a votar atualmente, esse direito está em capacidade atual. É o exercício.²³

Sempre que a norma exigir como requisito o gozo dos direitos políticos, estará mencionando alistabilidade, enquanto o exercício daqueles direitos exige prévio alistamento. O alistável goza, o alistado exerce direitos políticos. Disso resulta que para ser elegível, satisfazendo à regra de II,§2º14CF, é preciso que seja alistado o cidadão e não tenha havido perda ou suspensão dos direitos políticos, conforme 15CF, mas para se filiar a partido político basta ser alistável, conforme a regra de 16LPP, ou seja, ser brasileiro maior de 16 anos e não conscrito.

Se a interpretação das regras contidas em II,§2º14CF e em 16LPP parece ser facilitada com a utilização do conceito alistabilidade vinculada a gozo de direitos políticos, e suficiente para a aplicação de certas normas de direito internacional, internalizadas no Brasil como regras de direito interno, por força de §2º,5ºCF, parece não servir para a interpretação de todas as normas internacionais, em função do uso diferenciado do conceito “gozar” ou “gozo” de direitos políticos.

Traz a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, várias regras sobre direitos políticos, em seu artigo 23, como se segue:

Artigo 23 – Direitos políticos

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

- a) de participar da condução 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 igualitário e por voto secreto, que garantam a livre expressão da vontade dos eleitores; e

²³ BARBOSA, Ruy. Memória sobre a eleição presidencial. In: OBRAS completas de Ruy Barbosa. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1971. v. 37, 1910, t. 2, p. 349.





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 motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.²⁴

Nota-se que a Convenção Americana de Direito Humanos – CADH distinguiu perfeitamente “gozo” de “exercício” de direitos humanos, pois no item 1 menciona “gozar” - todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades, enquanto que no item 2 prefere “exercício” - a lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades.

Apesar de apontar para a diferença entre gozo e exercício dos direitos políticos, a CADH preferiu usar o conceito “cidadão” quando se refere à titularidade do gozo daqueles direitos, tendo em vista que menciona - todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades, eliminando, com isso, a necessidade prática de distinguir as situações do alistável e do alistado. No Brasil, no entanto, aquela diferença é sensível, porque só será “cidadão”, em sentido estrito, o alistado eleitor, e, por conseguinte, a incidência da regra contida em 1-23CADH pressupõe o alistamento eleitoral do titular.

6 ALISTABILIDADE DOS PORTUGUESES

A questão conceitual se torna ainda mais problemática no regime jurídico dos portugueses no Brasil. Como se sabe, a Constituição Federal admitiu tratamento diferenciado para os portugueses residentes no Brasil, atribuindo-lhes os direitos inerentes aos brasileiros, salvo os casos constitucionalmente previstos, “se houver reciprocidade em favor de brasileiros” (§1º, 12CF).

Assinaram Brasil e Portugal tratado bilateral para disciplinar, entre outras, a reciprocidade prevista na Constituição Federal, denominado Tratado da Amizade (TA), editado através do Decreto n. 3.927, de 19 de setembro de 2001.

Estabeleceu o Tratado da Amizade, como regra geral entre brasileiros e portugueses beneficiários do estatuto da igualdade, “os mesmos direitos e estarão sujeitos aos mesmos deveres” (12TA). No Brasil, será atribuído o estatuto da igualdade, por decisão do Ministério da Justiça, aos portugueses que o requeiram, desde que civilmente capazes e com residência habitual em nosso país (15TA).

Há tratamento específico para os direitos políticos no artigo 17 do Tratado da Amizade, como se segue:

ARTIGO 17

1. O gozo de direitos políticos por brasileiros em Portugal e por portugueses no Brasil só será reconhecido aos que tiverem três anos de residência habitual e depende de requerimento à autoridade competente.

2. A igualdade quanto aos direitos políticos não abrange as pessoas que, no Estado da nacionalidade, houverem sido privadas de direitos equivalentes.

²⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Coletânea de Direito Internacional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 743.





3. O gozo de direitos políticos no Estado de residência importa na suspensão do exercício dos mesmos direitos no Estado da nacionalidade.²⁵

Como se pode ver, o Tratado da Amizade diferencia “gozo” de “exercício” dos direitos políticos, na regra contida no item 3 do artigo 17: “o gozo de direito políticos no Estado de residência importa na suspensão do exercício dos mesmos direitos no Estado da nacionalidade”.

Nesse caso, mais uma vez, o sentido e alcance do termo alistabilidade, vinculado a “gozo” dos direitos políticos, nos serve para auxiliar a interpretação e aplicação da regra internacional. É que o brasileiro alistado eleitor, residindo em Portugal e requerendo o estatuto da igualdade para poder usufruir dos mesmos direitos dos portugueses no país de residência, não terá diminuído o gozo daqueles direitos no Brasil, mas tão-somente seu exercício, que ficarão suspensos.

Surge, então, o problema de saber quais os efeitos jurídicos para o cidadão brasileiro que passa a exercer seus direitos políticos em Portugal, ficando com os mesmos suspensos no Brasil, já que o Código Eleitoral não diferencia para fins de cancelamento do título e exclusão do eleitor entre perda e suspensão daqueles direitos (II,71CE).

Já tive oportunidade de sustentar que deveria haver, de lege ferenda, um procedimento eleitoral distinto para a perda ou suspensão dos direitos políticos, já que a perda alcança o gozo, e, portanto a alistabilidade, enquanto a suspensão somente o exercício. Deveria a lei eleitoral apontar para o cancelamento do título apenas para as hipóteses de perda dos direitos políticos, fazendo uma anotação e exigindo a devolução do título eleitoral ao Cartório Eleitoral da Zona respectiva, quando fosse caso de suspensão.

Foi a situação contornada pelo Tribunal Superior Eleitoral, através de seu poder regulamentador, ao baixar a Resolução n. 21.538, de 14 de outubro de 2003.

Nos artigos 51 a 53, naquela Resolução TSE n. 21.538/2003, consta disciplina sobre o procedimento para o registro no sistema eletrônico de alistamento eleitoral das restrições aos direitos políticos. Impõe-se que a autoridade judiciária determinará a inclusão dos dados no sistema, mediante comando FASE, de fato ensejador de inelegibilidade ou de suspensão de inscrição por motivo de suspensão de direitos políticos ou de impedimento ao exercício do voto (art. 51); se o interessado, através de requerimento próprio, comprovar a cessação do impedimento, será comandado o código FASE próprio e/ou inativado, quando for o caso (art. 52,§3º). Quando a restrição alcançar pessoa não inscrita na Justiça Eleitoral ou com inscrição cancelada no cadastro, seu registro será feito diretamente na Base de Perda e Suspensão de Direitos Políticos (art.51,§2º).

Estipula, ainda, a Resolução TSE n. 21.538/2003, quais os documentos comprobatórios de requalificação ou restabelecimento de direitos políticos. Nos casos de perda: a) decreto ou portaria, e b) comunicação do Ministério da Justiça; nos casos de suspensão: a) para interditos ou condenados – sentença judicial, certidão do juízo competente ou outro documento; b) para conscritos ou pessoas que se recusaram

²⁵ BRASIL. Decreto n. 3.927, de 19 de setembro de 2001. Promulga o Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta, entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa, celebrado em Porto Seguro em 22 de abril de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3927.htm>. Acesso em: 13 jul. 2016.



à prestação do serviço militar obrigatório – certificado de reservista, certificado de isenção, certificado de dispensa de incorporação, certificado do cumprimento de prestação alternativa ao serviço militar obrigatório, certificado de conclusão do curso de formação de sargentos, certificado de conclusão de curso em órgão de formação da reserva ou similar; c) para beneficiários do Estatuto da Igualdade – comunicação do Ministério da Justiça ou de repartição consular ou missão diplomática competente, a respeito da cessação do gozo de direitos políticos em Portugal, na forma da lei; d) nos casos de inelegibilidade – certidão ou outro documento.

Desse conjunto de normas regulamentares, infere-se que o TSE admite que a suspensão ou a perda seja lançada no sistema, através de um comando eletrônico, que pode, posteriormente, ser novamente acionado, quando comprovada a cessação do impedimento. Malgrado não possa revogar a lei, já que a resolução tem natureza de regulamento, parece ter a Justiça Eleitoral encontrado forma indireta de diferenciar efeitos para a suspensão ou a perda dos direitos políticos, através de comandos eletrônicos que alteram as informações constantes no sistema ou no banco de dados.

Não tenho dúvida de que é esta mais uma daquelas situações tão frequentes na Justiça Eleitoral, em que o regulamento é inconstitucional por transbordamento da competência regulamentar e, por via de consequência, por violação ao princípio da legalidade.

7 ALISTABILIDADE E CONSCRIÇÃO

Outra questão que a definição de alistabilidade aqui proposta poderá ajudar a resolver é a aparente antinomia entre a alistabilidade do maior de 16 anos, menor de 18 anos (c, II, §1º, 14CF) e a inalistabilidade do conscrito (§2º, 14CF), que já se alistou.

A Constituição Federal atribui alistabilidade ao maior de 16 anos, menor de 18 anos (c, II, §1º, 14CF), mas, igualmente, impõe a inalistabilidade do conscrito, ao longo da conscrição (§2º, 14CF).

Se ao chegar aos 18 anos, o sujeito faz o alistamento militar, torna-se conscrito e não se pode alistar eleitor, ao longo da conscrição, por força da regra prevista em §2º, 14CF.

Torna-se problemático quando, antes do alistamento militar, aos 16 anos, já tendo adquirido alistabilidade, o alistável se alista e alcança o status de cidadão e, em seguida, no ano em que vai completar 18 anos, faz o alistamento militar obrigatório (143CF).

Não há previsão expressa no texto constitucional para essa situação. Que fazer com o conscrito que já é eleitor?

O TSE resolveu a questão, a meu juízo de forma equivocada, suspendendo os direitos políticos, ao longo da conscrição. Na Resolução n. 20.165, de 7.4.1998, resultante do Processo Administrativo n. 16.337/GO, foi respondido que:

uma vez que a Constituição Federal, em seu art. 14, § 2º, estabeleceu vedação aos conscritos para o alistamento eleitoral, pressuposto para o exercício da capacidade eleitoral, entendo cabível a manutenção do impedimento do voto aos conscritos já alistados, na forma da reiterada jurisprudência desta c. Corte.²⁶

²⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 20.165, de 7.4.1998. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 13 jul. 2016.





Manteve o TSE entendimento anteriormente firmado, na Resolução n. 15.850/1989, que afastou "a capacidade eleitoral ativa àquele que está no serviço militar obrigatório, entre eles, o aluno de órgão de formação da Reserva (Art. 12 da Lei 4.375, de 17.8.64) e os elencados pela Lei n. 5.292, de 8.7.67), ainda que tenha se alistado antes da conscrição".²⁷

Cabe destacar que no relatório do voto da Resolução TSE n. 20.165, consta posição da Procuradoria Geral Eleitoral, que destaca que impedir o alistado de votar, ao longo da conscrição, configuraria causa de suspensão de direitos políticos não prevista no elenco de 15CF, e conclui citando a doutrina de José Afonso da Silva, segundo a qual:

[...] o princípio que prevalece é o da plenitude do gozo dos direitos políticos positivos, de votar e ser votado. A pertinência desses direitos ao indivíduo é que o erige em cidadão. Sua privação ou restrição do seu exercício configura exceção àquele princípio. Por conseguinte, a interpretação das normas constitucionais ou complementares relativas aos direitos políticos deve tender à maior compreensão do princípio, deve dirigir-se ao favorecimento do direito de votar e de ser votado, enquanto as regras de privação e restrição hão de entender-se nos limites mais estreitos de sua expressão verbal, segundo as boas regras de hermenêutica.²⁸

A extensa fundamentação do parecer ministerial naquela consulta só poderia levar à conclusão oposta àquela que chegou o ilustre Ministro Nilson Naves, porque, em verdade, não é possível pela via da interpretação criar uma nova hipótese de suspensão de direitos políticos, pois, como se vê na sempre bela doutrina de José Afonso da Silva, a compreensão do princípio deveria apontar para o favorecimento do direito de votar, nunca para o restringir.

O conceito de alistabilidade da maneira como aqui proposto, leva a conclusão oposta a que chegou o TSE, porque, uma vez alcançada a alistabilidade, ou seja, a qualidade do alistável, em decorrência dos requisitos constitucionais (ser brasileiro, ser maior de 16 anos e não ser conscrito), o Estado brasileiro tem o dever de deferir o alistamento.

Tendo o Estado brasileiro deferido o alistamento, somente causa prevista na Constituição poderia gerar a perda daquela qualidade, ou, quando muito, somente outra causa prevista em lei, no sentido estrito, não vinculada à qualidade do alistável, poderia gerar o cancelamento do título.

O Código Eleitoral prevê em seu artigo 71 as causas de cancelamento do título, entre as quais, "a suspensão ou perda dos direitos políticos".

Em 15CF estão as causas de perda ou suspensão dos direitos políticos, não se encontrando entre elas a conscrição.

A regra do §2º14CF usada como fundamento da deliberação do TSE para impedir o eleitor conscrito a votar somente traz proibição para o alistamento do conscrito, não para o seu voto se já eleitor. A interpretação restringiu direito fundamental de maneira mais ampla que o texto constitucional, sendo, portanto, inadequada.

²⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 15.850, de 3 de novembro de 1989. *DJ - Diário de Justiça*, 21 nov. 1989. p. 17319. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

²⁸ SILVA, 2010, p. 364.



A restrição do alistamento do conscrito, resultante daquela regra do §2º14CF, pode legitimamente ser considerada, como fizemos neste texto, parte integrante da composição da alistabilidade, ou seja, como seu requisito negativo: não ser conscrito. Mas nunca como regra capaz de suspender o alistamento, ato jurídico perfeito, do qual resultou direito adquirido a votar.

8 CONCLUSÃO

Apesar de não haver previsão expressa no texto constitucional, é possível dele extrair o conceito jurídico alistabilidade.

Para os fins de analisar a alistabilidade no regime jurídico brasileiro, a que me propus neste texto, parece ser possível admitir que há uma diferença jurídica entre alistabilidade e alistamento eleitoral e uma aproximação conceitual entre alistabilidade e gozo dos direitos políticos.

O alistamento eleitoral é o ato administrativo por meio do qual o Estado brasileiro reconhece ao sujeito pretendente a titularidade de direito políticos, formalizado através da inscrição no cadastro de eleitores e documentado por meio do título eleitoral.

A alistabilidade é a qualidade jurídica do alistável, direito ao alistamento eleitoral, decorrente de situação jurídica complexa que é efeito de fatos jurídicos constitucionalizados: ser brasileiro com mais de 16 anos e não ser conscrito, ou ser português que usufrua da reciprocidade Brasil-Portugal. Malgrado possa ser vista a alistabilidade como o gozo dos direitos políticos, direito em potência, como diria Ruy, ela, a alistabilidade, configura o direito subjetivo ao alistamento, sendo, por conseguinte, direito atual cujo conteúdo é o poder de exigir do Estado o reconhecimento de sua qualidade jurídica decorrente dos comandos constitucionais da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruy. Memória sobre a eleição presidencial. In: OBRAS completas de Ruy Barbosa. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1971. v. 37, 1910, t. 2.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. *Decreto n. 3.927, de 19 de setembro de 2001*. Promulga o Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta, entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa, celebrado em Porto Seguro em 22 de abril de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3927.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.

_____. *Lei n. 818, de 18 de setembro de 1949*. Dispõe sobre a aquisição, a perda e a reaquisição da nacionalidade, e a perda dos direitos políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0818.htm>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. *Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o código eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm. Acesso em: 13 jul. 2016.





BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 20.165, de 7.4.1998*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Resolução n. 15.850, de 3 de novembro de 1989. *DJ - Diário de Justiça*, 21 nov. 1989. p. 17319. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *Direito Eleitoral e processo eleitoral: Direito Penal Eleitoral e direito político*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COSTA, Elcias Ferreira da. *Direito Eleitoral: legislação, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo: Julex, 1989. v. I.

HENKIN, Louis. The age of rights. In: HENKIN, Louis, NEUMAN, Gerald L., LEEBRON, David W. *Human Rights*. New York: Foundation Press, 1999.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Coletânea de Direito Internacional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

MENDES, Antonio Carlos. *Introdução à teoria das inelegibilidades*. São Paulo: Malheiros, 1994.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. São Paulo: Saraiva, 1995.

NISS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos: elegibilidade, inelegibilidade e ações eleitorais*. 2. ed. Bauru: EDIPRO, 2000.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1977. tomos 1-2, 4-5.

QUEIROZ, Luiz Viana. O conceito direitos políticos à luz do direito internacional dos direitos humanos. In: CADERNOS de soluções constitucionais. São Paulo: Malheiros/ABCD - Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas, 2008.

_____. *Direitos políticos como direitos humanos: impacto da Convenção Americana de Direitos Humanos no direito eleitoral brasileiro*. Dissertação (Mestrado) - UFPE, Recife, 2002.





Disponível em: <<http://www.liber.ufpe.br/teses/arquivo/20050304161918.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

QUEIROZ, Luiz Viana. Suspensão e perda dos direitos políticos. In: DIREITO eleitoral e democracia: desafios e perspectivas. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2010.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.





QUESTÕES PERTINENTES AO DIREITO DE ALISTAMENTO E VOTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL

Ary Jorge Aguiar Nogueira*

RESUMO

O presente trabalho pretende realizar uma análise crítica do direito ao alistamento e voto da pessoa com deficiência mental, após a edição da Lei 13.146/2015. A análise levará em conta a profunda mudança no paradigma de tratamento legal à pessoa com deficiência, com a incorporação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ao nosso ordenamento jurídico com *status* de emenda constitucional. Será realizada, ainda, uma breve descrição acerca dos tratamentos jurídico e social conferidos à deficiência mental ao longo da história. Espera-se que, ao final, seja confirmada a hipótese de que não há óbices legais ao alistamento eleitoral e ao exercício do direito de voto pela pessoa com deficiência mental.

Palavras-chave: Deficiência mental. Alistamento. Voto. Direito.

ABSTRACT

This paper aims to conduct a review of the right to vote and enlistment of people with mental disabilities, after the enactment of Law 13.146/2015. The analysis will take into account the profound change in the paradigm of legal treatment to people with disabilities, incorporating the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities to our legal system with constitutional amendment status. It will be held also a brief description about the legal and social treatment given to the mental disability throughout history. It is expected that in the end is confirmed the hypothesis that there are no legal obstacles to voter registration and the exercise of voting rights by persons with mental disabilities.

Keywords: Mental disability. Enlistment. Vote. Right.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende realizar uma análise crítica das mudanças legislativas introduzidas pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), especialmente quanto à garantia do direito de alistamento e do voto da pessoa com deficiência mental.

Adicionalmente, pretende analisar quais os efeitos que a eventual obrigatoriedade do alistamento e voto pela pessoa com deficiência mental poderão ocasionar.

* Analista Judiciário lotado no Cartório da 203ª Zona Eleitoral de Barra Mansa/RJ. Especialista em Direito Público pela Universidade Veiga de Almeida. Ex-professor de Língua Italiana na Universidade da Terceira Idade da Universidade do Estado do Rio de Janeiro UNATI/UERJ. Ex-professor de Linguagem Jurídica no Centro Universitário de Barra Mansa/UBM.





A promulgação da Lei n. 13.146/2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, foi acolhida com grande entusiasmo pelos ativistas da causa das pessoas com deficiência, visto que constituiu a efetivação no plano jurídico nacional da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, firmada em Nova York, em 30 de março de 2007.

Conquanto a mencionada Convenção já houvesse sido devidamente incorporada ao ordenamento jurídico pátrio com *status* de Emenda Constitucional, mediante a edição do Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, certo é que ainda perdura entre nós a tradição de conferir peso axiológico superior às normas oriundas de nossas próprias casas legislativas.

Destarte, o diálogo entre as normas mencionadas é indissolúvel, sendo certo que diversos artigos do Estatuto repetem *ipsis litteris* trechos da Convenção.

Certamente, foi no âmbito do Direito Civil que o Estatuto da Pessoa com Deficiência promoveu a mais profunda mudança, consubstanciada no fim da incapacidade civil absoluta dos que, por enfermidade ou deficiência mental, não tinham o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil (artigo 3º, inciso II, do Código Civil, ora revogado).

A questão, no entanto, ultrapassou os limites do direito civil e provocou uma verdadeira revolução no âmbito do direito eleitoral, cujos efeitos hão de ser sentidos ao longo dos próximos anos, devendo a Jurisprudência das cortes eleitorais debruçar-se com esmerada atenção acerca da manutenção dos direitos ao alistamento e ao voto da pessoa com deficiência mental.

2 DA DOENÇA MENTAL X DEFICIÊNCIA

O conceito de normalidade em psicopatologia é muito controverso. No entanto, como aponta Dalgalarondo, “obviamente, quando se trata de casos extremos, cujas alterações comportamentais são de intensidade acentuada e de longa duração, o delineamento das fronteiras entre o normal e o patológico não é problemático”.¹

Ainda assim, no âmbito da psicopatologia, há que se acentuar que a aferição da “normalidade” passa pela definição do que é normal e sob qual contexto, o que resulta em várias acepções possíveis, as quais interessavam principalmente aos profissionais de saúde.

Outrossim, atualmente a avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, consoante dispõe o parágrafo 1º, do artigo 2º, da Lei n. 13.146/2015.

Desta forma, a associação entre os conceitos de deficiência e doença não mais se confundem.

Por isso, soa deveras estranho que se utilize a expressão “portador de deficiência”, eis que a carga de significado associada ao vocábulo “portador” conduz inexoravelmente ao senso de “doença”.

¹ DALGALARRONDO, Paulo. *Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais*. Porto Alegre: Artmed, 2008. p. 31.





Além disso, o ato de portar remete à noção de algo temporário, de que seja possível se desvencilhar tão logo se queira ou se chegue a um destino. Igualmente, quando se rotula alguém como “portador de deficiência”, nota-se que a deficiência passa a ser a marca principal da pessoa, em detrimento de sua condição humana.

Cabe aqui mencionar que o conceito de deficiência encontra-se em constante evolução e a definição adotada atualmente pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência aponta que:

Artigo 1

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.²

Observa-se, destarte, a superação da visão segregacionista tradicional, que associava a deficiência a uma patologia, que seria passível, portanto, de tratamento e eventual cura. Na verdade, enxerga-se hoje a deficiência com uma condição de longo prazo que implique restrições à participação em igualdade de condições com os demais membros da sociedade, independentemente da natureza de tais restrições.

Pode-se argumentar que a questão seria meramente terminológica, mas a semântica neste caso revela claramente todo o viés ideológico que sustenta a posição adotada. O termo doença traz em seu bojo as ideias de afastamento e tratamento, enquanto o vocábulo deficiência resta indissociável do conceito de limitação.

Tendo em vista tais pressupostos, convém observar como o Direito abordou a temática da doença e, atualmente, da deficiência mental.

3 DA DEFICIÊNCIA MENTAL AO LONGO DA HISTÓRIA

Sob o ponto de vista jurídico, a definição da doença mental sempre foi objeto de acurada reflexão jusfilosófica.

As questões pertinentes à alienação mental e à loucura propriamente dita não passaram *in albis* no Direito Romano, fonte primeva de nossa experiência jurídica.

Conforme salienta Ducos,³ o Direito Romano contava com um vocabulário variado a quem se encontrava naquele estado mental: *demens*, *insanus*, *furious*, *mente captus*, termos que, além de se entrecruzar, muitas vezes distinguiram diferentes formas de loucura mais ou menos graves.

Na verdade, o que mais interessava aos filósofos e juristas da época era a determinação do grau de responsabilidade do doente, a fim de saber se ele compreendia os compromissos dos contratos que efetuava e se parecia capaz de respeitá-los. Tratava-se de uma questão pragmática ligada invariavelmente ao viés patrimonial que o Direito Romano ostentava. Visava a evitar o dano ao patrimônio do alienado e especialmente, ao patrimônio de outrem.

² BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 6 jun. 2016.

³ DUCOS, Michèle. *Roma e o Direito*. São Paulo: Madras, 2007. p. 62.





Em consonância com tal visão, apontam Caseiro Neto e Serrano⁴ que surgiu no Direito Romano o instituto da Curatela, cujo objetivo era a proteção e assistência das pessoas físicas incapazes, ou seja, das pessoas loucas, pródigas e menores púberes (entre 14 e 25 anos).

Infelizmente, a Idade Clássica não logrou melhor tratamento à questão da loucura, a qual substituiu a lepra como fator de segregação social.

Certamente, o melhor relato a respeito é feito por Foucault:

[...] desaparecida a lepra, apagado (ou quase) o leproso da memória, essas estruturas permanecerão. Frequentemente nos mesmos locais, os jogos da exclusão serão retomados, estranhamente semelhantes aos primeiros, dois ou três séculos mais tarde. Pobres, vagabundos, presidiários e “cabeças alienadas” assumirão o papel abandonado pelo lazarento.⁵

A associação entre a doença mental e hábitos moralmente proibidos, com o consequente desejo de ocultar os doentes das vistas da sociedade, permeou os três séculos seguintes e marcou indelevelmente as políticas públicas que jamais consideravam a pessoa com deficiência como membro da comunidade.

Há que se ressaltar, no entanto, que o indivíduo pobre, ainda que tivesse qualquer deficiência, da mesma forma não recebia um tratamento muito melhor do Estado.

Não se pode desconsiderar que o respeito ao indivíduo e, consequentemente a seus direitos como ser humano, decorreu de um longo e demorado processo, cuja gênese mais recente estabelece bases nas Revoluções do Século XVIII.

A Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789 trouxeram uma nova postura do cidadão frente ao domínio absoluto do Estado.

Com uma Declaração de Direitos assaz incisiva, a Revolução Francesa apontava pela primeira vez a igualdade entre os homens como base da convivência social, o que se revelava um verdadeiro contrassenso à época.

Bobbio afirma com o primor que lhe caracteriza:

Che gli uomini non nascano né liberi né eguali era dottrina corrente, da quando la credenza in una mitica età dell'oro, che risaliva agli antichi ed era stata ripresa durante il Rinascimento, era stata soppiantata dalla teoria, che da Lucrezio era arrivata sino a Vico, dell'origine ferina dell'uomo e della barbarie primitiva.^{6 7}

Previsivelmente, a mudança não se daria imediatamente e as sementes então lançadas levariam ainda mais de um século para florescer.

O impacto causado pela barbárie da Segunda Guerra Mundial levou os governos das grandes nações a lançarem as bases de um novo modelo quanto ao respeito e reconhecimento dos direitos humanos.

⁴ CASEIRO NETO, Francisco; SERRANO, Pablo Jiménez. *Direito romano*. São Paulo: Desafio Cultural, 2002. p. 182.

⁵ FOUCALT, Michel. *História da loucura na Idade Clássica*. Tradução José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 1972. p. 10.

⁶ BOBBIO, Norberto. *L'età dei diritti*. Torino: Einaudi, 1990. p. 103.

⁷ “Que os homens não nasçam nem livres nem iguais era doutrina corrente, desde que a crença em uma mítica idade do ouro, que datava dos antigos e foi retomada durante o Renascimento, foi suplantada pela teoria, que de Lucrezio chegou até Vico, da origem selvagem do homem e da barbárie primitiva” - Tradução livre do Autor.





A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) constitui o documento marco na história dos direitos humanos e foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de Dezembro de 1948.

Elaborada por representantes de diferentes origens jurídicas e culturais de todas as regiões do mundo, a Declaração estabeleceu, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos.

A Declaração foi traduzida em mais de 360 idiomas, o que a tornou o documento mais traduzido do mundo, além de servir de inspiração a constituições de muitos Estados, incluindo o nosso.

Seu primeiro artigo⁸ lançou as bases do respeito às diferenças ao proclamar o princípio básico da igualdade, sem o qual não seria possível falar em inclusão da pessoa com deficiência.

Do ponto de vista da ciência médica, o paradigma vigente começou a ruir com o movimento antimanicomial e as reformas psiquiátricas, as quais se deram em várias etapas, em diversos países e por variados motivos.

Na Inglaterra do pós-guerra, por exemplo, a reforma psiquiátrica surgiu como uma saída para a grave situação dos hospitais psiquiátricos, que se encontravam abarrotados de pessoas.

Movimento semelhante foi adotado pelos Estados Unidos na mesma época, na busca de uma medicina com foco comunitário.

Mas os questionamentos surgidos nos anos 50 levaram muitos anos para se materializarem como política pública efetiva.

O governo Italiano, *verbi gratia*, somente em 1978, determinou o fim das internações manicomiais e o esvaziamento progressivo das instituições.

Tratava-se da Lei n. 180, de 13 de maio de 1978, a qual foi posteriormente englobada na Lei n. 833, da Reforma Sanitária Nacional.

Ao revogar o artigo 3º do Decreto do Presidente da República n. 223/67, que havia suspenso o direito de voto para as pessoas interditadas, o artigo 11 da Lei n. 180 restituiu-lhes as capacidades eleitorais ativa e passiva. Ou seja, não vigorava mais no direito italiano qualquer restrição ao direito de voto, bem como à candidatura das pessoas com deficiências mentais, inclusive daqueles interditados judicialmente.

As transformações introduzidas pelas intervenções psiquiátricas nas cidades italianas inspiraram o movimento de reforma psiquiátrica pelo mundo afora e as inovações normativas provocadas pela aprovação da Lei n. 180 criaram novo campo de tensão nas relações entre psiquiatria e justiça. Novamente, precisava o Direito alcançar a sociedade.

Um novo paradigma começava a surgir, no qual fora abolida a ligação imediata e necessária entre a doença mental e a noção de periculosidade social. O doente conservava, portanto, seus direitos e deveres.

Mas o indivíduo ainda era basicamente o portador de uma patologia, pois o moderno conceito de deficiência ainda se encontrava em longo processo de gestação.

⁸ “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2016.).





Ainda assim, a realidade vivida na Europa era bastante diversa daquela experimentada em solo nacional, onde tanto o meio jurídico, quanto a sociedade ainda mantinham uma visão limitada da pessoa com deficiência.

Como apontam Barbosa, Costa e Moreno:

[...] o movimento da luta antimanicomial tem como seu precedente o Movimento dos Trabalhadores de Saúde Mental (MTSM), que surge no contexto da abertura do regime militar, inicialmente presente nos pequenos cenários de debate sobre a questão das péssimas condições do sistema de saúde vigente no País.⁹

Em 1987, a I Conferência Nacional de Saúde Mental estabeleceu as bases de uma atuação mais participativa por parte dos diversos profissionais de saúde envolvidos no tratamento das doenças mentais.

Naquele mesmo ano, ocorreu em Bauru, no interior do Estado de São Paulo, o II Congresso Nacional do Movimento dos Trabalhadores de Saúde Mental (MTSM), de onde emergiu o “Manifesto de Bauru”, documento de fundação do Movimento Antimanicomial no Brasil.

Instalou-se o lema “Por uma sociedade sem manicômios”, tornando o dia 18 de maio o Dia Nacional da Luta Antimanicomial.

No âmbito jurídico pátrio, entretanto, as questões pertinentes à deficiência mental permaneciam as mesmas do início do século, resumindo-se à aferição da repercussão do diagnóstico médico no reconhecimento da capacidade civil.

Antes da incorporação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o Direito Brasileiro entendia a deficiência mental como óbice à aptidão volitiva, o que inquinava os negócios jurídicos celebrados pela pessoa com deficiência mental.

Tratava-se de uma visão coerente com aquela que a sociedade tinha da pessoa com deficiência mental no início do século XX: alguém absolutamente incapaz. A contundente carga semântica dos termos prescinde de maiores explicações.

Há que se frisar, mormente, que o senso comum entendia tal visão como dotada de alto valor moral, pois as pessoas com deficiência, e não apenas os mentais, eram pensados como pessoas que precisavam de proteção.

Caio Mário Pereira resumiu bem o pensamento da época ao afirmar que “o instituto das incapacidades foi imaginado e construído sobre uma razão moralmente elevada, que é a proteção dos que são portadores de uma deficiência juridicamente apreciável”.¹⁰

Portanto, até o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o foco jurídico residia na proteção à pessoa com deficiência. Com as inovações legislativas, o foco passou a ser a inclusão.

4 DAS NORMAS PERTINENTES AO DIREITO ELEITORAL NA CONVENÇÃO E NO ESTATUTO

O principal artigo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que trata de matéria afeta ao Direito Eleitoral é o artigo 29.

⁹ BARBOSA, Guilherme Correa; COSTA, Tatiana Garcia da; MORENO, Vânia. Movimento da luta antimanicomial: trajetória, avanços e desafios. *Cad. Bras. Saúde Mental*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 8, p. 45-50, jan./jun. 2012. p. 46.

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1. p. 272.





Este dispositivo garante direitos políticos às pessoas com deficiência, bem como oportunidade de exercê-los em condições de igualdade com as outras pessoas, podendo livremente votar e ser votados.

Além de ratificar a importância da acessibilidade, com o uso adequado da tecnologia em prol da pessoa com deficiência, o artigo traz importante inovação ao assegurar que esta possa contar com o auxílio de pessoa de sua confiança para votar, norma esta que foi repetida no inciso IV, do parágrafo 1º, do art. 76, da Lei n. 13.146/2015.

Outra importante inovação é a limitação do instituto jurídico da curatela apenas aos atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, inclusive, não alcançando o direito de voto, consoante determina o art. 85 da mencionada Lei.

5 DOS REQUISITOS PARA ALISTAMENTO E VOTO

A Constituição da República Federativa do Brasil aponta em seu artigo 14 as balizas ao exercício da soberania popular através do voto.

O mandamento constitucional resguarda o sufrágio universal, com o voto direto e secreto, de valor igual para todos. Estabelece, ainda, as hipóteses de obrigatoriedade do alistamento eleitoral e voto para os maiores de 18 anos e apresenta os casos em que estes são facultativos, quais sejam, aos analfabetos, aos maiores de 70 anos e aos maiores de 16 anos e menores de 18 anos.

Ademais, o parágrafo segundo do artigo 14 aponta as hipóteses de vedação ao alistamento para os estrangeiros e conscritos, estes durante o período do serviço militar obrigatório.

Como se pode inferir da leitura do texto constitucional, o voto no direito brasileiro é fundado em um binômio formado pela junção do direito e do dever. O cidadão não tem apenas direito ao voto, mas este lhe é igualmente uma obrigação.

Jorge, Liberato e Rodrigues asseveram que:

O direito ao voto é, na verdade, (a) um poder-dever, resultante de uma função pública reservada ao cidadão; (b) que o exercício do voto é uma forma de educação política; que é tradição no Brasil o voto obrigatório; (c) que o atual estágio da democracia brasileira é importante o exercício do voto; (d) o constrangimento pelo exercício do voto é mínimo.¹¹

O fundamento constitucional para a vedação ao alistamento e ao voto da pessoa com deficiência mental residia no artigo 15 da Constituição, o qual traz em seus cinco incisos os casos de perda e suspensão dos direitos políticos.

No inciso II, do citado artigo, a norma constitucional aponta como hipótese de suspensão de direitos políticos a incapacidade civil absoluta, conceito jurídico cuja determinação encontra-se em dispositivo infraconstitucional, qual seja, o Código Civil.

Até o advento da Lei n. 13.146/2015, o Código Civil apontava a doença mental com circunstância de incapacidade civil absoluta, o que ensejava a possibilidade de interdição judicial, com a ulterior suspensão dos direitos políticos do indivíduo.

¹¹ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Curso de Direito Eleitoral*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 88.



Assim, caso acometido por doença mental posterior ao alistamento eleitoral, o interdito tinha sua inscrição eleitoral suspensa, enquanto perdurasse a interdição. Caso não fosse eleitor, não poderia efetuar seu alistamento como tal.

Todavia, tal impedimento não mais existe no direito pátrio, tendo em vista a revogação expressa do inciso II, do artigo 3º, do Código Civil, promovida pelo artigo 123, inciso II, da Lei n. 13.146/2015.

6 DAS NULIDADES DO ALISTAMENTO E DO VOTO

Segundo Coêlho, “o alistamento eleitoral consiste no reconhecimento da condição de eleitor, que por sua vez corresponde à aquisição da cidadania ativa”.¹²

O alistamento eleitoral não constitui a mera agregação do indivíduo ao universo de eleitores, mas a viabilização do exercício da soberania popular pelo voto.

Como já visto, o alistamento é obrigatório aos brasileiros maiores de 18 anos, que não se encontrem insertos nas hipóteses de alistamento facultativo (analfabetos, maiores de 70 anos e maiores de 16 anos, mas menores de 18 anos) ou de suspensão de direitos políticos.

Para se realizar o alistamento, há que se vencer duas etapas, quais sejam, a qualificação do eleitor e a configuração do domicílio eleitoral.

A qualificação, conforme Almeida, “é o ato pelo qual a pessoa natural faz prova de que é alistável e que preenche todos os requisitos, inclusive idade mínima, para se tornar eleitora”.¹³ Verifica-se, portanto, o enquadramento do requerente às hipóteses a que a lei determina ou não obsta o alistamento.

O segundo elemento indispensável é a comprovação do domicílio eleitoral, que pode ser no lugar de residência do eleitor como também onde este possuir vínculo afetivo, seja de natureza profissional, econômica, comunitária ou familiar.

Havendo dúvida quanto à identidade do requerente ou sobre qualquer outro requisito para o alistamento, o Juiz Eleitoral poderá determinar a realização de diligências complementares que poderão resultar no indeferimento do pedido, caso as irregularidades sejam insanáveis. Neste caso, o eleitor tem legitimidade para, no prazo de 5 (cinco) dias, a contar da data do despacho indeferitório, interpor recurso (Lei n. 6996/82, art. 7º, §1º).

Ademais, incumbe aos partidos políticos, na pessoa de seus delegados, e ao Ministério Público Eleitoral a fiscalização de todo o procedimento de alistamento eleitoral. A estes, a lei eleitoral outorgou legitimidade para impugnar o ato judicial deferitório do pedido de alistamento eleitoral, no prazo de 10 (dez) dias, contados da colocação da listagem contento a relação das inscrições incluídas no cadastro eleitoral, posta à disposição dos partidos políticos e Ministério Público pelo Cartório Eleitoral nos dias 1º e 15 de cada mês (Lei n. 6.996/82, art. 7º, §1º).

Não se vislumbra na legislação pátria a permanência de qualquer motivo para a impugnação e o indeferimento do alistamento eleitoral da pessoa com deficiência mental, haja vista a revogação expressa do inciso II do art. 3º do Código Civil, pela Lei n. 13.146/2015.

Assim, independentemente das convicções pessoais dos envolvidos na recepção e deferimento do requerimento, não há óbice legal ao alistamento eleitoral da pessoa com deficiência mental.

¹² COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *Direito Eleitoral e processo eleitoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 134.

¹³ ALMEIDA, Roberto Moreira de Almeida. *Curso de Direito Eleitoral*. Bahia: JusPodivm, 2012. p. 286.



Quanto ao direito de voto, conforme já visto, tanto a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência quanto a Lei n. 13.146/2015 asseveraram a proibição a qualquer forma de obstáculo ao seu exercício, podendo a pessoa com deficiência, inclusive, valer-se do auxílio de pessoa de sua confiança para tanto.

Àqueles que porventura suscitem eventual inconstitucionalidade por violação ao sigilo do voto, Castro responde que:

[...] na verdade, o voto secreto é um direito do brasileiro e não um dever que se lhe impõe, daí que pode o eleitor revelar seu voto a quem quiser e, portanto, optar por fazer-se acompanhar no ato de votar, delegando a esse terceiro inclusive a digitação da urna.¹⁴

Em plena consonância com a legislação pertinente, o Egrégio Tribunal Superior Eleitoral tratou do tema quando da edição da Resolução n. 23.456/2015, que trata dos atos preparatórios das Eleições de 2016, dedicando-lhe o artigo 50.

O mencionado artigo assegura que o eleitor com deficiência ou mobilidade reduzida poderá ser auxiliado por pessoa de sua confiança ao votar, independentemente de requerimento anterior ao Juiz Eleitoral. Esta segunda pessoa que ingressará na cabina poderá, inclusive, digitar os números na urna.

No tocante às nulidades que podem ocorrer e ser arguidas quanto ao exercício do direito de voto, convém salientar que está prevista unicamente a impugnação à identificação do eleitor, conforme artigo 147, do Código Eleitoral.

Novamente, não há na legislação qualquer elemento que possa se converter em óbice ao exercício do direito de voto por parte da pessoa com deficiência mental, de qualquer tipo, desde que devidamente alistado como eleitor.

Todavia, questão adicional interessante se coloca de forma inexorável: não havendo mais o impedimento legal ao alistamento, tanto este quanto o exercício do voto hão de ser obrigatórios, o que poderá causar severos prejuízos àquelas pessoas com deficiências mentais que não apresentam condições de exercer tal direito.

Em interessante artigo veiculado em periódico eletrônico da Justiça Eleitoral Catarinense, Guollo e Martins¹⁵ apontam que o não exercício do voto implica uma série de limitações previstas no § 1º do artigo 7º do Código Eleitoral, bem como a possibilidade de problemas no Cadastro de Pessoa Física gerenciado pela Receita Federal, haja vista a vinculação estabelecida entre este documento e a Inscrição Eleitoral.

Verifica-se, portanto, que a questão diz respeito à teleologia, ou seja, ao fim a que se destina a norma.

Aristóteles, com a argúcia que lhe era peculiar, marca as balizas da teleologia ao afirmar que “toda arte e toda investigação, bem como toda ação e toda escolha, visam a um bem qualquer [...]”.¹⁶

Não há, assim, norma que não vise a alguma finalidade e isto deve ser considerado quando seu cumprimento não atingir o fim almejado.

¹⁴ CASTRO, Edson de Resende. *Teoria e prática do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 69.

¹⁵ GUOLLO, Karen; MARTINS, Simone dos Santos Di Bernardi. Atendimento ao deficiente mental na Justiça Eleitoral - considerações legais e doutrinárias. *Resenha Eleitoral*: Nova Série, v. 10, n. 2, jul/dez. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46409>>. Acesso em: 1 mar. 2016.

¹⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*. São Paulo: Martin Claret, 2002.





Quanto à questão posta, a solução que se afigura mais razoável seria a aplicação do “pensamento do possível”, artifício utilizado pelo Tribunal Superior Eleitoral para identificar a incompletude constitucional no caso da obrigatoriedade de voto das pessoas com deficiências graves.

A Corte determinou que a superação da lacuna observada se desse com a aplicação ao caso da norma que reconhece a facultatividade do voto aos maiores de 70 anos, visto que o Legislador Constitucional certamente facultou-lhes o exercício do voto em virtude das prováveis limitações físicas decorrentes da idade, de modo a não transformar tal direito em transtorno ao seu bem-estar.¹⁷

Foi sob este ânimo que a Corte Superior deu origem à Resolução n. 21.920, publicada no DJ de 1.10.2004, que eximiu de “sanção a pessoa portadora de deficiência que torne impossível ou demasiadamente oneroso o cumprimento das obrigações eleitorais, relativas ao alistamento e ao exercício do voto”.¹⁸

A finalidade da norma é, portanto, assegurar o exercício do direito, desde que este não se torne um fardo por demais gravoso ao eleitor.

Relembrando a máxima jurídica de que *onde há a mesma razão, aplicar-se-á o mesmo direito*, constata-se que seria plenamente cabível a aplicação analógica da mencionada Resolução não apenas às pessoas com deficiências físicas, mas a todos aqueles que, por qualquer motivo, não possam exercer o direito do voto sem prejuízo grave a seu bem-estar.

7 CONCLUSÃO

114

Não se tem a pretensão de esgotar o tema em tão poucas linhas, uma vez que as mudanças legislativas, apesar de recentes, são extremamente profundas.

Um novo paradigma está sendo gestado, pois a inclusão que a lei determina, infelizmente, não é ainda uma realidade em nosso país.

No entanto, todo o arcabouço jurídico trazido pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, na sua função de Emenda Constitucional, e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) não deixa dúvida de que a pessoa com deficiência mental, interditada ou não, tem o direito de se alistar como eleitor e votar, podendo, neste último caso, contar com o apoio de pessoa de sua confiança, sem qualquer prejuízo ao mandamento constitucional do sigilo do voto.

Quanto à obrigatoriedade conexa aos direitos de alistamento e voto, do ponto de vista teleológico, há que se ter a cautela de não transformar um direito duramente conquistado em verdadeiro castigo. Enquanto permanecer inerte o legislador, à jurisprudência compete resguardar a facultatividade do alistamento e do voto da pessoa com deficiência mental, caso lhe sejam extremamente penosos.

Espera o autor que as Cortes Eleitorais, de forma condizente com a postura ativa que sempre mantiveram, continuem sendo bastiões de inovação e motivo de orgulho ao assegurar que a inclusão não seja meramente letra morta em belos diplomas legais.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁸ Processo Administrativo TSE n. 18.483-ES, Rel. Gilmar Mendes.



REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Roberto Moreira de Almeida. *Curso de Direito Eleitoral*. Bahia: Jus Podivm, 2012.

ALVES, Castro. *Navio negreiro*. [S.l.]: Virtual Books, 2000. Disponível em: <<http://www.terra.com.br/virtualbooks/freebook/port/Lport2/navionegreiro.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2002.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BARBOSA, Guilherme Correa; COSTA, Tatiana Garcia da; MORENO, Vânia. Movimento da luta antimanicomial: trajetória, avanços e desafios. *Cad. Bras. Saúde Mental*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 8, p. 45-50, jan./jun. 2012.

BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 6 jun. 2016.

_____. Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 30 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 6 jun. 2016.

_____. Lei n. 6.996, de 7 de junho de 1982. Dispõe sobre a utilização de processamento eletrônico de dados nos serviços eleitorais e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 8 jun. 1982. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L6996.htm>. Acesso em: 6 jun. 2016.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 6 jun. 2016.

_____. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 7 jul. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 6 jun. 2016.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 21.920, de 19 de setembro de 2004. Dispõe sobre o alistamento eleitoral e o voto dos cidadãos portadores de deficiência, cuja natureza e situação impossibilitem ou tornem extremamente oneroso o exercício de suas obrigações eleitorais. *Diário da Justiça Brasília*, DF, 01 out. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 6 jun. 2016.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 23.456, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre os atos preparatórios para as eleições de 2016. *Diário da Justiça Brasília*, DF, 31 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/instrucao-de-atos-preparatorios-eleicoes-2016>>. Acesso em: 6 jun. 2016.





BOBBIO, Norberto. *L'età dei diritti*. Torino: Einaudi, 1990.

CASEIRO NETO, Francisco; SERRANO, Pablo Jiménez. *Direito romano*. São Paulo: Desafio Cultural, 2002.

CASTRO, Edson de Resende. *Teoria e prática do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *Direito Eleitoral e processo eleitoral*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2012.

DALGALARRONDO, Paulo. *Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais*. Porto Alegre: Artmed, 2008.

DUCOS, Michèle. *Roma e o Direito*. São Paulo: Madras, 2007.

FOUCALT, Michel. *História da loucura na idade clássica*. Tradução José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 1972.

GUOLLO, Karen; MARTINS, Simone dos Santos Di Bernardi. Atendimento ao deficiente mental na Justiça Eleitoral - considerações legais e doutrinárias. *Resenha Eleitoral*: Nova Série, v. 10, n. 2, jul/dez. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46409>>. Acesso em: 1 mar. 2016.

116 ITÁLIA. Decreto del Presidente della Repubblica, de 20 de março de 1967. Approvazione del testo unico delle leggi per la disciplina dell'elettorato attivo e per la tenuta e la revisione delle liste elettorali. *Gazzetta Ufficiale*, n. 106, 28 abr. 1967. Disponível em: <http://www.comune.cuneo.gov.it/fileadmin/comune_cuneo/content/amm_organiz/legale_demografico/elettorale/DPR_20_marzo_1967_n_223.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2016.

_____. Legge 180 (Legge Basaglia), de 13 de maio de 1978. Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori. *Gazzetta Ufficiale*, n. 133, 16 mai. 1978. Disponível em: <<http://www.legge180.it/testo.html>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

_____. Legge 833, de 23 de dezembro de 1978. Istituzione del servizio sanitario nazionale *Gazzetta Ufficiale*, n. 360, 28 dez. 1978. Disponível em: <<http://www.comune.jesi.an.it/MV/leggi/1833-78.htm>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Curso de direito eleitoral*. Salvador: JusPodivm, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.





CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E ANÁLISE QUANTO À OBRIGATORIEDADE DO EXERCÍCIO DO VOTO

Wherle Felício de Lima*

RESUMO

O tema ora proposto à análise reveste-se de grande importância no contexto brasileiro atual, em especial devido à necessidade de inclusão do cidadão deficiente de forma mais efetiva, garantindo-lhe direitos em patamar de igualdade com os conferidos à sociedade em geral. Neste panorama, há que se perquirir os reflexos da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, recepcionado pela Magna Carta brasileira em nível de emenda constitucional, elencando as dificuldades vivenciadas por estes eleitores, especialmente no que toca à obrigatoriedade do exercício do voto e à necessidade de uma política pública de inclusão, bem como criação de uma infraestrutura mais adequada e justa. Relevante repensar o papel do Judiciário, em particular da Justiça Eleitoral, bem como do Ministério Público Eleitoral que, juntos, dispõem de mecanismos capazes de promover uma revolução para melhor qualidade de vida desses cidadãos.

Palavras-chave: Pessoas com deficiência. Cidadania. Obrigatoriedade do voto. Inclusão. Justiça Eleitoral.

ABSTRACT

The theme of the proposed analysis is very important in the context of the current Brazilians, specially because of the necessity for inclusion of disabled citizens more effectively, guaranteeing rights on an equal level with those conferred on the society at large. Against this background, it is necessary to assert the effects of the Convention on the Rights of People with Disabilities, approved by Magna Brazilian Charter on the level of constitutional amendment, listing the difficulties experienced by voters, especially regarding the compulsory voting exercise and the need for a public policy of inclusion, as well as creating a more adequate and fair infrastructure. Relevant rethink the role of the Judiciary, in particular the Electoral Justice and the Electoral Prosecutor, which together have mechanisms to promote a revolution for the better in the lives of the citizens.

Keywords: People with disabilities. Citizenship. Compulsory voting. Inclusion. Electoral Justice.

* Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Pará. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela UCDB/CPC Marcato (*lato sensu*).





1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a sociedade global tem mudado de uma forma muito rápida. Peculiaridades antes somente associadas a um grupo ou parcela social saíram do universo do silêncio e escuridão, para assumir uma posição em que pensar o coletivo não é somente pensar nas maiorias, mas sim pensar de um modo inclusivo. E é assim que os direitos das pessoas deficientes tem ganhado espaço nas discussões cotidianas, particularmente tomando por base o Brasil.

Na Grécia antiga, na guerreira Esparta, os cidadãos nascidos com qualquer deficiência eram mortos por serem considerados inaptos à prestação do serviço militar quando em fase adulta, representando um gasto desnecessário para o Estado que se definia vocacionado à perfeição e ao sucesso na beligerância.

Avançando um pouco mais na história e adentrando no contexto literário mundial, a narrativa romântica do poeta francês Victor Hugo, publicada em 1831, sob o título original de "Notre-Dame de Paris",¹ descrevia o amor platônico e não correspondido de um homem corcunda por uma linda e jovem cigana. Interessante perceber a sociedade parisiense à época, conforme narrado, as diversas classes sociais descritas, a presença da igreja como autoridade estatal e a visão da população em geral que via em Quasímodo, personagem central da trama, a figura de um monstro.

Trazendo o tema da deficiência para o contexto brasileiro atual, quando dois relevantes eventos marcam a agenda e a história nacionais, quais sejam, Jogos Olímpicos e Paralímpicos Rio 2016 e as Eleições Municipais, é fundamental repensar os valores e políticas sociais desenvolvidas, considerando a consolidação das garantias instituídas em sede de direitos humanos, dotada de força constitucional em face da aprovação da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência.² É fato que a falta de infraestrutura urbana é um grande obstáculo no dia-a-dia dos cidadãos dotados de qualquer deficiência, seja em função de calçadas inapropriadas, inexistência de sinais sonoros ou mesmo a pouca ou inexistente difusão de regras de convívio voltadas a possibilitar maior integração. Dificuldades essas que se intensificam quando o contexto é transportado dos grandes centros urbanos para os longínquos municípios interioranos do Brasil. Imagine-se, por exemplo, a região do Norte do país marcada por uma geografia repleta de grandes bacias e ramificações fluviais de difícil acesso, quase sempre sem ligações através de estradas ou transporte aéreo, sendo o deslocamento feito através de pequenas embarcações.

Em dez anos de exercício de atividades na Justiça Eleitoral no estado do Pará, notadamente em municípios em que parte dos locais de votação estavam assentados em comunidades distantes do centro urbano, em regiões de rios, tive a oportunidade de acompanhar, com mais veemência em anos de eleições, parcela do cotidiano dessas populações, suas dificuldades de acesso às seções eleitorais feitas através de trapiches em péssimas condições, instaladas em comunidades construídas sobre palafitas, em que o conceito de mobilidade e inclusão não fazem qualquer sentido, termos em que afirmo sem qualquer condão de exagero.

¹ HUGO, Victor. *Notre-Dame de Paris*. 2016. In: WIKIPEDIA: a enciclopédia livre. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/notre-dame_de_Paris_\(livro\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/notre-dame_de_Paris_(livro))>. Acesso em: 15 jul. 2016.

² BRASIL. *Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008*. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.





Afora as disposições introduzidas pela Convenção de Direitos da Pessoa com Deficiência no ordenamento pátrio, a própria Constituição Federal de 1988, através do art. 23, inciso II, definiu como sendo dever do Estado – União, Estados federados, Distrito Federal e Municípios – o cuidado para com a saúde, a assistência pública, a proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Iniciativas da Justiça Eleitoral têm sido levadas a efeito no sentido de promover constante diálogo com o Poder Executivo na busca por melhorias nos locais de votação, almejando a eliminação das barreiras físicas ao exercício do voto. A consequência dessas ações tem feição perpétua para a sociedade em geral que goza dos serviços ofertados nestas instalações públicas e particulares de uso coletivo, bem como trazem em si um caráter pedagógico, no momento em que convidam a população de determinada localidade a refletir suas prioridades e identificar o que se mostra imprescindível à inclusão de todos.

Por outro lado, mas de modo complementar, o Ministério Público, na qualidade de figura essencial ao resguardo dos interesses sociais, por excelência qualificado como fiscal da lei, dispõe de meios voltados à defesa dos interesses da população com deficiência, cujo direito esteja sendo desrespeitado, cabendo perquirir a aplicabilidade da Ação Civil Pública e outros instrumentos de atuação do *Parquet* na seara eleitoral.

É certo que nesse intuito de concretização de melhores condições estruturais voltadas a propiciar maior acessibilidade durante o exercício do direito do voto nas diversas regiões do território brasileiro, há que se considerar a escassez de recursos e o orçamento dos respectivos municípios quase sempre deficitário. Dito isso, alguns questionamentos podem surgir: a Justiça Eleitoral e o MPE dispõem de meios para fazer valer esses direitos? Quais podem resultar em maior efetividade?

Na busca de formular elucidações sobre o tema, construindo uma discussão teórica mas de alcance concreto, baseando as posições explanadas em alguns anos de observações no cotidiano do serviço público eleitoral em que me insiro, passo ao aprofundamento da matéria.

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS TRATADOS INTERNACIONAIS: APONTAMENTOS GERAIS E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Inicialmente, grande divergência houve na doutrina e na jurisprudência nacional acerca da classificação dos tratados internacionais quando recepcionados pelo Brasil. O texto do § 2º do art. 5º fomentou muita discussão em torno da hierarquia da norma garantidora de direitos humanos produzida, originalmente, por organismo alienígena e introduzida em território nacional, chegando muitos doutrinadores a defender sua aplicação automática e *status* equivalente a norma constitucional, todavia, o STF refutou a tese objeto de dúvida e apaziguou a matéria reconhecendo nos tratados e convenções internacionais a feição de lei ordinária, conforme se infere por trecho do julgamento proferido em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480 que se traz à colação:

PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E
NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO.
– Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regular-





mente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (“lex posterior derogat priori”) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes.³

Novos contornos viriam a ser definidos com o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, que alterou significativamente a estrutura e atuação do Poder Judiciário, inclusive estabelecendo nova roupagem ao plano jurídico nacional em face dos tratados internacionais.

Assim, eminentemente influenciados pelas ideias de Hans Kelsen e a estrutura hierárquica disposta em forma de pirâmide, tais complexos normativos foram agrupados em três níveis principais:

1. Tratados Internacionais recebidos através de processo legislativo equivalente a lei ordinária – neste caso, estão inseridas as matérias de todo gênero e, quando devidamente incorporadas ao ordenamento através de processo legislativo mais simples, possuem idêntica força de norma de caráter ordinário, assumindo hierarquia igual às demais normas desta espécie produzidas pelo Poder Legislativo nacional;
2. Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos recebidos através de processo legislativo equivalente a legislação infraconstitucional ou ditos de caráter supra legais – aqui, o ponto chave é que os tratados devem necessariamente versar sobre direitos humanos, só que sua incorporação se dá através de qualquer espécie legislativa admitida no contexto jurídico nacional. A doutrina classificou esse grupo de normas adjetivando-as de legislação “supra legal” dado o fato de que, por versarem sobre direitos humanos, encontram-se acima da legislação geral, mas abaixo da Constituição. Tais conclusões decorrem do teor do art. 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988 que prescreve que os direitos e garantias expressos não excluem outros que venham a decorrer do regime e dos princípios adotados, inclusive através dos tratados internacionais que o Brasil assumisse na condição de parte;
3. Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos recebidos através de processo reservado a Emenda Constitucional – por último, e mais importante, estão as prescrições afetas a direitos humanos, mas que mereceram incorporação ao ordenamento pátrio através de *quorum* qualificado, mediante aprovação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos parlamentares, como preceitua o disposto no art. 5º, § 3º da CF/1988.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade em Mandado de Segurança Coletivo n. 1.480, de 4 de setembro de 1997*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginaopub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>>. Acesso em: 15 jul. 2016.





O último grau hierárquico objeto de referência acima é de suma relevância para o desenrolar do tema ora proposto, pois é nele que se insere a “Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência”, integrado ao ordenamento pátrio através do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, possuindo força de norma constitucional, portanto, no ápice da pirâmide normativa idealizada, e que desafia análises sobre a obrigatoriedade do voto consignada no corpo do § 1º, do art. 14, da Constituição Federal Brasileira de 1988.

O assunto se mostra pujante e coetâneo por ensejar aparente conflito legal entre normas de idêntico grau hierárquico, sobretudo quando feitas ponderações principiológicas envolvendo concepções que estribam o espírito da Carta Magna e o Estado brasileiro conforme pretendido pelo Poder Constituinte.

Antes de adentrarmos à temática com maior afinco, cumpre fazer esclarecimento sobre os diversos vocábulos encontrados na norma brasileira que aparentemente fazem confusão quanto à terminologia mais adequada para definir o grupo social objeto de nosso estudo. As conceituações utilizadas pelo legislador foram variadas, desde pessoas portadoras de deficiência, pessoas portadoras de necessidades especiais, até a mais hodierna, que consiste na referência à pessoa com deficiência, devendo ser adotada pela administração pública e sociedade em geral.

2.1 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A constitucionalização das garantias inerentes às pessoas com deficiência, reconhecidas em sede de direitos humanos, implicou no fortalecimento de conceitos e princípios intimamente afetados à busca do bem estar, da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

A partir desse marco, o Estado brasileiro, com mais veemência, assumia o compromisso em perseguir o resguardo dos direitos das pessoas com deficiência, de modo a reduzir e/ou eliminar barreiras, de todo gênero, que inviabilizassem a plena inclusão desse grupo humano.

Nesse sentido, relevante se faz atentar para alguns dispositivos que permeiam o texto constitucional, dada sua relação com o objeto central da pesquisa:

Art. 7º [...] XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

Art. 37. [...] VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

Art. 40 [...] § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: I portadores de deficiência;





Art. 201 [...] § 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei;

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...] III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

Art. 227 [...] § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: [...] II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. [...] § 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência;

Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º.⁴

Conforme falado anteriormente, por este turno, considerando os dispositivos supra elencados, mister fazer crítica à total impropriedade terminológica escolhida pelo Poder Constituinte ao se referir ao grupo social da forma como o fez, visto que o termo “portador de deficiência” sugere entendimento de que eventual limitação física, sensorial e/ou cognitiva decorreria de simples opção da pessoa nesta condição.

Feitas tais considerações, cumpre inferir no texto constitucional destacado a *voluntas* de propiciar o aparato normativo capaz de conferir tratamento igualitário em diversos segmentos da vida social desses cidadãos.

Importante inovação conceitual que se pode destacar é o entendimento sobre acessibilidade, visto que tal instituto, diferente da grande maioria dos outros elencados, foi especificamente cunhado no intuito de ampliar o alcance do princípio da igualdade e demais de idêntica grandeza dentro do espectro com que se deve enxergar uma

⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.





real democracia. Certamente é este um dos principais direitos incorporados ao ordenamento jurídico nacional.

Embora o § 2º, artigo 227, do texto constitucional possa levar a pensar que o termo acessibilidade se refira somente à necessidade de se perseguir um ideal de melhor aparelhamento da infraestrutura pública consistente na execução de obras e na criação de equipamentos urbanos, segundo disposição do Decreto Legislativo n. 186/2008, que elevou o citado instituto ao nível de princípio geral – artigo 3º, alínea “f”, é fundamental que se tenha consciência de que o seu alcance vai bem além da preliminar noção antevista naquele dispositivo da CF/1988. Atente-se que a importância reconhecida à acessibilidade tem correlação direta com o pleno gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos aos cidadãos, repercutindo então sobre meios físicos, sociais, econômicos e culturais, bem como relacionando-se com as áreas da saúde, educação e acesso à informação e à comunicação.

Os conceitos de acessibilidade, igualdade e dignidade da pessoa humana são como vértebras, que, articulados e interagindo entre si e unidos a outros de equivalente magnitude, funcionam como espinha dorsal a fundamentar o Estado brasileiro.

Devido às abordagens feitas sobre os direitos das pessoas com deficiência e sua categorização no âmbito do texto constitucional, cumpre esclarecer aparente confusão sobre seu reconhecimento enquanto direito de natureza individual e coletiva ou em face de sua substância afetada aos direitos sociais.

Frequentemente, esta categoria de direitos aparece sendo associada a terminologias sociais ou grupo de direitos definidos como sociais, conforme Título II, Capítulo II da Constituição Federal de 1988, especialmente pelo teor do artigo 6º, *caput*, e inciso XXXI, corroborada essa impressão preliminar ao se examinar mais adiante alguns dispositivos inseridos no Título VIII (Da Ordem Social), Capítulo II.

O artigo 23, inciso II, é outro artefato normativo que potencialmente pode levar a conclusões precipitadas sobre a correta categorização dos direitos das pessoas com deficiência ao definir como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o dever de “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”, ao invés de tê-lo feito através de inciso próprio.

É certo que, independente das confusões que possam surgir, os direitos das pessoas deficientes têm natureza de direitos fundamentais de cunho individuais e coletivos, por constituírem garantias expressas anotadas no Título II, Capítulo I da Constituição Federal, possuindo, além do mais, *status* de cláusula pétrea nos termos do art. 60, § 4º.

2.2 ANÁLISE SOBRE A OBRIGATORIEDADE DO VOTO

Ao revés da liberdade política existente no Brasil redemocratizado através da Constituição de 1988, o exercício do voto, além de figurar como direito, reveste-se de uma obrigação imposta a todos, sendo essencial à soberania popular nos termos definidos pelo Constituinte.





Conforme ressaltou o eminente jurista José Joaquim Gomes Canotilho:

A existência e eficácia da soberania popular – o povo, a vontade e a formação da vontade política do povo – pressupõe uma ordem constitucional materialmente informada pelos princípios da liberdade política, da igualdade dos cidadãos, de organização plural de interesses politicamente relevantes e procedimentalmente dotada de instrumentos garantidores da operacionalidade prática desses princípios.⁵

Segundo o *caput* do artigo 14 da Constituição, o voto é uma das modalidades através das quais se concretiza a soberania popular e será exercido de forma direta, secreta, tendo igual valor para todos, classificado como capacidade eleitoral ativa do cidadão por conferir-lhe habilitação de participar de forma proativa do processo eleitoral brasileiro.

O inciso I do § 1º do art. 14 da CF/1988 definiu o alistamento eleitoral e o voto como obrigatórios aos maiores de 18 anos (inciso I). Mais adiante, o inciso II reconheceria, em rol *numerus clausus*, a facultatividade destas obrigações legais aos analfabetos, maiores de setenta anos e às pessoas maiores de dezesseis e menores de dezoito anos de idade.

Tendo a CF/1988 extensão analítica, de regra, todo o balizamento jurídico do Estado brasileiro está consagrado no corpo constitucional, competindo ao ordenamento de menor grau apenas a regulamentação dos direitos e deveres ali consagrados, não podendo suprimir ou criar hipóteses distintas das que pretendeu o legislador constituinte.

Assim, em primeiro momento, a pessoa com deficiência não está incluída entre aquelas passíveis de escusar-se do cumprimento da norma constitucional, entretanto, há que se ter em conta que todo sistema constitucional de feição democrática e, particularmente, o inaugurado pela CF/1988 fundamenta-se sobre uma gama de valores e princípios destinados ao constante atendimento das necessidades sociais, se preciso consolidando posicionamentos ou reformando posturas antes não admitidas, mas sempre no intuito de melhor atender a todos da melhor forma possível.

Assim é que a facultatividade do voto conferida aos maiores de 70 anos foi idealizada com base no princípio da dignidade da pessoa humana, posto que obrigar tal grupo social a comparecer em data específica para votar, em dia de grande trânsito de pessoas nos locais de votação, seria demonstrar a face mais totalitária do Estado do que o traço democrático pretendido quando se idealizou a participação popular na condução dos destinos do país mediante o voto, reconhecido como sendo um direito.

Destarte, silente a vigente Constituição Federal acerca da facultatividade do voto para pessoas deficientes, reconhecendo potenciais prejuízos à dignidade em face da obrigatoriedade de votar, o Tribunal Superior Eleitoral se esforçou em produzir norma de feição humanizadora para aqueles casos em que restasse evidenciada a impossibilidade ou excessiva onerosidade decorrente do cumprimento das citadas obrigações eleitorais, notadamente o alistamento e o voto.

Mais adiante, resta indagar quais as implicações jurídicas e sociais decorrentes da obrigatoriedade disposta pelo texto constitucional, mitigados os efeitos do dever legal em face da previsão de facultatividade posta pela norma do TSE.

⁵ CANOTILHO *apud* CUNHA JUNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. *Constituição Federal para concursos*: doutrina, jurisprudência e questões para concursos. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.





2.3 FORÇA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: POSSIBILIDADE DE CONTROLE CONCENTRADO E DIFUSO

Não é mais novidade no contexto do presente trabalho o reconhecimento dos direitos da pessoa com deficiência como sendo de ordem eminentemente constitucional, assim como dispõe o § 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Todavia, o *status* assumido por essa categoria dos direitos humanos ainda encontra pouca discussão e disseminação no seio social, embora a relevância jurídica conquistada.

Repercussão relevante que decorre desse novo panorama é a possibilidade de que leis ou atos normativos que se afigurem conflitantes com as disposições constitucionais passam a ser objeto de controle de constitucionalidade pela via de ação (controle concentrado) ou de exceção (mediante controle difuso).

O já mencionado art. 23 da CF/1988 definiu como sendo competência comum de todos os entes federados o dever de proteção e garantia das pessoas com deficiência. Assim, imaginemos que determinada unidade da federação venha a legislar sobre a matéria e que dela decorra prejuízo às garantias reconhecidas na Carta Magna. Nesse caso, caberá o uso de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) para impugnar lei ou ato normativo estadual em face de previsão insculpida na Constituição Federal.

A previsão mencionada está consignada no art. 102, I, “a” da CF, competindo seu processamento e julgamento ao Supremo Tribunal Federal por ser este o guardião da Constituição.

Cabe aqui registrar o entendimento do Pós-Doutor, profundo estudioso de Direito Internacional, o professor Valério Mazzuoli, conforme citado por Cunha Junior:

Valério Mazzuoli utiliza o termo “controle de convencionalidade” para designar a fiscalização que tem como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos: “[...] todos os tratados que formam o *corpus juris* convencional dos direitos humanos de que um Estado é parte servem como paradigma ao controle de convencionalidade das normas infraconstitucionais, com as especificações que se fez acima: a) tratados de direitos humanos internacionalizados com *quorum* qualificado (equivalentes às emendas constitucionais) são paradigma de controle concentrado (para além, obviamente, do controle difuso), cabendo, *v.g.*, uma ADI no STF a fim de invalidar norma infraconstitucional incompatível com eles; b) tratados de direitos humanos que têm apenas ‘*status* de norma constitucional’ (não sendo ‘equivalentes às emendas constitucionais’, posto que não aprovados pela maioria qualificada do art. 5º, § 3º) são paradigma apenas de controle difuso de convencionalidade”.⁶

3 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL

A Constituição brasileira de 1988, através do art. 127, conferiu ao Ministério Público o papel de instituição permanente, de caráter essencial à função jurisdicional do Estado, competindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

⁶ MAZZUOLI *apud* CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.





Adiante, o art. 128 definiu as áreas de atuação do Ministério Público levando em conta as competências da União ou dos Estados, todavia, não fez qualquer menção à atuação do órgão na seara eleitoral.

Foi a Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, que dispõe sobre a organização, atribuições e estatuto do Ministério Público da União (LOMPU), através da letra do art. 72, que conferiu ao Ministério Público Federal o exercício das atribuições junto à Justiça Eleitoral, atribuindo-lhe aptidão legal para atuar em todas as fases e instâncias do processo eleitoral.

A chefia do Ministério Público Eleitoral repousa na figura do Procurador-Geral da República (PGR) que tem legitimidade para atuar nas causas que tenham processamento junto ao Tribunal Superior Eleitoral.

No âmbito dos estados, periodicamente, será nomeado, pelo PGR, um Procurador da República da unidade da federação em que se assenta o respectivo Tribunal Regional Eleitoral, competindo-lhe atuar tanto nas causas da competência originária deste tribunal, quanto naquelas recebidas para exame em grau recursal.

Situação peculiar é a que diz respeito ao exercício das funções eleitorais pelos promotores no âmbito das zonas, ou seja, no primeiro grau da jurisdição, visto que, ao revés da matéria ser da alçada federal, as atribuições, assim como ocorre com o Poder Judiciário, foram conferidas aos promotores da esfera comum no âmbito dos estados e do Distrito Federal.

Trazendo a questão do cidadão com deficiência, com limitações motoras ou sensoriais, na qualidade de eleitor, para examinar no contexto da atuação do Ministério Público, mais especificamente, voltando o olhar para o plano das zonas eleitorais, por ser este o terreno em que se dá diretamente a gestão dos locais de votação, vislumbra-se alguns mecanismos passíveis de serem manejados pelo MPE na busca de propiciar maior respeito e igualdade de condições no curso do processo eleitoral e em especial do voto.

AAção Civil Pública (ACP) prevista no art. 129, da CF e regulamentada pela Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, afigura-se importante arma na defesa dos direitos difusos e coletivos. Por sua vez, o art. 3º, nos incisos VII e VIII, da Resolução TSE n. 23.381/2012 traz disposições cujo teor tem estreita relação com o papel desempenhado pelo Ministério Público, podendo levar o estudioso do Direito a concluir pelo cabimento de ACP. Imagine, por exemplo, que celebrando a Justiça Eleitoral acordos com base nos dispositivos retro citados e ao vê-los descumpridos, diante da recusa injustificada do administrador dos prédios destinados à votação, caberia o uso do referido instrumento processual pelo MPE?

Há divergência na doutrina e jurisprudência quanto ao assunto, parecendo mais robusta a posição de que prevalece o não cabimento da ACP no âmbito da Justiça Especializada, mas sim, sendo da competência da Justiça Comum, a depender do ente responsável pela administração do edifício.

Receio há que desse excesso de formalismo haja uma certa perda de efetividade das medidas que competem ao *Parquet* Eleitoral, ainda mais quando se vislumbra que a utilização de referida ação em muitos dos municípios brasileiros será levada a efeito pelo mesmo promotor que, atuando em pequenas comarcas, acumula as funções eleitorais.

Resta ainda tecer comentários sobre o cabimento de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, esse sim passível de manejo pelo MPE diretamente envolvido no



acordo. O procedimento tem função de instrumento de caráter executivo extrajudicial e nada obsta a que seja amplamente utilizado pelo órgão na qualidade de fiscal da lei, nos casos supracitados pela Resolução TSE n. 23.381/2012, sendo mister que seja feito, no contexto, plano de ação desenvolvido pelo TRE local em conjunto com a respectiva Zona Eleitoral, como aparece destacado do *caput* do art. 3º, garantindo, assim, legitimidade e, por via de consequência, a desejada acessibilidade e melhoria das condições ao voto para todos.

4 A ATUAÇÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL

O contexto legal inaugurado pela Constituição Federal de 1988 conferiu ao Tribunal Superior Eleitoral amplos poderes.

É dizer que o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) está repleto de dispositivos que mostram as permissões conferidas pelo constituinte originário para que aquele órgão, integrante do Poder Judiciário, pudesse exercer competências regulamentares em momento histórico tão relevante, ao invés do próprio Legislativo que tem na produção legal sua razão de existir.

Nesse horizonte, cumpre tentar visualizar alguns dos programas e ações mais relevantes engendrados pelo TSE em sede de direitos consagrados pela Constituição e que se prestam a consolidar a plena democracia no Brasil, em especial voltando o olhar para as pessoas com deficiência e sua relação com o direito-dever de votar.

4.1 INICIATIVAS DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA PELA JUSTIÇA ELEITORAL

Ano a ano a Justiça Eleitoral vem trabalhando no sentido de fortalecer valores e desenvolver o senso de cidadania na sociedade brasileira.

Programas diversos, inclusive tendo como alvo a população em idade pré-eleitoral, propagandas institucionais muitas delas direcionadas a público certo, a exemplo daquelas produzidas para participação das mulheres na política ou voltadas ao respeito e inclusão de pessoas com deficiência, bem como ações permanentes de atendimento descentralizado em bairros e comunidades distantes dos cartórios eleitorais, refletem a preocupação desta Justiça Especializada de propiciar difusão do sentimento coletivo de participação na política nacional.

Especificamente quanto à pessoa com deficiência e as ações voltadas a facilitar o voto, muitos são os exemplos que se podem citar para comprovar a atuação da Justiça Eleitoral nesse sentido, os quais vão desde a produção de urnas eletrônicas que permitam o voto de pessoas com deficiência visual e auditiva, passando por recomendações para fiscalização de locais de votação com atuação no sentido de buscar junto aos responsáveis a adequação estrutural, até a adoção de um programa voltado à acessibilidade nos próprios edifícios e no atendimento prestado pelos servidores da Justiça, tudo devidamente normatizado.

A Resolução TSE n. 23.381, de 19 de junho de 2012, fundamenta suas disposições esubm acervo normativo bastante heterogêneo, qual seja: a) a Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência; b) a Lei n. 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos à promoção de acessibilidade das





pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida; c) o parágrafo único do art. 21 do Decreto n. 5.296, de 2 dezembro de 2004, que estabelece a necessidade de conferir autonomia ao exercício do direito ao voto às pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida; d) o Programa Nacional de Direitos Humanos, aprovado pelo Decreto n. 7.037, de 21 de dezembro de 2009, especialmente o item “g”, do Objetivo Estratégico IX – Garantia da participação igualitária e acessível na vida política.

O parágrafo único do artigo 1º da Res. n. 23.381/2012 traz relevante informação ao presente estudo, posto que define acessibilidade como sendo:

[...]

III – acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos das edificações, dos transportes e dos sistemas e meios de comunicação, por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida.⁷

Embora a impropriedade percebida na parte final do inciso III quando se faz menção à pessoa portadora de deficiência e que, neste estudo, já foi largamente combatida e esclarecida, a redação proposta nos incisos anteriores do mesmo artigo da Resolução foi acertadamente pensado, posto que distingue, *ipsis litteris*, a pessoa com deficiência (inciso I) da pessoa com mobilidade reduzida (inciso II).

No presente turno, cumpre deixar claro que sobressai a conceituação registrada no inciso I da Resolução do TSE, dado o fato de que são estes cidadãos que se encontram no centro das discussões e análises que são alvo desta dissertação:

I – pessoa com deficiência: aquela com impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais podem obstruir ou diminuir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as outras pessoas.⁸

Como se infere, o supracitado inciso agrupa variados tipos de pessoas com deficiência, inclusive algumas que, por força de legislação civil, não possuem discernimento para os atos da vida cotidiana, estando, desse modo, fora das considerações que hão de ser feitas aqui sobre a obrigatoriedade do voto. Interessa-nos, sobremaneira, as pessoas identificadas com de limitações de ordem física e sensorial.

Assim, entender as consequências do dever de sufrágio quanto a esse grupo humano, bem como procurar identificar as ações de efetiva inclusão e consolidação de políticas públicas que propiciem igualdade de condições, é um ponto crucial, em especial aquelas desenvolvidas e estimuladas pela Justiça Eleitoral.

O artigo 2º da Res. n. 23.381/2012 possui redação abrangente no que toca aos fins pretendidos, visto que entende que propiciar acessibilidade vai bem além do que inicialmente se possa imaginar, desvinculando a ideia inicial de que o instituto restringir-se-ia a obstáculos presentes em edificações. Assim dispôs:

[...]

Art. 20. O Programa de Acessibilidade destina-se à implemen-

⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 23.381, de 19 de junho de 2012*. Institui o Programa de Acessibilidade da Justiça Eleitoral e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/arquivos/tre-al-resolucao-tse-n-23381-2012/view>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

⁸ *Ibidem*.



tação gradual de medidas para a remoção de barreiras físicas, arquitetônicas, de comunicação e de atitudes, a fim de promover o acesso, amplo e irrestrito, com segurança e autonomia de pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida no processo eleitoral.⁹

Relevante observar com atenção o traço humanizado constante do dispositivo acima ao pregar a necessidade de que o programa alcance também valores afetos à comunicação e atitude, os quais decorrem, essencialmente, da mudança de postura dos recursos humanos que exercem atividades no âmbito eleitoral, sejam eles servidores públicos *stricto sensu*, sejam os demais envolvidos no processo eleitoral, nomeados em função pública de natureza transitória na condição de mesários, por exemplo, temas que são objeto ampla discussão em nível de treinamentos.

Mais adiante, o artigo 3º da mesma Resolução impõe aos Juízes Eleitorais a necessidade de elaboração e execução de plano de ação destinado a identificar, monitorar e mediar a correção de eventual falha estrutural nos prédios destinados à votação.

Na prática, ocorre de serem os prédios públicos ou de destinação pública, a exemplo das escolas, centros comunitários e outros similares, a grande maioria das estruturas utilizadas para os fins eleitorais, sendo certo que, embora o dia de efetiva participação popular restrinjam-se, ordinariamente, ao primeiro e último domingos de mês de outubro – em caso de 2º turno – do ano do pleito, as ações implementadas com endosso da Justiça Eleitoral permanecem para a coletividade, em flagrante demonstração da efetivação do princípio federativo da independência e harmonia entre os poderes apreçoado pelo art. 2º da Constituição Federal de 1988.

A sensação que se tem em relação ao ordenamento e particularmente das normas instituídas pelo TSE é que o Estado brasileiro deve pautar-se por um sentimento de solidariedade e respeito ao próximo, acolhendo e tentando reduzir os desconfortáveis impactos experimentados por grupo mais sensível e, particularmente no caso da obrigatoriedade do voto, resultaria para a pessoa deficiente em um condão de feição mais penalizadora do que propriamente garantidora de um direito.

4.2 PROCEDIMENTO DE ISENÇÃO DA OBRIGATORIEDADE DE VOTAR

Além das propaladas providências constitucionais, em sede de normatização no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral há que se enfatizar o teor da Resolução TSE n. 21.920, de 19 de setembro de 2004, cujas disposições convergem no sentido de conferir aos cidadãos com deficiência uso de procedimento específico a ser requerido diretamente nos Juízos Eleitorais de 1º grau, competindo ao magistrado, diante da comprovação de alguns requisitos, reconhecer o caráter essencialmente oneroso e/ou dificultoso para que os eleitores deficientes ou acometidos de grave moléstia satisfaçam as obrigações eleitorais decorrentes do alistamento e do voto.

Dita resolução encontra nascedouro em situação eminentemente fática, pois, com o passar dos anos, a consolidação de valores democráticos que aqui tanto se

⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 23.381, de 19 de junho de 2012*. Institui o Programa de Acessibilidade da Justiça Eleitoral e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/arquivos/tre-al-resolucao-tse-n-23381-2012/view>>. Acesso em: 15 jul. 2016.





falou, exigiu que aparelhamento estatal pudesse encontrar soluções rápidas e efetivas, mesmo quando a atribuição, tipicamente, se encontrasse na esfera de atuação de um outro Poder.

Mister destacar que, ao instituir o procedimento, o TSE, propalando estar amparado pelo disposto no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 4.737,¹⁰ de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), avocando a necessidade de garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, concebeu regulamentação cuja matéria está inserida no vértice da pirâmide normativa brasileira, afastando, através de seu poder regulamentar, embora de menor hierarquia, a obrigação que decorre de dispositivo mais vigoroso, qual seja o § 1º, do art. 14, da CF/1988.

O inteiro teor da norma eleitoral foi ratificado através do Processo Administrativo n. 18.483 do Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão datada de 3 de agosto de 2004. Na oportunidade, a Suprema Corte reconhece a disciplina alemã do Pensamento do Possível,¹¹ de Peter Häberle, calcada, sobremaneira, na interpretação resultante de normas e princípios presentes no ordenamento pátrio, sem se prender eminentemente ao positivismo normativo decorrente da doutrina de Kelsen.

Frise-se, no intuito de ampliar as reflexões sobre a norma, tomando por base a letra do art. 2º da mencionada Resolução TSE, que é o Juiz Eleitoral o órgão responsável por receber o pedido diretamente do interessado ou seu procurador legalmente constituído, afastando a incidência geral do § 1º, inc. I, do art. 14, da CF/1988 e criando nova hipótese de cidadão albergado pela facultatividade do voto, diversa das prescrições constantes do inc. II, daquele parágrafo e artigo constitucional.

Curioso perceber que a atuação do STF, mediante decisão em sede de processo administrativo, e do TSE ao regulamentar matéria constitucional através de resolução, embora louvável, vai de encontro com estrutura jurídica mais consolidada e difundida no Brasil, qual seja, a doutrina da hierarquia das normas e a possibilidade de controle de matéria em abstrato por meio do exame de constitucionalidade. O mero requerimento proposto pelo interessado não consiste em hipótese de exame concreto, visto que eventual questão de constitucionalidade em controle difuso somente tem razão de ser quando feito mediante processo judicial, figurando a questão como incidental e necessário a propiciar o alcance de direito subjetivo tido como principal, e não como fim em si mesmo, tal qual o é o procedimento que visa, junto à Justiça Eleitoral, meramente afastar a incidência do dever constitucionalmente imposto ao cidadão.

Há que se enfatizar que o ordenamento já contemplava mecânica própria a não ensejar prejuízo às partes que pudessem vir a ser prejudicadas em face do não atendimento da obrigação legal do voto, visto a possibilidade de justificativa posterior à ocorrência do pleito junto aos juízes de qualquer das zonas eleitorais do país ou representação consular brasileira no estrangeiro onde houvesse atendimento ao nacional, devendo, neste último caso, ser remetido o pedido à respectiva zona eleitoral para as providências determinadas em lei.

Outro ponto sensível verificado na norma é que não há nenhuma menção à participação do Ministério Público no curso do procedimento, sendo certo que se afigura primordial para aperfeiçoar a decisão, ao menos, que seja determinada a remessa

¹⁰ BRASIL. Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

¹¹ PIREs, Antônio. *Pensamento do possível: voto facultativo para os portadores de deficiência grave*. Disponível em: <<http://antoniopires.jusbrasil.com.br/artigos/121940625/pensamento-do-possivel-voto-facultativo-para-os-portadores-de-deficiencia-grave>>. Acesso em: 15 jul. 2016.





dos autos ao *Parquet*, quando então este poderá proceder ao exame dos documentos que instruem o feito e apresentar eventual recurso ou manifestação caso vislumbre vício de qualquer natureza.

A decisão proferida em autos de processo administrativo autuado nos cartórios eleitorais implicará na imediata expedição de certidão de quitação com prazo de validade indeterminado, na obrigação de anotação de comando específico no cadastro do eleitor interessado (ASE 396, motivo/forma 4), conforme orientações expedidas pela Corregedoria Eleitoral. Significativo registrar que, embora abra uma permissão para que o nacional não satisfaça aquilo que está obrigado a cumprir por imposição constitucional, o deferimento de tal procedimento não impede o alistamento eleitoral e nem o exercício do voto do beneficiário, criando uma situação especial de proteção no tocante às penalidades decorrentes da inobservância dos art. 7º e 8º do Código Eleitoral.

Por último, cabe fazer um alerta à necessidade das serventias dos cartórios eleitorais, tão acostumadas ao informalismo cotidiano dos pedidos recebidos em suas unidades, para que observem, sobremaneira, os casos em que o interessado tem o pedido apresentado por terceira pessoa, quando não há a correta representação legal, posto que é muito comum o comparecimento de familiares nas sedes dos cartórios no intuito de requerer documentos e quitações eleitorais do seus entes alegando incapacidade de comparecimento pessoal, almejando a utilização das referidas informações junto a órgãos de previdência e/ou outros que exigem referidos dados como condição para concessão pensões, auxílios ou valores pecuniários de toda natureza.

5 O NOVÍSSIMO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

131

Ultimogênito no contexto legal pátrio, o Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015 –, que entrou em vigor em janeiro de 2016, trouxe grandes inovações voltadas à promoção da igualdade, dos direitos e liberdades fundamentais, no intuito de fomentar a inclusão e a cidadania dessa parcela social.

Em linhas gerais, o texto também chamado de Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI) traz institutos já previstos em outros documentos legais, definindo o que seja pessoa com deficiência, bem como acessibilidade, entre outros, cujo conteúdo, até bem pouco tempo, soava estranho ou impreciso no contexto jurídico normativo nacional.

Interessante perceber que a Justiça Eleitoral, mesmo antes da norma, sempre esteve adiante no que toca às providências para ofertar aos eleitores com deficiência um cenário mais igualitário quanto ao exercício das capacidades eleitorais ativa e passiva, traço vanguardista que se verifica no desenho industrial da urna eletrônica dotada do alfabeto braile (art. 3º, II), no atendimento prioritário conferido a tais jurisdicionados (art. 9º, II), ou mesmo quando sempre se buscou garantir e incentivar, através de campanhas publicitárias e de esclarecimento, a participação de todos que reúnam as condições previstas em lei caso queiram pleitear um cargo eletivo (art. 76, §1º).

A LBI prevê um amplo alcance em diversos segmentos de direitos que vão desde a educação, saúde, moradia, acesso à informação, dentre outros. Particularmente no que toca à prioridade na tramitação processual, prevista no art. 9º, inciso VII, afigura-se interessante fazer alguns comentários sobre duas classes de processos bastante



característicos da Justiça Eleitoral, quais sejam: a) registro de candidatura – cujo prazo para julgamento encontra-se disposto no calendário eleitoral do correspondente ano a que se referir o pleito (em 2016 vige a Resolução TSE n. 23.450, de 10 de novembro de 2015), sendo comum a todos e imprescindível que o julgamento se dê dentro do cronograma fixado pelo TSE, não havendo pois que pensar em eventual prejuízo à pessoa com deficiência que, na condição de candidato, pugne por uma análise prioritária de seu pedido de registro; b) prestação de contas – neste caso, excetuados os eleitos e suplentes que gozam de prioridade por imposição da norma que também fixa um cronograma que possibilite a diplomação sem prejuízo à data da posse, os demais processos de exame de contas que restarem em cartório para serem processados e julgados no ano seguinte ao pleito deverão ser identificados para que se atenda os fins do citado art. 9º, VII, sendo certo que o TSE, através da Corregedoria Geral Eleitoral (CGE), terá que criar e uniformizar mecanismos para que as unidades processantes possam identificar estes candidatos que gozam de prioridade no julgamento dos feitos. Quanto aos demais feitos (Representações, AIJE, AIME etc.) torna-se mais fácil conferir esta prioridade, devendo sempre ser observado o calendário processual previsto no art. 191 da Lei n. 13.105,¹² de 16 de março de 2015 – Novo Código de Processo Civil (NCPC).

A propósito do NCPC, cuja vigência somente se deu em 18 de março do corrente ano, cumpre destacar que as recentes disposições de direito adjetivo na esfera civil afetaram sobremaneira as disposições do Estatuto da Pessoa com Deficiência concernentes ao instituto da curatela. Um dos principais enfoques sobre este instituto e sua relação direta com o tema central proposto no presente estudo encontra-se sedimentado nas prescrições do art. 85, *caput* e § 1º, da LBI que consigna:

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.¹³

Fundamental enfatizar que a LBI promoveu significantes inovações em diversas searas do Direito, sobressaindo algumas como principais e que aqui faço destacar as prescrições acerca da tipificação penal de condutas discriminantes e lesivas às pessoas com deficiência (artigos 88 a 91), bem como alterações que repercutem no texto do Código Civil, ao revogar os incisos I, II e III do art. 3º (Lei n. 13.146, art. 114), dentre outras tantas alterações.

Já que o contexto do trabalho remonta justamente à obrigatoriedade do voto, dentre os inúmeros dispositivos contemplados pelo Estatuto, entendo que, em relação ao fixado no art. 76 e, especialmente no seu § 1º, inciso IV, dado ao alcance prático e à sua pertinência com o tema, cabe aqui fazer uma discussão mais larga acerca da interpretação das disposições constitucionais do art. 14, *caput*, e art. 60, § 4º, da Carta Magna brasileira, ao instituir o voto secreto, sendo certo que, ano a ano, intensos são os questionamentos e debates ocorridos no dia da votação, tendo de um lado

¹² BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

¹³ BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.



mesários e colaboradores da Justiça Eleitoral e, do outro, fiscais e representantes de agremiações partidárias, estando o eleitor com deficiência no centro da contenda, tudo em função de fazer preservar o sigilo do voto. Assim dispôs:

Art. 76. O poder público deve garantir à pessoa com deficiência todos os direitos políticos e a oportunidade de exercê-los em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º À pessoa com deficiência será assegurado o direito de votar e de ser votada, inclusive por meio das seguintes ações:

[...]

IV - garantia do livre exercício do direito ao voto e, para tanto, sempre que necessário e a seu pedido, permissão para que a pessoa com deficiência seja auxiliada na votação por pessoa de sua escolha.¹⁴

Pois bem, a Lei n. 13.146/2015 acaba com essa dúvida sobre se é dado ou não o direito do eleitor com deficiência ter, sempre que necessário, o auxílio de terceira pessoa no momento da votação, seja através do método eletrônico – atualmente regra no processo eleitoral – ou através do uso de cédulas, hoje utilizado de forma contingencial e como última solução à efetivação da votação.

Todavia, o disposto no inciso supra mencionado goza de prestígio em nível de lei ordinária, cumprindo auto indagar se a garantia de sigilo do voto consagrada no plano constitucional não estaria sendo violada por norma de menor hierarquia, desafiando assim o arcabouço normativo em que se funda o Estado Democrático de Direito brasileiro.

A resposta para criação da garantia de sigilo conferida ao voto no Brasil pode ser facilmente encontrada nos livros de história. Do sítio eletrônico Wikipédia extrai-se concisa e objetiva noção de como se deu o processo de surgimento, desenvolvimento e consolidação do voto secreto no país:

No Brasil, o voto secreto foi implantado, pela primeira vez, no pleito de 1925 do Centro Acadêmico XI de Agosto, entidade que representa até hoje os estudantes da Faculdade de Direito da USP. Posteriormente, houve uma experiência, em Minas Gerais, por Antônio Carlos Ribeiro de Andrada, em 1929, em uma votação suplementar para vereador. E foi institucionalizado, em 1932, pelo primeiro Código Eleitoral do Brasil. O voto secreto tem um valor essencial para garantir que o voto expresse realmente a vontade do eleitor. A votação secreta, também tem o objetivo de proibir a compra de votos, garantindo democracia total. À frente da urna, há uma cabine, que leva o brasão da República Federativa do Brasil, é ela que dá a certeza ao eleitor que seu voto é realmente secreto. Quando o voto era aberto, o voto de seu curral eleitoral, eram controlados pelos coronéis. Ninguém votava em candidato diferente do coronel, pois, com certeza, sofreria algum tipo de represália. Isso ficou conhecido como Voto de cabresto.¹⁵

¹⁴ BRASIL. *Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

¹⁵ VOTO secreto. In: WIKIPEDIA: a enciclopédia livre. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Voto_secreto>. Acesso em: 15 jul. 2016.





Trecho bastante aclarador é visto na obra do professor Dirley Cunha Jr. e do professor Marcelo Novelino, quando afirmam:

O escrutínio secreto é uma das formas de assegurar a liberdade de manifestação do eleitor, evitando-se qualquer tipo de coação sobre sua escolha. O Supremo Tribunal Federal decidiu que a 'exigência legal do voto impresso no processo de votação, contendo número de identificação associado à assinatura digital do eleitor, vulnera o segredo do voto.' De acordo com o entendimento adotado pelo Tribunal, 'a manutenção da urna em aberto põe em risco a segurança do sistema, possibilitando fraudes, impossíveis no atual sistema, o qual se harmoniza com as normas constitucionais de garantia do eleitor' (ADI 4.543-MC).¹⁶

O sigilo do voto constitui garantia do eleitor para que terceiros não invadam a esfera da livre convicção política e de escolha conferida ao cidadão no contexto do processo eleitoral. Mister ter em mente que a interpretação mais coerente é aquela que confere feição de direito-garantia a este sigilo, visto que o Constituinte não quis vedar ao próprio eleitor a possibilidade de externar ou declinar o seu voto, desde que o faça em sintonia com o ordenamento, notadamente, com a legislação eleitoral que diz que a manifestação do eleitor no dia da eleição deve-se dar de forma silenciosa e de maneira individual. Assim, coerente é entender que o próprio eleitor pode declarar seu voto ou, por óbvio, ter alguém de sua confiança, junto a si na hora da votação quando esta providência se fizer necessária, podendo isso ser aquilatado pelo Presidente da seção eleitoral. Entretanto, não poderá o eleitor, no dia da votação, propalar suas convicções políticas de maneira a angariar outros eleitores para o candidato em quem votou ou para aquele por quem tenha simpatia política.

Imagine por exemplo o caso de um eleitor que tenha perdido a visão em data próxima à eleição e, por não conhecer o *braille*, teria seu direito de votar tolhido pelo fato de não ter como, sequer, contar com o auxílio de alguém de sua confiança (pai, mãe, irmão, cônjuge etc.). Em anos de Justiça Eleitoral me deparei durante dado evento de treinamento de mesários com uma pergunta que envolvia exame análogo, posto que, trabalhando no Município de Igarapé-Miri, no interior do estado do Pará, fui questionado sobre como deveriam os mesários agir caso uma determinada eleitora comparecesse à eleição, após haver sofrido acidente em cujo evento perdera as mãos.

A letra do art. 76, § 1º, inc. IV veio para expurgar de vez a dúvida sobre a legalidade quanto à permissão de o eleitor com deficiência ser auxiliado por outrem, quando externada tal necessidade. Aos mesários e fiscais partidários na seção eleitoral que vislumbrarem eventual fraude em decorrência desse auxílio competirá solicitar ao secretário da mesa receptora de votos que consigne o fato em ata, o que será objeto de oportuna análise perante a Junta Eleitoral.

Seria um contrassenso imaginar que o direito de votar do cidadão com deficiência poderia ser suprimido, quando o art. 5º, § 3º da Constituição, que confere força à Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, esta dotada de forte apelo em face dos princípios constitucionais da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana, parece se chocar com as disposições do art. 14, *caput* e do art. 60, § 4º que fixam o voto secreto como uma garantia geral ao processo político livre, isento de alienação

¹⁶ CUNHA JUNIOR; NOVELINO, 2015, p. 207.



mental no momento da escolha dos candidatos e, por corolário, em consonância com os valores democráticos.

6 CONCLUSÃO

É certo que as discussões presentes no interior deste trabalho não esgotam o tema. Entretanto, é inegável que as reflexões sobre os direitos humanos, particularmente com enfoque na obrigatoriedade do voto para as pessoas com deficiência, mesclando ramos autônomos da Ciência do Direito, desde o Constitucional, afetado pelas decorrências do Direito Internacional Público, e de repercussão direta em institutos próprios do Direito Eleitoral, tal qual o é a capacidade eleitoral ativa, revelam quão expressivas são as reflexões aqui levantadas.

No tocante à eventual confusão quanto à correta categorização dos direitos das pessoas com deficiência demonstrou-se que tais, embora apresentem-se quase sempre associados com direitos sociais diversos, se inserem na órbita das garantias individuais e coletivas, tendo por corolário o entendimento de que a ACP não tem ampla aceitação quando manejada na Justiça Eleitoral com o fito de sanar carências de infraestrutura que possam tornar mais dificultoso o exercício do voto pelas pessoas com deficiência. Por outro lado, a utilização de TACs mostra-se plenamente viável na tarefa de compelir o administrador do prédio utilizado como local de votação a promover as reformas estruturais decorrentes de ajustes feitos de acordo com o planejamento estratégico do respectivo TRE/Juízo Eleitoral e levado a efeito com a mediação do membro do Ministério Público Eleitoral de dada localidade.

Sobre as implicações jurídicas decorrentes da Resolução TSE n. 21.920/2004, que estendeu a facultatividade do voto aos eleitores com deficiência, há que se enfatizar que ao fazê-lo, da forma como foi disciplinada, a Suprema Corte brasileira, juntamente com o Tribunal Superior Eleitoral, afastaram a incidência de uma das teorias mais fortalecidas no cenário jurídico nacional, a que define a hierarquia das normas de Hans Kelsen. Para tanto, reconheceu-se maior relevância da Teoria Pensamento do Possível, de conotação menos positivista e mais humanitária.

Frise-se que a postura assumida pelo Judiciário como acima se destacou, em especial em face de pronunciamento do STF, qualificado como guardião da Constituição, mitiga os fundamentos gerais que embasam a disciplina do controle de constitucionalidade ao admitir que uma resolução de um Tribunal Superior, cujo objeto foi examinado através de processo administrativo na Corte Suprema, derogue obrigação insculpida no texto constitucional.

Por outro lado, socialmente, a norma do TSE corrobora a feição estatal que prima por equiparar o tratamento das pessoas com deficiência àquele dispensado a outros grupos sociais – eleitores qualificados pela facultatividade do voto, maiores de 70 anos e outros – que o Poder Constituinte reconheceu como merecedores de atenção diferenciada.

Mister concluir ainda que, passados os anos, desde a promulgação da Carta Constitucional de 1988, a Justiça Eleitoral demonstra estar atuando fortemente no papel de fomentadora e protagonista direta da democracia no Brasil, pautando-se pela inclusão dos diversos segmentos sociais no contexto político nacional, exercendo papel pedagógico e buscando a realização de políticas públicas efetivas que observem





as necessidades dos cidadãos enquanto seres singulares e, ao mesmo tempo, de verem-se incluídos no universo coletivo.

Por último, cabe registrar que, embora a sociedade ainda não tenha absorvido as implicações decorrentes da previsão constitucional do art. 5º, § 3º, da CF/1988, é fato que, ao longo dos anos que se seguirão, mais e mais inovações normativas e estruturais tendem a fazer parte do cotidiano dos brasileiros, a exemplo das relevantes prescrições introduzidas pela Lei n. 13.146/2015, sendo este um caminho sem volta, face o caráter de cláusula pétrea assumido pelo dispositivo constitucional. Resta saber com que rapidez e efetividade essas medidas serão sentidas igualmente por todos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. *Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008*. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. *Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. *Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade em Mandado de Segurança Coletivo n. 1.480-Brasília, DF, 4.9.97*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/pagina-dorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 23.381, de 19 de junho de 2012*. Institui o Programa de Acessibilidade da Justiça Eleitoral e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/arquivos/tre-al-resolucao-tse-n-23381-2012/view>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____; NOVELINO, Marcelo. *Constituição Federal para concursos: doutrina, jurisprudência e questões*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.





HUGO, Victor. Notre-Dame de Paris (livro). In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Notre-Dame_de_Paris_\(livro\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Notre-Dame_de_Paris_(livro))>. Acesso em: 15 jul. 2016.

PIRES, Antônio. *Pensamento do possível: voto facultativo para os portadores de deficiência grave*. Disponível em: <<http://antoniopires.jusbrasil.com.br/artigos/121940625/pensamento-do-possivel-voto-facultativo-para-os-portadores-de-deficiencia-grave>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

VOTO secreto. In: WIKIPEDIA: a enciclopédia livre. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Voto_secreto>. Acesso em: 15 jul. 2016





A INELEGIBILIDADE DA REJEIÇÃO DE CONTAS DOS GESTORES PÚBLICOS: INCIDÊNCIA DA INELEGIBILIDADE NA HIPÓTESE DE REJEIÇÃO DAS CONTAS DE GESTÃO DOS CHEFES DO PODER EXECUTIVO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Ruy Nestor Bastos Mello*

Jarbas Santana Magalhães**

RESUMO

Este artigo tem por objeto a análise da causa de inelegibilidade prevista na alínea “g” do inciso I, art. 1º, da Lei Complementar n. 64/1990, buscando-se identificar os requisitos para sua configuração e discutir aspectos relevantes de sua incidência, notadamente sobre o órgão competente para julgamento das contas dos Chefes do Poder Executivo. Será também efetuada uma análise crítica da jurisprudência do TSE sobre a incidência da inelegibilidade da rejeição de contas nos casos de julgamentos e pareceres prévios exarados pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia.

Palavras-chave: Eleições. Inelegibilidade. Tribunal de Contas. Prefeitos. Contas de gestão. Municípios da Bahia.

139

ABSTRACT

This article aims to analyze the cause of ineligibility pursuant to the Article 1 (item I) (Subheading “g”) of the Act n. 64/1990 in order to identify the requirements of the law incidences and to put into discussion the important issues raised by its incidence, especially about the legitimate Court to hold the Executive Branch public expenses. A critical analysis about the Electoral Court's jurisprudence that consider the assessment ruled by the municipal government Audit Office of the Executive Branch public expenses will also be taken into consideration in those cases that may declare the ineligibility of the Chief Executive.

Keywords: Elections. Ineligibility. Audit office. Mayors. Management expenses. Cities of Bahia.

* Procurador Regional Eleitoral na Bahia nos biênios 2014-2015 e 2015-2017.

** Assessor Jurídico da Procuradoria Regional Eleitoral na Bahia.





1 INTRODUÇÃO

O cidadão que pretende concorrer a um cargo eletivo, ou seja, tornar-se elegível, precisa cumprir requisitos estabelecidos na Constituição Federal e nos diplomas normativos que regulam o Direito Eleitoral, como a Lei Complementar n. 64/1990 e as Leis n. 9.504/1997 (Lei das Eleições), 9.096/1995 (Partidos Políticos) e 4.737/1965 (Código Eleitoral).

Distinguem-se os requisitos em positivos, as chamadas condições de elegibilidade, que devem se fazer presentes no momento que se postula à Justiça Eleitoral o registro de uma candidatura; e negativos, que são as causas de inelegibilidades, as quais não devem incidir, sob pena de impossibilitar o deferimento do registro de candidato.

Na previsão do art. 14, § 3º,¹ da Constituição Federal,² são condições de elegibilidade: a nacionalidade brasileira; o pleno exercício dos direitos políticos; o alistamento eleitoral; o domicílio eleitoral na circunscrição; a filiação partidária; e a idade mínima, que será distinta de acordo com o cargo eleitoral em disputa. Estes são os pressupostos básicos, que devem existir ou ser preenchidos, para que alguém possa exercer a capacidade eleitoral passiva. Mas não são os únicos: além deles, o cidadão precisa ser escolhido em convenção partidária e ter o seu pedido de registro de candidatura deferido pela Justiça Eleitoral.

As condições de elegibilidade serão disciplinadas *na forma da lei*, de modo que a legislação ordinária é que trará todo o detalhamento de cada uma das condições referidas.

As causas de inelegibilidade, por sua vez, são situações ou circunstâncias que impedem a capacidade do cidadão de ser votado ou eleito, ou seja, acarretam a perda da elegibilidade. Tais causas têm por objetivo *proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta*, sendo estes também os seus princípios hermenêuticos reitores.

As hipóteses de inelegibilidades estão previstas na Constituição Federal e na Lei Complementar n. 64/1990, sendo que as primeiras (constitucionais) podem ser apontadas à Justiça Eleitoral a qualquer tempo, desde a fase de registro de candidatura até o recurso contra a expedição de diploma; e as segundas (infraconstitucionais), somente na primeira fase do processo eleitoral, salvo se forem supervenientes ao registro.

¹ Art. 14. [...] § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei:

I - a nacionalidade brasileira;

II - o pleno exercício dos direitos políticos;

III - o alistamento eleitoral;

IV - o domicílio eleitoral na circunscrição;

V - a filiação partidária;

VI - a idade mínima de:

a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;

b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;

c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;

d) dezoito anos para Vereador.

² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 3 jun. 2016.





As inelegibilidades constitucionais, encontradas nos §§ 4º a 7º do art. 14, da CF/88,³ podem ser assim sintetizadas: a) inalistabilidade e analfabetismo; b) reeleição de Chefes do Executivo (impossibilidade do terceiro mandato); c) não afastamento dos Chefes do Executivo (não podem concorrer a outros cargos); e d) o parentesco com Chefes do Executivo (inelegibilidade no território da jurisdição do titular).

Já o rol de inelegibilidades infraconstitucionais é encontrado no art. 1º da Lei Complementar n. 64/1990, que traz causas de inelegibilidades absolutas (para todos os cargos) e relativas (para cargos específicos). A norma foi profundamente alterada pela Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010, conhecida como a Lei da Ficha Limpa,⁴ que acrescentou novas causas de inelegibilidade, aumentou o seu período de duração e estabeleceu novos marcos para incidência do impedimento, no propósito de aperfeiçoar a proteção à *probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato*.

É extensa a lista de inelegibilidades, sendo objeto do presente estudo apenas a que se refere às rejeições de contas dos gestores públicos, prevista na alínea “g” do inciso I do citado dispositivo legal, o que será tratado com pormenores a seguir.

2 REQUISITOS PARA CONFIGURAÇÃO DA CAUSA DE INELEGIBILIDADE DA ALÍNEA G DO INCISO I DO ART. 1º DA LC 64/1990

A causa de inelegibilidade em exame tem a seguinte tipificação:

Art. 1º São inelegíveis:

I – para qualquer cargo:

[...]

g) 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 suspensão 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.⁵

A mencionada inelegibilidade decorre da rejeição de contas dos *administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração*. Edson Resende de Castro afirma que “trata-se de uma das inelegibilidades mais cogitadas na prática, ao lado das condenações criminais”,⁶ sendo fundamental, portanto,

³ Art. 14. [...] § 4º São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.

§ 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente.

§ 6º Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito.

§ 7º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

⁴ A Lei Complementar n. 135/2010 foi editada a partir de projeto de lei de iniciativa popular, contando com cerca de 1,3 milhão de assinaturas de cidadãos brasileiros.

⁵ BRASIL. *Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp64.htm>. Acesso em: 3 jun. 2016.

⁶ CASTRO, Edson de Resende. *Curso de Direito Eleitoral*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 180.



compreender os requisitos para sua incidência e aplicabilidade, especialmente pelos profundos debates na doutrina e na jurisprudência sobre a temática.

Como dito, a redação do dispositivo foi amplamente modificada pela LC n. 135/2010. Em comparação com a redação anterior⁷ da *alínea g*, inseriu-se um novo requisito para configuração da inelegibilidade (*ato doloso de improbidade*); previu-se, na ressalva, a necessidade de suspensão ou anulação do ato pelo Poder Judiciário; aumentou-se o prazo de duração da inelegibilidade (*8 anos*); e foi ampliado o alcance de sua incidência, para todos os agentes públicos sujeitos a julgamento pelos Tribunais de Contas.

Na extensa redação da regra, visualizam-se requisitos específicos para configuração da inelegibilidade em análise, que devem todos estar presentes para que se possa impedir a candidatura do cidadão. Vejamos cada um deles.

2.1 REJEIÇÃO DE CONTAS POR IRREGULARIDADE INSANÁVEL QUE CONFIGURE ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

É princípio jurídico consagrado que toda pessoa que administra bem ou dinheiro público deve prestar contas de seus atos. A Constituição Federal é clara sobre o aspecto, conforme previsão contida no parágrafo único do seu art. 70:

Art. 70. [...]

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.⁸

A prestação de contas, a depender da sua natureza (política ou de gestão), será submetida ao Poder Legislativo ou aos Tribunais de Contas, que podem aprová-las (com ou sem ressalvas) ou rejeitá-las. Sendo a decisão proferida por qualquer dos órgãos citados, a rejeição das contas pode ensejar a configuração da inelegibilidade da *alínea g* do inciso I do art. 1º da LC n. 64/1990, desde que a irregularidade que acarretou a rejeição seja *insanável* e *configure ato doloso de improbidade administrativa*.

Na redação anterior da causa de inelegibilidade em apreço, exigia-se apenas que a irregularidade fosse *insanável* e a doutrina a conceituava, em linhas gerais, como a falha ou impropriedade de natureza grave, praticada com dolo ou má-fé e que causava prejuízo ao patrimônio público, enriquecimento ilícito ou lesão a princípios que regem a atividade pública. Ficavam afastados os pequenos erros formais e as irregularidades meramente contábeis, até porque seria desproporcional que tais falhas ensejassem a inelegibilidade do gestor público, impedindo-o de candidatar-se a cargo eletivo.

Com a nova redação, pela qual a conduta irregular deve constituir também *ato doloso de improbidade administrativa*, em verdade, apenas houve a consolidação do entendimento jurisprudencial de então, que sempre entendeu que a pecha da insanabilidade deveria trazer consigo a vontade explícita do gestor de praticar ato ímprobo,

⁷ Redação original: “g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão”.

⁸ BRASIL, 1988, art. 70.



em prejuízo aos cofres públicos, para seu enriquecimento indevido ou em afronta aos princípios da Administração Pública. Não houve, assim, novidade expressiva no particular.

Esclareça-se, contudo, conforme ensina Rodrigo Tenório, que “ao afirmar que o ato de improbidade exige desonestidade ou má-fé, a doutrina e a jurisprudência não estão a demandar a existência de um elemento anímico diverso do dolo genérico, mas apenas a definir que a intenção de praticar o ato é sempre exigida”.⁹ Conclui o autor que inexistente a figura do “dolo de desonestidade” no ordenamento pátrio, de modo que o dolo exigido para a prática do ato é apenas o dolo genérico, relativo à vontade do agente.

Outro registro importante a ser feito é que os requisitos da insanabilidade da falha administrativa e da configuração do ato de improbidade não são pressupostos para a decisão de rejeição de contas a ser adotada pelo órgão competente, mas tão somente condições postas na lei eleitoral para incidência da inelegibilidade da *alínea g*. A Corte de Contas ou o Poder Legislativo podem rejeitar as contas dos agentes públicos por distintos e variados motivos, sendo despidendo, para o propósito institucional dos órgãos fiscalizadores, apontar se a impropriedade é insanável ou contém a *nota de improbidade*.

Isso implica dizer, de outro vértice, que será a Justiça Eleitoral que apreciará a presença ou não destes aspectos na decisão que rejeitou as contas do administrador público, para verificar a incidência da inelegibilidade. Mas há limites na análise a ser efetuada. Não lhe cabe decidir, por exemplo, sobre o acerto ou desacerto da decisão do Tribunal de Contas (ou da Casa Legislativa), como se a Justiça Eleitoral fosse uma instância revisional. Também não lhe é permitido discordar da deliberação do órgão competente quanto à materialidade e autoria das falhas apontadas.¹⁰

O que se permite à Justiça Eleitoral – e também se recomenda que o faça – é que analise com profundidade a decisão que rejeitou as contas para dela extrair o conteúdo da irregularidade detectada e verificar se esta se revelou insanável e configurou ato de improbidade administrativa.

Por fim, a título de exemplos de irregularidades insanáveis que configuram ato de improbidade administrativa, na linha de jurisprudência do TSE, vale transcrever a precisa listagem apresentada por José Jairo:

Segundo o Tribunal Superior Eleitoral, entre outras situações, constituem irregularidades insanáveis e configuradoras de ato de improbidade administrativa: (i) o descumprimento da Lei de Licitações (AgR-Respe n. 127092/RO – PSS 15-9-2010); (ii) o descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal (REsp n° 20296/PR – PSS 18-10-2012); (iii) o não pagamento de precatórios, quando evidenciada a disponibilidade financeira (REspe n. 25986/SP – PSS 11-10-2012); (iv) a efetivação de despesas não autorizadas por lei ou regulamento, bem como a realização de operações financeiras sem a observância das normas legais (AgR-REsp n. 8192/GO – PSS 18-10-2012; (v) a realização de despesas acima do limite constitucional, notadamente o estabelecido no artigo 29-A da CF (REsp n. 11543/SP – PSS 9-10-2012; AgRg-REspe n. 39659/SP,

⁹ TENÓRIO, Rodrigo. *Direito Eleitoral*. São Paulo: Método, 2014. p. 153.

¹⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-AgR-Respe n. 33.806-MG. *DJE*, 18 jun. 2009. p. 22; BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário, RO n. 88.467. *DJE*, 14 abr. 2016. p. 20-2.





DJe 17-5-2013); (vi) “[...] 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 n. 9570/SP – PSS 4-9-2012); (vii) o pagamento indevido de verbas indenizatórias a vereadores a título de participação em sessões extraordinárias (TSE – AgRg-REspe n. 32908/SP – PSS 13-11-2012); (viii) o recolhimento de contribuições previdenciárias sem o indispensável repasse à Previdência Social (TSE – REspe n. 25986/SP – PSS 11-10-2012); (ix) o não cumprimento pelo gestor público do dever de prestar contas, o que acarreta sua rejeição (TSE – REspe n. 2437/AM – PSS 29-11-2012; (x) abertura de créditos suplementares sem a devida autorização legal (TSE – REspe n. 32574/MG – PSS 18-12-2012); (xi) insuficiência de aplicação do percentual de 25% da receita resultante de impostos na manutenção ou desenvolvimento do ensino, conforme determina o artigo 212 da Constituição (TSE – REspe n. 24659/SP – PSS 27-11-2012; AgRg-REspe n. 22234/SP – PSS 13-12-2012; REspe n. 32574/MG – PSS 18-12-2012); - vale registrar que esses precedentes corrigem o erro de interpretação havido no REspe n. 35.395/MG (DJe, 2-6-2009, p. 34), em que a Corte Superior afirmara não constituir irregularidade insanável “a não aplicação de percentual mínimo de receita de impostos nas ações e serviços públicos de saúde”, bem como de educação.¹¹

2.2 DECISÃO PROFERIDA PELO ÓRGÃO COMPETENTE

144

A incidência da inelegibilidade em estudo pressupõe que a decisão que rejeitou as contas do administrador público seja proferida pelo *órgão competente*. A quem compete, então, na formatação do ordenamento jurídico nacional, apreciar e julgar as contas das pessoas que administram e gerenciam verbas e bens públicos?

A regra basilar é de que todos os administradores públicos têm suas contas julgadas pelos Tribunais de Contas, na forma do art. 71, II, da Constituição Federal. Isso ocorre com relação às contas dos Presidentes dos Poderes Legislativo e Judiciário,¹² dos dirigentes das autarquias e fundações, dos responsáveis pelos órgãos e secretarias da Administração Pública, dentre outros. Nestas hipóteses, há verdadeiro julgamento pelas Cortes de Contas e suas decisões podem ensejar a inelegibilidade da *alínea g*.

¹¹ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 251.

¹² EMENTA: Tribunal de Contas dos Estados: competência: observância compulsória do modelo federal: inconstitucionalidade de subtração ao Tribunal de Contas da competência do julgamento das contas da Mesa da Assembleia Legislativa - compreendidas na previsão do art. 71, II, da Constituição Federal, para submetê-las ao regime do art. 71, c/c. art. 49, IX, que é exclusivo da prestação de contas do Chefe do Poder Executivo. I. O art. 75, da Constituição Federal, ao incluir as normas federais relativas a “fiscalização” nas que se aplicariam aos Tribunais de Contas dos Estados, entre essas compreendeu as atinentes às competências institucionais do TCU, nas quais é clara a distinção entre a do art. 71, I - de apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas do Chefe do Poder Executivo, a serem julgadas pelo Legislativo - e a do art. 71, II - de julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, entre eles, os dos órgãos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. II. A diversidade entre as duas competências, além de manifesta, é tradicional, sempre restrita a competência do Poder Legislativo para o julgamento às contas gerais da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, precedidas de parecer prévio do Tribunal de Contas: cuida-se de sistema especial adstrito às contas do Chefe do Governo, que não as presta unicamente como chefe de um dos Poderes, mas como responsável geral pela execução orçamentária: tanto assim que a aprovação política das contas presidenciais não libera do julgamento de suas contas específicas os responsáveis diretos pela gestão financeira das inúmeras unidades orçamentárias do próprio Poder Executivo, entregue a decisão definitiva ao Tribunal de Contas. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 849. Relator Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 11 fev. 1999, DJ, 23 abr. 1999. PP-00001 EMENT VOL-01947-01 PP-00043).





Também inexistente qualquer dúvida ou discussão sobre ser o Tribunal de Contas o órgão competente para julgamento de contas de convênio firmado entre as entidades federativas. Esta atribuição está prevista no art. 71, incisos II e VI, da Constituição Federal, sendo pacífico que a decisão adotada pela Corte de Contas pode configurar de *per se* a inelegibilidade pela rejeição de contas, prescindível posterior análise do Legislativo.

Situação distinta e particular ocorre com relação às contas dos Chefes do Poder Executivo, notadamente as dos Prefeitos Municipais. Para tanto, inicialmente, é preciso entender a diferenciação feita pela Constituição acerca da natureza jurídica das contas prestadas pelo gestor público, conforme disposto em seu artigo 71, incisos I e II, *verbis*:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I – apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, 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 público.¹³

A doutrina alude à existência de dois tipos de contas, de *governo* (inciso I) e de *gestão* (inciso II), que são prestadas pelos Chefes dos Poderes do Executivo e submetidas à análise e julgamento de órgãos distintos.

Na primeira hipótese, as contas são relativas unicamente à correta execução do orçamento público aprovado pelo Parlamento. Analisa-se se o Chefe do Executivo respeitou as determinações previstas na lei orçamentária, se procedeu ao correto repasse das doações orçamentárias, dentre outros aspectos da gestão política. O órgão julgador das contas é o Poder Legislativo, que inclusive pode contrariar a orientação da Corte de Contas, sendo situação comum haver opinativo técnico pela rejeição e, ao final, a aprovação das contas.

O papel dos Tribunais de Contas,¹⁴ em tais casos, é o de emitir parecer prévio opinativo, não vinculativo, para que a respectiva Casa Legislativa julgue o mérito das contas. Em relação às contas dos Prefeitos, há a especificidade de que as Câmaras de Vereadores apenas podem rejeitar o parecer prévio do Tribunal de Contas mediante o voto de dois terços dos vereadores, nos termos do § 2º, do art. 31, da CF/88.

A competência dos Tribunais de Contas, repita-se, não é de órgão julgador, mas apenas de auxiliar do Poder Legislativo, conforme elucidativo ensino de José Jairo Gomes:

A Constituição Federal conferiu ao Tribunal de Contas uma série de relevantes funções, conforme se vê no rol constante no seu artigo 71. Entre elas, destacam-se as de consulta e julgamento.

¹³ BRASIL, 1998, art. 71, I-II.

¹⁴ Nada obstante o art. 71 da CF/88 se referir expressamente ao Tribunal de Contas da União, o art. 75 da Constituição estabelece que “As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios”.





Pela primeira – prevista no inciso I –, compete-lhe apreciar as contas prestadas anualmente pelo chefe do Poder Executivo, mediante *parecer* prévio que deverá ser elaborado e enviado ao Poder Legislativo. A este competirá *julgar* as contas à luz do parecer emitido pelo Tribunal (CF, art. 49, IX). O julgamento em foco envolve questões atinentes à execução do orçamento votado e aprovado pelo Parlamento; importa averiguar se os projetos, as metas, as prioridades e os investimentos estabelecidos na lei foram atingidos, se as políticas públicas foram implementadas. É lícito que assim seja porque, se há uma lei definindo e orientando o sentido dos gastos e investimentos públicos, impõe-se que sua execução seja acompanhada e fiscalizada pelos representantes do povo, que, aliás, a aprovaram. Não fosse assim, a atividade parlamentar fiscalizatória cairia no vazio, perderia o sentido, seria, em suma, inútil. É bem de ver que a Lei Maior erigiu como crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra “a lei orçamentária” (CF, art. 85, VI). O julgamento das contas anualmente apresentadas, atinentes à execução do orçamento, é, pois, competência exclusiva do Poder Legislativo. Nessa hipótese, o Tribunal de Contas realiza papel meramente técnico-auxiliar. O parecer prévio que emite tem o objetivo de orientar os membros das Casas Legislativas, não os vinculando, porém. Assim, se ao Tribunal parecer que as contas devam ser rejeitadas, nada impede que o Legislativo as aprove. Nessa hipótese, aprovadas as contas pelo Parlamento, não desponta a responsabilidade político-jurídica do administrador público, não se configurando, pois, a inelegibilidade em foco.¹⁵

Assim, para fins de incidência da *alínea g*, é pacífico, desde a redação anterior da norma, que compete ao Poder Legislativo julgar as contas típicas de governo (atos de gestão orçamentária) dos chefes do Poder Executivo. O mero parecer prévio do Tribunal de Contas que opine pela rejeição das contas de governo não é suficiente para configuração da inelegibilidade, sendo necessário o acatamento do opinativo na decisão da Casa Legislativa.

Se por um lado, não há questionamentos acerca da competência do Legislativo para julgar as contas de governo do Chefe do Executivo, e do Tribunal de Contas para os casos de convênios e as contas dos demais administradores públicos, o mesmo não se pode afirmar em relação ao órgão competente para julgar as *contas de gestão* dos Chefes do Executivo, sobretudo as dos Prefeitos Municipais. Tais contas são relativas aos aspectos da gestão administrativa, quando o agente público atua como ordenador de despesas, conceitos estes bem definidos por Edson Resende de Castro:

Não é só a execução do orçamento, entretanto, que é submetida à apreciação dos Tribunais de Contas. Tão importante quanto distribuir bem o orçamento é ordenar com probidade as despesas públicas; é adquirir apenas os bens e serviços necessários à Administração; é adotar o procedimento licitatório adequado para as aquisições de bens e serviços e, a partir dele, escolher – sempre e invariavelmente – o menor preço e a melhor qualidade, mesmo nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, fugindo do

¹⁵ GOMES, 2016, p. 252-253.





superfaturamento; é evitar o desvio do dinheiro público nas suas mais variadas formas. Quando o Administrador público contrata a construção de uma ponte, ordena o pagamento da folha de pessoal, autoriza o reembolso de despesas de viagem de servidores, etc., está ordenando despesas. Essa atividade é da alçada daquele a quem a lei da contabilidade pública¹⁶ chama de *ordenador da despesa*, que é o agente público que vai efetivamente assinar a nota de empenho (após a fase de liquidação, ou seja, a fase em que se assegura que o serviço foi prestado ou a mercadoria foi entregue), autorizando o pagamento e possibilitando materialmente a concretização do gasto. Não é atribuição do Presidente da República, por exemplo, e na maioria das vezes, de Governadores de Estado. Muitos Prefeitos Municipais, todavia, concentram em suas mãos a quase totalidade das hipóteses de ordenação de despesa, embora possam delegar legalmente essa atividade aos seus secretários (na saúde, a lei até recomenda essa delegação).¹⁷

Neste sentido, a Lei Complementar n. 135/2010 trouxe importante alteração da redação da *alínea g*, estabelecendo, na parte final da norma, que deve ser aplicado 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. Explicitou a norma, de modo expresso, que é o Tribunal de Contas (art. 71, II, CF/88) o órgão competente para *julgar* as contas dos gestores ordenadores de despesas.

Pode-se até dizer que a regra em exame tem aplicação mais específica às contas dos Prefeitos Municipais. Isso porque o Presidente da República jamais atuará como ordenador de despesas, dada a complexidade e a grandeza da máquina administrativa federal. De igual forma, é pouco provável, também em razão do tamanho da máquina pública estadual, que os Governadores dos Estados atuem como ordenadores de despesas. Já no caso das prefeituras, ressalvados os municípios de maior porte, os Prefeitos, além de atuarem politicamente como gestores do orçamento, agem também como gestores ordenadores de despesas, em regra.

Neste escopo, considerando a atuação do Prefeito como ordenador de despesas, a *alínea g* fez questão de declarar que estes, mandatários que são, se submetem ao regramento previsto no inciso II, do artigo 71, da Constituição Federal.¹⁸ É justamente na compreensão deste *inciso* que reside a diferença elementar trazida pela nova redação da *alínea g* para os casos dos Prefeitos ordenadores de despesas. Ou seja, diferentemente dos chefes do Executivo (incluindo alguns Prefeitos) que agem apenas como gestores do orçamento, em que suas contas de governo são julgadas pelo Poder Legislativo, as contas anuais dos Prefeitos ordenadores de despesas (contas de gestão), à luz do inciso II, do artigo 71, são julgadas pelos Tribunais de Contas, e não pelo Poder Legislativo.

¹⁶ BRASIL. Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/QUADRO/1960-1980.htm>. Acesso em: 12 jul. 2016.

¹⁷ CASTRO, 2014, p. 183.

¹⁸ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:
[...]

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, 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 público.





Esse é o entendimento da doutrina de Edson Resende de Castro:

O certo é que o Tribunal de Contas, quando examinando a execução da despesa pública, ou seja, esse ato de ordenação de despesa, profere *juízo* *de julgamento das contas*, aprovando-as ou rejeitando-as. O TC não, neste particular (ordenação de despesas, repita-se), emite parecer prévio para apreciação da Casa Legislativa. Vai, isto sim, proferir um julgamento, porque é dele a competência para o juízo definitivo, nesta instância, a respeito das contas de tal natureza. Via de consequência, a decisão que vai tornar inelegível o ordenador de despesas públicas é aquela pronunciada pelo Tribunal de Contas, se as tiver rejeitado, perdendo relevância eventual pronunciamento da Câmara Municipal, da Assembleia Legislativa ou do Congresso Nacional, ainda que seja no mesmo sentido.¹⁹

A parte final da *alínea g* fez, portanto, menção expressa ao regime jurídico a que o gestor ordenador de despesas está submetido, no que tange ao órgão competente para julgar as contas sob sua responsabilidade (contas de gestão). Quando a lei expressamente afirma que todos os mandatários ordenadores de despesas estão submetidos ao procedimento do inciso II, do artigo 71, da CF/88 deixou claro que os Prefeitos também estão submetidos ao julgamento dos Tribunais de Contas quando agirem na qualidade de ordenadores de despesas.

Veja-se, a propósito, parte do voto do Ministro aposentado do STF, Carlos Ayres Britto, quando ainda ocupava uma cadeira de Ministro no TSE, em julgamento sobre o tema:

[...]

6. Com efeito, a própria utilização do vocábulo “anualmente”, no inciso I do art. 71 da *Carta Magna*, permite a interpretação de que, sob tal competência, serão julgadas somente as contas anuais/globais prestadas, obviamente, pelo Chefe do Poder Executivo, na qualidade de governo ou autoridade de uma determinada pessoa jurídica federada. Em outras palavras, são as contas prestadas em bloco, atuando o prestador de contas como Chefe de Governo, responsável pela administração pública em geral. Já a ausência, no inciso II do mesmo artigo, de qualquer exceção ou distinção entre “*administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos*” leva à seguinte conclusão: todo aquele que atua como gestor de uma tópica dotação orçamentária, inclusive o Prefeito Municipal, estará sujeito a julgamento pelo Tribunal de Contas.

7. Ora, quisesse o Texto Constitucional, no seu inciso II do art. 71, excepcionar da competência da Corte de Contas para o julgamento das contas de gestão do Chefe do Poder Executivo, agindo este como ordenador de despesas, bastaria uma objetiva ressalva quanto aos sujeitos mencionados no inciso I. Mas não o fez. Não o fez porque o real critério para a fixação da competência dos Tribunais de Contas nestes incisos é o conteúdo em si das contas em análise, e não o cargo ocupado pelo agente político. Portanto, quando o Prefeito Municipal desempenha a função de gestor direto de recursos públicos, praticando atos típicos de administrador em apartado, essas contas serão submetidas à apreciação da Corte de Contas, mediante o exercício de jurisdição administrativa própria,

¹⁹ CASTRO, *loc. cit.*



e não como órgão puramente opinativo (inciso II do art. 71, c.c. art. 75 da Constituição Federal de 1988). [...]

8. Por outro giro, anoto que incumbe às Cortes de Contas julgar, definitivamente quanto ao mérito e por critérios puramente objetivos (legalidade, constitucionalidade e regularidade), as contas de gestão (dos administradores públicos e demais responsáveis por bens, dinheiros e valores públicos), que, segundo magistério de Heraldo Costa Reis, são *“demonstrações e relatórios das gestões individualizadas dos agentes da administração, legalmente habilitados para gerirem as parcelas de patrimônio da entidade, sob sua responsabilidade, tais como direitos e obrigações assumidos em nome dessa mesma entidade”* grifei – inciso II do art. 71, c.c. o art. 75 da *Carta de Outubro*). Noutro modo de dizer as coisas, as pontuais contas de gestão, que o administrador público deve prestar perante o Órgão especificamente de Contas, têm a ver com os três momentos típicos da realização de individualizadas despesas: empenho, liquidação e pagamento. Por conseguinte, nem o conteúdo destas contas (de gestão), nem os critérios adotados para o seu julgamento guardam semelhança com as contas anuais prestadas pelo Chefe do Executivo Municipal, pois, nestas (anuais ou globais), o julgamento proferido pelo Parlamento, de cunho eminentemente político (critério de oportunidade, conveniência e necessidade), fica adstrito aos resultados gerais do governo municipal (financeiro, operacional, contábil, orçamentário e patrimonial), bem como à fiel execução dos programas de governo estabelecidos nas leis orçamentárias.

[...]

9. Como se não bastasse, consigno que, se a competência para o julgamento das contas de gestão do Prefeito fosse da Câmara Municipal, e não é, bastaria que o Chefe do Executivo Municipal assumisse todas as ordenações de despesas (gestor direto de todos os recursos públicos municipais), ou algumas delas, para fulminar *“uma das mais importantes competências institucionais do Tribunal de Contas, que é julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por recursos públicos (CF, art. 71, II). Sem julgamento de contas pelo Tribunal, também estaria neutralizada a possibilidade de controle externo promover reparação de dano patrimonial, mediante a imputação de débito prevista no artigo 71, § 3º, da Lei Maior, haja vista que a Câmara de Vereadores não pode imputar débito ao Prefeito”*.

[...]

13. Este o quadro, entendo que o Prefeito que atua como ordenador de despesas (agente administrativo), responsável, portanto, pela administração direta de dinheiros, bens e valores públicos, é de ser julgado pelo Tribunal de Contas do Estado, pois, conforme bem ressaltou Luciano Ferraz, *“os Chefes do Executivo, quando agem na qualidade de agente político, executor do orçamento, têm prerrogativas especiais e, portanto, submetem-se ao crivo do Legislativo. Se descem do pedestal e praticam meros atos de gestão, igualam-se aos demais administradores de recursos públicos, sendo julgados pelo Tribunal de Contas”*.²⁰

²⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *REspE* n. 29.117-SC, publicado em 22.9.2008. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 18 jul. 2016.





Em suma, no particular, a alteração efetuada pela Lei Complementar n. 135/2010 explicitou a interpretação, há muito defendida pelo Ministério Público Eleitoral, de que a diferenciação contida nos incisos I e II do art. 71 da Constituição Federal permite concluir que o Tribunal de Contas é o órgão competente para julgar as contas de gestão de *todos os ordenadores de despesas*, inclusive dos Chefes do Executivo que agirem nessa condição. E mais, consolidou-se que a decisão da Corte de Contas que rejeitar as contas de gestão pode, por si só, configurar a inelegibilidade pela rejeição de contas.

Contudo, mesmo com a nova redação da *alínea g*, o TSE, no âmbito das eleições de 2012, entendeu por não fazer a diferenciação das contas dos Prefeitos, se de governo ou de gestão, assentando que caberia, para fins de inelegibilidade da *alínea g*, sempre às Câmaras de Vereadores julgarem as contas dos Chefes do Poder Executivo:

Inelegibilidade. Rejeição de contas. Improbidade administrativa.

1. A competência para o julgamento das contas de Prefeito é da Câmara Municipal, nos termos do art. 31 da Constituição Federal, cabendo ao Tribunal de Contas a emissão de parecer prévio, inclusive em casos em que o Prefeito atua como gestor ou ordenador de despesas.

2. A ressalva final constante da nova redação da *alínea g* do inciso I do art. 1º da Lei Complementar n. 64/90, introduzida pela Lei Complementar n. 135/2010 - de que se aplica "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" -, não alcança os chefes do Poder Executivo.

3. Os Tribunais de Contas só têm competência para julgar as contas de Prefeito quando se tratar de fiscalizar a aplicação de recursos transferidos mediante convênios com a União ou com os Estados (art. 71, VI, da Constituição Federal), ou de recursos provenientes de fundos, cuja origem também seja federal ou estadual.

4. O Supremo Tribunal Federal decidiu que as alterações introduzidas pela Lei Complementar n. 135/2010 não se aplicam às eleições de 2010, em face do princípio da anterioridade eleitoral, previsto no art. 16 da Constituição Federal, motivo por que não incide, no caso, a inelegibilidade da *alínea I* do inciso I do art. 1º da Lei Complementar n. 64/90.

Recurso provido.²¹

Esse entendimento, contrário ao texto da nova redação da *alínea g*, prevaleceu até as eleições de 2014. Porém, a partir do julgamento do Recurso Ordinário n. 401-37/CE, a Corte Superior mudou sua jurisprudência para afirmar a competência dos Tribunais de Contas para julgamento dos Prefeitos ordenadores de despesas (contas de gestão), independentemente do pronunciamento da Câmara de Vereadores. Eis a ementa do *leading case*:

ELEIÇÕES 2014. REGISTRO DE CANDIDATURA. RECURSO ORDINÁRIO. INELEGIBILIDADE. ALÍNEA G. REJEIÇÃO DE CONTAS. TRIBUNAL DE CONTAS. PREFEITO. ORDENADOR DE DESPESAS. CARACTERIZAÇÃO.

²¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário, RO n. 436.006, Ac. de 8 nov. 2012. Relator Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. DJE - Diário de Justiça Eletrônico, tomo 33, 19 fev. 2013. p. 31-32.



1. As alterações das hipóteses de inelegibilidades introduzidas pela Lei Complementar n. 135, de 2010, foram consideradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.578 e das ADCs 29 e 30, em decisões definitivas de mérito que produzem eficácia contra todos e efeito vinculante, nos termos do art. 102, § 2º, da Constituição da República.
 2. Nos feitos de registro de candidatura para o pleito de 2014, a inelegibilidade prevista na alínea *g* do inciso I do art. 1º da LC n. 64, de 1990, pode ser examinada a partir de decisão irrecorrível dos tribunais de contas que rejeitam as contas do prefeito que age como ordenador de despesas.
 3. Entendimento, adotado por maioria, em razão do efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal e da ressalva final da alínea *g* do art. 1º, I, da LC n. 64/90, que reconhece a aplicação do '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'.
 4. Vencida neste ponto, a corrente minoritária, que entendia que a competência para julgamento das contas do prefeito é sempre da Câmara de Vereadores.
 5. As falhas apontadas pelo Tribunal de Contas, no caso, não são suficientes para caracterização da inelegibilidade, pois não podem ser enquadradas como ato doloso de improbidade. No caso, não houve sequer condenação à devolução de recursos ao erário ou menção a efetivo prejuízo financeiro da Administração. Recurso provido, neste ponto, por unanimidade.
- Recurso ordinário provido para deferir o registro da candidatura.²²

A orientação do TSE, adotada a partir das eleições de 2014, vem ao encontro do interesse público de proteção da legitimidade das eleições, positivado pelo § 9º do art. 14 da Constituição Federal, especialmente para proteção da probidade administrativa, repelindo da disputa eleitoral aqueles gestores que praticaram atos ímprobos na gestão de verbas, serviços e bens públicos.

Cabe acrescentar ainda que, na sessão de 2 de junho de 2016, o Tribunal Superior Eleitoral respondeu a uma consulta (Processo n. 111-19, Rel. Ministro Luiz Fux) para reafirmar a competência dos Tribunais de Contas para julgamento das contas dos Prefeitos, enquanto ordenadores de despesas, sendo tal decisão suficiente para configuração da inelegibilidade da *alínea g*.²³

Em arremate, portanto, o órgão competente para *julgar* as contas de Prefeito será: (i) a Câmara de Vereadores, quanto às contas (*de governo*) anualmente prestadas relativamente à execução do orçamento público; e (ii) o Tribunal de Contas, quanto a despesa tiver sido ordenada diretamente pelo Prefeito (*contas de gestão*) ou no caso de convênio firmado com outro ente da Federação.

Nada obstante, mais uma vez, convém registrar que o assunto ainda tem gerado discussões, sendo que o tema está em análise no âmbito do STF, em razão

²² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Ordinário n. 40.137, Ac. de 26.8.2014*. Relator Min. Henrique Neves da Silva, PSESS - Publicado em Sessão, 27 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

²³ O TSE respondeu afirmativamente ao seguinte questionamento: "Em se tratando de julgamento de contas do Prefeito Municipal que age como ordenador de despesas, o órgão competente mencionado na alínea 'g', conforme dispõe o artigo 71, II, c/c o artigo 75, da Constituição Federal, é o Tribunal de Contas?".



de recursos extraordinários interpostos nas eleições de 2014, sendo reconhecida a repercussão geral para processamento do apelo excepcional.²⁴

Advirta-se, a favor da tese ora esposada, que a constitucionalidade da Lei Complementar n. 135/2010 já foi declarada pelo próprio STF, na ADI n. 4.578 e nas ADCs n. 29 e 30, quando houve debate específico sobre a competência dos Tribunais de Contas para julgar as contas dos chefes do executivo ordenadores de despesas, inclusive com a inserção no acórdão de posições favoráveis e contrárias. Ou seja, a Suprema Corte declarou constitucional a integralidade da Lei Complementar n. 135/2010, de modo que o entendimento do TSE sobre o gestor ordenador de despesas, conforme previsto na *alínea g*, já foi cancelado pelo STF.

Espera-se, desta forma, que seja mantido o entendimento adotado pelo TSE em 2014, e agora renovado para as eleições de 2016, notadamente considerando a relevância e acerto dos fundamentos invocados e apontados brevemente neste estudo.²⁵ O Tribunal de Contas é, na forma da Constituição Federal, o órgão competente para julgar as contas prestadas por Prefeitos que agem na condição de ordenadores de despesas.

2.3 DECISÃO IRRECORRÍVEL

Outro requisito exigido para configuração da *alínea g* consiste na irrecorribilidade da decisão proferida pelo órgão competente (Corte de Contas ou Poder Legislativo) que rejeitar as contas de gestores públicos. Rodrigo Tenório explica que “Por irrecorrível entenda-se a decisão já coberta pela coisa julgada administrativa, não sujeita, portanto, a recurso no âmbito administrativo. O fato de poder ser questionada judicialmente não a torna ‘recorrível’”.²⁶ Ou seja, é imprescindível que a decisão não seja passível de modificação no âmbito do órgão prolator, devendo estar presente o chamado *trânsito em julgado administrativo* da decisão.

Nesse sentido, é importante analisar o sistema recursal previsto na legislação de regência das Cortes de Contas, a fim de saber quais são os recursos cabíveis e seus respectivos efeitos. O art. 32 da Lei n. 8.443/92, que regula o Tribunal de Contas da União, e que serve como referência para os demais Tribunais de Contas do país, prevê a existência dos recursos de *reconsideração*, *embargos de declaração* e *revisão*.²⁷

Desses, o recurso de reconsideração e os embargos possuem efeito suspensivo, impedindo a produção das consequências naturais da decisão do Tribunal de Contas enquanto não julgados. Uma eventual decisão que rejeita as contas de um

²⁴ RE n. 848.826-DF. Rel. Min. Roberto Barroso, repercussão geral reconhecida em 27 ago. 2015. Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. JULGAMENTO DAS CONTAS DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO COMO ORDENADOR DE DESPESAS. COMPETÊNCIA: PODER LEGISLATIVO OU TRIBUNAL DE CONTAS. REPERCUSSÃO GERAL. 1. Inadmissão do recurso no que diz respeito às alegações de violação ao direito de petição, inafastabilidade do controle judicial, devido processo legal, contraditório, ampla defesa e fundamentação das decisões judiciais (arts. 5º, XXXIV, a, XXXV, LIV e LV, e 93, IX, da CF/1988). Precedentes: AI 791.292 QO-RG e ARE 748.371-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes. 2. Constitui questão constitucional com repercussão geral a definição do órgão competente – Poder Legislativo ou Tribunal de Contas – para julgar as contas de Chefe do Poder Executivo que age na qualidade de ordenador de despesas, à luz dos arts. 31, § 2º; 71, I; e 75, todos da Constituição. 3. Repercussão geral reconhecida.

²⁵ A finalização do presente artigo ocorreu em momento anterior ao julgamento do RE n. 848.826-DF no STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/pauta/listarCalendario.asp?data=03/08/2016>>.

²⁶ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA. *Pontos controvertidos sobre a lei da ficha limpa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

²⁷ No Regimento Interno do TCU, há o acréscimo do “pedido de reexame”, cabível contra decisão de mérito proferida em processo concernente a ato sujeito a registro e a fiscalização de atos e contrato; e do “agravo”, contra decisões interlocutórias do Presidente ou do Relator, em regra.



Prefeito ou de qualquer agente público, submetida a tais instrumentos recursais, não é irrecorrível e, portanto, não enseja (ainda) a inelegibilidade da *alínea g*.

De outro vértice, o recurso de revisão, que tem *natureza similar à da ação rescisória*,²⁸ não possui efeito suspensivo, até porque uma das condições de admissibilidade do referido recurso no TCU é exatamente a definitividade da decisão prolatada. Nessa hipótese, mostra-se configurada a irrecorribilidade exigida pela causa de inelegibilidade em análise, sendo pacífica a jurisprudência eleitoral sobre o ponto:

ELEIÇÕES 2014. CANDIDATO A DEPUTADO FEDERAL. RECURSO ORDINÁRIO. REGISTRO DE CANDIDATURA DEFERIDO. ART. 1º, INCISO I, ALÍNEA *g*, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/1990. DECISÃO IRRECORRÍVEL. RECURSO PROVIDO. [...]

3. Irrecorribilidade da decisão de rejeição de contas. O recurso de revisão pressupõe justamente a irrecorribilidade da decisão do Tribunal de Contas, à semelhança da ação rescisória (art. 35 da Lei n. 8.443/1992 e art. 288 do Regimento Interno do TCU). Precedentes.

4. O sobrestamento do recurso de revisão para aguardar o julgamento de caso semelhante pelo Tribunal de Contas não retira o caráter definitivo da rejeição de contas, competindo ao interessado buscar a concessão de efeito suspensivo ao recurso de revisão, demonstrando os requisitos necessários, ou pleitear a suspensão ou a anulação da rejeição de contas no Poder Judiciário competente.

5. O sobrestamento do recurso de revisão obviamente não se presta a alterar situação jurídica existente - rejeição de contas -, devendo o interessado utilizar-se da via administrativa ou judicial própria.

6. Recurso provido parcialmente.²⁹

A interposição do recurso de revisão no TCU (e nas demais Cortes de Contas) não afasta o caráter da definitividade da decisão que rejeitou as contas, devendo a deliberação ser considerada irrecorrível pela Justiça Eleitoral quando da análise do registro de candidatura.

Vale ressaltar a importância da definição da data em que a decisão administrativa torna-se irrecorrível, tendo em vista que a causa de inelegibilidade incidirá *para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão*. Se não houver interposição de recurso contra a decisão de rejeição das contas, a inelegibilidade surge a partir da própria data em que emitida a decisão; em caso de haver recurso com efeito suspensivo, somente após a prolação de uma nova decisão.

Enfim, o caráter de irrecorribilidade se configura com a conclusão definitiva do processo de julgamento das contas no âmbito do órgão competente, após o regular decurso do prazo para interposição de embargos de declaração ou do recurso (ou pedido) de reconsideração. Ultrapassado o referido prazo ou julgado o recurso interposto, a decisão se torna definitiva internamente, irrecorrível, e portanto apta a ensejar

²⁸ Art. 288 do Regimento Interno do TCU.

²⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Ordinário*, RO n. 118.797, Ac. de 2.10.2014. Relator Min. Gilmar Ferreira Mendes. Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, 2 out. 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 18 jul. 2016.





a inelegibilidade da *alínea g*. A interposição posterior de recurso de revisão não cria qualquer embaraço para a incidência da causa de inelegibilidade.

2.4 A DECISÃO NÃO DEVE TER SIDO SUSPensa OU ANULADA PELO PODER JUDICIÁRIO

O último requisito posto na *alínea g*, conforme alteração efetuada pela Lei Complementar n. 135/2010, se refere à inexistência de decisão judicial que suspenda ou anule a deliberação do órgão competente para julgamento das contas, situação que, se existente, impede a ocorrência da inelegibilidade.

Na redação anterior da norma, apontava-se não configurar a inelegibilidade se a *questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário*, ou seja, bastava que o interessado propusesse ação judicial tendente a afastar os efeitos da decisão que rejeitou as contas para que, automaticamente, deixasse de ser inelegível. Esse entendimento, inclusive, era objeto da Súmula n. 1 do TSE, pela qual “Proposta a ação para desconstituir a decisão que rejeitou as contas, anteriormente à impugnação, fica suspensa a inelegibilidade”.

Entretanto, considerando o abuso no ajuizamento das demandas judiciais, muitas delas sem qualquer consistência jurídica, o TSE reviu o posicionamento a partir das eleições de 2006 e passou a entender que a mera propositura da ação anulatória, sem a obtenção de provimento liminar ou tutela antecipada, não suspende a inelegibilidade.³⁰ A súmula ficou em desuso, vindo a ser cancelada em acórdão prolatado no Processo Administrativo n. 323-45, na sessão de 10.5.2016, quando o Tribunal Superior Eleitoral procedeu à atualização, cancelamento e edição de novas súmulas.

A Lei Complementar n. 135/2010, portanto, apenas consolidou o entendimento jurisprudencial, fixando expressamente que a ressalva à ocorrência da inelegibilidade depende de decisão judicial provisória (suspensão) ou definitiva (anulação) que afaste os efeitos da decisão que rejeitou as contas do gestor público. Aponte-se que a ação judicial deve questionar todos os vícios contidos na decisão do órgão competente (Casa Legislativa ou Tribunal de Contas), sob pena de permanecer hígida a inelegibilidade.

Outrossim, durante certo tempo se entendeu que, para não configurar a inelegibilidade, a ação deveria ser proposta antes do pedido do registro e o provimento acautelatório deveria ser também concedido em momento anterior ao requerimento de registro. Atualmente, porém, considerando a previsão do § 10 do art. 11 da Lei n. 9.504/97³¹ e a jurisprudência do TSE, o afastamento da inelegibilidade pode ocorrer enquanto o processo estiver em análise na instância ordinária, ainda que já ocorrida a diplomação³².

Outro aspecto importante a ser analisado é quando o próprio órgão que rejeitou as contas emite, posteriormente, uma nova decisão que afasta os efeitos ou anula a deliberação inicial. Nesse caso, a inelegibilidade da *alínea g* deixa de existir?

Se a reforma da decisão que rejeitou as contas for adotada pelos Tribunais de Contas, nos procedimentos específicos de revisão de seus atos ou na análise dos re-

³⁰ Ac. TSE, de 24.8.2006, no RO n. 912; de 13.9.2006, no RO n. 963; de 29.9.2006, no RO n. 965 e no REspe n. 26.942; e de 16.11.2006, no AgRgRO n. 1.067, dentre outros.

³¹ Art. 11, § 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.

³² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 1.019, Ac. de 1.3.2016. Relator Min. João Otávio de Noronha. Relator designado Min. Gilmar Ferreira Mendes. DJE - Diário de justiça eletrônico, 23 maio 2016. p. 62-63.





curso administrativo interposto pelo interessado, dúvidas não há de que o substrato da inelegibilidade não mais estará presente. Ou seja, o ato que rejeitou as contas, reformado ou anulado, deixou de produzir seus efeitos próprios e, de igual modo, não serve para a configuração da inelegibilidade prevista no art. 1º, I, “g”, da LC n. 64/90.

No caso de deliberação oriunda do Poder Legislativo, é preciso ter maior cautela na análise, considerando que, ao contrário dos Tribunais de Contas, em que o julgamento das contas é realizado com base em parâmetros técnicos, no Parlamento, o julgamento é de natureza política e a deliberação adotada não pode ser alterada ao sabor das oportunidades e conveniências dos mandatários de plantão.

Assim, ao editar o Decreto Legislativo que rejeitou as contas do Chefe do Executivo, a Casa Legislativa fez a valoração meritória da prestação de contas anual do gestor público e emitiu uma decisão definitiva, explicitando a desaprovação das contas. A matéria foi analisada de modo conclusivo, não sendo cabível uma reapreciação do mérito das contas pelo Parlamento, tendo em vista que, uma vez votado o parecer da Corte de Contas e não obtido o *quorum* para sua rejeição (dois terços dos votos), não se pode proceder à nova votação, sob pena de violação ao art. 31, § 2º, *in fine*, da Constituição Federal.³³

Este é o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, conforme se colhe do julgamento da Consulta 540-93:

CONSULTA. INELEGIBILIDADE. REJEIÇÃO DE CONTAS. CHEFE DO PODER EXECUTIVO. DECRETO LEGISLATIVO. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA. REFLEXOS. REGISTRO DE CANDIDATURA. PARCIAL CONHECIMENTO.

1. Não podendo haver mera revogação, por critérios de oportunidade e conveniência, do decreto legislativo que aprecia as contas de Chefe do Poder Executivo, na linha dos precedentes desta Corte, não há se falar em produção de efeitos de tal ato sobre o registro do candidato atingido, o que afrontaria o art. 31, § 2º, da CF.
2. Consulta conhecida e respondida negativamente quanto ao segundo questionamento.
3. Primeiro e terceiro questionamentos não conhecidos em razão de sua falta de especificidade.³⁴

Ou seja, somente se pode falar em afastamento dos efeitos de Decreto Legislativo, por decisão do próprio Parlamento, caso sejam apontadas falhas processuais graves que implicaram o cerceamento de defesa do gestor público que teve suas contas rejeitadas. Somente na hipótese de haver nulidade insanável na edição do Decreto é que se pode admitir a sua anulação posterior pela Casa Legislativa. No bojo do julgamento da Consulta referida, o Ministro Relator explicitou de forma magistral:

Como se vê, não mais subsiste o entendimento de que as Câmaras Legislativas dispõem de discricionariedade para revogação de

³³ Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.
[...]

§ 2º O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

³⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 540-93, Resolução n. 23.258, de 6.5.2010. Relator Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, 7 jun. 2010. p. 30-31; *RJTSE* - Revista de jurisprudência do TSE, v. 21, tomo 2, 6 maio 2010. p. 406.





decretos legislativos que rejeitam as contas de Chefe do Poder Executivo, uma vez que os referidos atos, apesar de imbuídos de natureza política, não são livremente revogáveis.

Com efeito, só se justifica a revisão de tais decretos quando eivados de vícios formais que o maculam, ou seja, pela falta de observância de suas formalidades essenciais, cuja declaração de nulidade produzirá efeitos retroativos, alcançando o ato em sua origem, dele não decorrendo direitos ou obrigações.³⁵

Em conclusão, para configuração da inelegibilidade em estudo, a decisão que rejeita as contas deve estar vigente, válida e apta à produção dos efeitos que lhe são inerentes. Se houver decisão judicial que afaste seus efeitos ou que a anule, bem assim a reforma do ato pelo Tribunal de Contas ou a anulação pelo Poder Legislativo (apenas por vícios formais), a inelegibilidade da *alínea g* deixará de existir.

3 ANÁLISE CRÍTICA DAS DECISÕES DO TSE SOBRE CASOS DAS ELEIÇÕES DE 2014 NO ESTADO DA BAHIA

Superada a questão sobre a aplicabilidade da *alínea g* aos casos dos Prefeitos ordenadores de despesas, interessa, agora, a análise sobre os casos de julgamentos de contas anuais dos Prefeitos baianos, na qualidade de ordenadores de despesas, pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, para fins de configuração da inelegibilidade.

Ressalte-se, de logo, que nas hipóteses de deliberações do Tribunal de Contas do Município/BA a respeito de *glosas parciais*, como nos julgamentos dos chamados *termos de ocorrência*,³⁶ que são os casos em que se analisa uma irregularidade específica, admite o TSE que a rejeição dessas contas pode configurar a inelegibilidade em análise. Neste sentido, a decisão no Recurso Ordinário n. 1000-03, na sessão de 17.12.2015, em que restou assentada a “possibilidade de a *alínea g* alcançar também as glosas parciais, não se exigindo que o pronunciamento do Tribunal de Contas tenha ocorrido em sede de prestação de contas de exercício financeiro”.

A controvérsia diz respeito apenas ao julgamento das contas anuais dos Prefeitos baianos pelo TCM/BA. A título de exemplo prático, a tabela a seguir demonstra os casos de recursos ordinários interpostos nas eleições de 2014 pela Procuradoria Regional Eleitoral na Bahia nas ações de impugnação de registro de candidatura que tiveram por base a rejeição de contas anuais de candidatos ex-prefeitos, condenados pelo TCM/BA. No âmbito do TRE/BA, as ações foram julgadas improcedentes ao entendimento de que a competência para julgamento seria das Câmaras Municipais;³⁷ no TSE, houve julgamentos distintos. Vejamos:

Como visto, dos treze recursos ordinários interpostos, o TSE deu parcial provimento a cinco deles,³⁸ reconhecendo a competência do TCM/BA para julgar as contas dos Prefeitos ordenadores de despesas e determinando o retorno ao TRE/BA para averiguar a ocorrência ou não de ato doloso de improbidade administrativa. Nos outros

³⁵ BRASIL, 2010.

³⁶ Isso vale também para as decisões do TCM/BA nos casos de *denúncias, auditorias, inspeções, tomadas de contas*, isto é, sempre que houver julgamento de glosas parciais.

³⁷ Em todos os casos, houve aprovação das contas pelas Câmaras de Vereadores.

³⁸ Nestes cinco processos, a relatoria coube aos Ministros Luiz Fux e Maria Thereza de Assis Moura, sendo que alguns foram decididos monocraticamente.

**Quadro 1** - Recursos Ordinários Interpostos pela PRE nas Eleições de 2014

Processo	Contas anuais rejeitadas pelo TCM/BA (município e exercícios financeiros)	Posição do TSE quanto ao órgão julgador das contas do Prefeito
1002-70	Caculé: 2005	Câmara de Vereadores
643-23	Vitória da Conquista: 2007	Câmara de Vereadores
528-02	Serra do Ramalho: 2012	TCM
965-43	Coronel João Sá: 2009 e 2012	Câmara de Vereadores
613-85	Nova Viçosa: 2009 e 2012;	Câmara de Vereadores
707-33	Itiúba: 2005, 2007, 2008 e 2011	Câmara de Vereadores
280-36	Lapão: 2006 e 2007;	TCM
975-87	Cairú: 2008 e 2011	Câmara de Vereadores
548-90	Porto Seguro: 2006, 2007 e 2008;	TCM ¹
759-29	Sátiro Dias: 2011;	TCM
1000-03	Itabuna: 2009, 2010, 2011 e 2012;	Câmara de Vereadores
691-79	Eunápolis: 2006, 2008, 2009 e 2010, 2011 e 2012;	Câmara de Vereadores
357-45	Barreiras: 2009 e 2012	TCM

Fonte: Procuradoria Regional Eleitoral da Bahia.

processos, prevaleceu a posição pela competência das Câmaras de Vereadores para julgamento das contas de Prefeitos.

Assim, se é certo que, nas eleições de 2014, ex-prefeitos de municípios da grande maioria dos estados brasileiros, que tiveram suas contas de gestão (ordenadores de despesas) rejeitadas pelos Tribunais de Contas,³⁹ foram considerados inelegíveis e tiveram os seus registros de candidatura indeferidos, o mesmo não se verificou, em regra, com os candidatos ex-prefeitos dos municípios baianos que tinham contas anuais rejeitadas pelo TCM/BA.

Isso ocorreu, em essência, por dois motivos. O primeiro, em razão de um aspecto formal, consistente no modo de deliberação adotado pelo TCM/BA quando analisa as contas anuais dos Prefeitos baianos, mesmo quando ordenadores de despesas. O outro, decorrente do primeiro, em razão da interpretação do TSE de que esta forma de decisão da Corte de Contas baiana impediria a incidência da inelegibilidade.

Com efeito, diferentemente do que ocorre em outras unidades da Federação,⁴⁰ o TCM/BA não julga separadamente as contas de governo (gestão orçamentária) e as contas de gestão (ordenação de despesas). De acordo com o procedimento de apreciação das contas anuais de responsabilidade dos Prefeitos pelo TCM/BA, ambas as modalidades das contas (governo e gestão) são analisadas concomitantemente, sendo a deliberação apresentada em uma peça só, denominada de *parecer prévio*.

³⁹ Alerta-se que apenas a rejeição das contas não é suficiente para o candidato ter seu registro indeferido, sendo necessário preencher os demais requisitos da alínea g.

⁴⁰ O Tribunal de Contas dos Municípios de Goiás, por exemplo, analisa as contas anuais separadamente, emitindo parecer prévio sobre as contas de governo, que é encaminhado para as Câmaras de Vereadores; e julgando as contas de gestão (ordenadores de despesas), que é externalizado através de acórdãos, nos termos dos artigos 71, inciso II e 75, ambos da Constituição Federal, c/c artigo 26, inciso II e artigo 80, § 4º, ambos da Constituição do Estado de Goiás e com base no art. 1º, inciso III, letra “a” c/c art. 10 da LOTCM/GO, e na Resolução Normativa n. RN 07/08 e Decisão Normativa n. 18/2011.



Ou seja, o parecer prévio do TCM/BA, além de trazer elementos de contas de governo, traz as conclusões da Corte de Contas sobre aspectos típicos de contas de gestão, inclusive estabelecendo, no seu bojo, julgamentos *propriamente* ditos, com aplicação de penalidades. Numa única peça, constam informações sobre a execução orçamentária, análise dos gastos em relação aos índices constitucionais (saúde e educação), bem assim determinações de glosas de despesas em razão de irregularidades na sua ordenação, por exemplo, por alguma irregularidade verificada no procedimento licitatório.

O parecer prévio do TCM/BA contempla, pois, as eventuais imputações de débitos (penalidades pecuniárias) e o opinativo pela aprovação (com ou sem ressalvas) ou rejeição das contas, sendo então enviado para as Câmaras de Vereadores.

E é justamente essa *união* das contas de governo e de gestão numa mesma peça (parecer prévio) que fez com que o Tribunal Superior Eleitoral, nas eleições de 2014, entendesse que o órgão competente para julgar as contas dos Prefeitos baianos seria a Câmara de Vereadores, e não o TCM/BA, ainda que houvesse elementos de ordenação de despesas nos pareceres prévios.

Veja-se, para tanto, a ementa do julgamento do Recurso Ordinário n. 975-87/BA:

ELEIÇÕES 2014. REGISTRO DE CANDIDATURA. DEPUTADO ESTADUAL. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, INCISO I, ALÍNEA G, DA LEI COMPLEMENTAR N. 64/90.

[...]

2. É certo que este Tribunal, no julgamento do RO n. 401-37, PSESS em 26.8.2014, assentou que a competência para julgar contas de governo das prefeituras é do Poder Legislativo municipal; e as contas de gestão, por sua vez, são julgadas pelo Tribunal de Contas.

3. Todavia, não apenas o nome “parecer prévio”, mas também as formalidades adotadas pelo Tribunal de Contas dos Municípios, no caso concreto, não deixam dúvidas de que as contas foram analisadas como sendo de governo, em que tal órgão apenas opina pela rejeição delas e tal pronunciamento foi submetido à apreciação do Poder Legislativo municipal, que, conforme documentos trazidos pelo candidato, rejeitou algo que não ocorreria caso se tratasse de contas de gestão.

4. Ainda que se considere que o Tribunal de Contas tenha analisado contas de gestão, sob a forma e o rito de contas de governo, não cabe à Justiça Eleitoral transmutar a natureza atribuída ao julgamento procedido pelo próprio órgão julgador.

5. Caso se trate de contas de gestão, cabe à Corte de Contas assim decidir, em ato específico e sem ensejar dúvidas sobre a natureza daquelas, a possibilitar, inclusive, diante de eventual rejeição, que possa o gestor se insurgir por meio das vias que entender cabíveis, seja na esfera administrativa ou judicial, porquanto, do contrário, tal entendimento não só afronta a segurança jurídica, como também frustra a válida postulação política do candidato.

Recurso ordinário desprovido.⁴¹

⁴¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário, RO n. 97.587, Ac. de 19 dez. 2014. Relatora Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Relator designado Min. Admar Gonzaga Neto. *DJE - Diário de Justiça Eletrônico*, tomo 33, 19 fev. 2015. p. 43-44.



Conforme já apontado neste estudo, com base no inciso I, do art. 71, da CF/88, o parecer prévio deve ser a manifestação do Tribunal de Contas que verse apenas sobre as contas de governo, para que a Câmara de Vereadores faça o julgamento político. O papel do Tribunal de Contas, em tal situação, é de auxiliar o Poder Legislativo, emitindo opinião que, embora técnica, pode ser desconsiderada pelo voto de 2/3 (dois terços) dos Vereadores.

Deve-se reconhecer que o modo de proceder do TCM/BA,⁴² ao deliberar sobre as contas de gestão e de governo numa única peça, dificulta o enquadramento da decisão para fins de incidência da inelegibilidade da *alínea g*, até porque permite supor (erroneamente) que as deliberações do Tribunal sobre as contas de ordenação de despesas dos Prefeitos seriam também objeto de julgamento político pela Câmara de Vereadores.

Essa suposição é inadequada. Tome-se, por exemplo, uma irregularidade detectada pelo Tribunal de Contas num determinado procedimento licitatório, que causou dano ao erário e beneficiou irregularmente o particular contratado. O Tribunal de Contas, no parecer prévio, glosou essa irregularidade, determinou o ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo erário e multou o Prefeito. Pergunta-se: a Câmara de Vereadores pode, num juízo eminentemente político, afastar a deliberação técnica do Tribunal de Contas que apreciou a execução de uma despesa administrativa? A resposta é, sem qualquer dúvida, negativa.

A Câmara aprecia tão somente as contas de governo, relativas à execução regular do orçamento público. Ou seja, se o Tribunal de Contas opina no sentido de que o Prefeito desrespeitou a lei orçamentária, o Parlamento Municipal pode desconsiderar o parecer prévio e aprovar as contas, sob os critérios de oportunidade e conveniência. O julgamento é de natureza política, conforme regramento constitucional sobre o controle externo.

Todavia, não cabe à Câmara de Vereadores imiscuir-se na área de competência do Tribunal de Contas definida no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, mesmo que o exercício dessa competência haja ocorrido no corpo de um *parecer prévio*, sem a distinção formal de análise e julgamento (propriamente dito) das contas de gestão e de governo. Veja-se a doutrina de Edson Resende de Castro:

É muito comum que a Câmara Municipal, ao receber o expediente do Tribunal de Contas, em que há a apreciação geral das contas anuais (envolvendo gestão orçamentária e ordenação de despesas), acabe “julgando” tudo, muitas vezes aprovando contas que o TC rejeitou. Mas, como já se disse, o pronunciamento da Câmara será o efetivo julgamento do Agente Político apenas quanto à gestão do orçamento, uma vez que o julgamento do agente público ordenador de despesas, mesmo quando o seja o próprio agente político, já terá sido feito pela Corte de Contas. Essa competência foi destacada aos Tribunais de Contas pela Constituição Federal, art. 71, II.⁴³

Este é o ponto principal a ser analisado. O Tribunal Superior Eleitoral, nos julgamentos em 2014, olvidou que, nada obstante contida no âmbito do parecer prévio, a

⁴² Exatamente por isso, a Procuradoria Regional Eleitoral na Bahia expediu o Ofício n. 151/2015/PRE/BA ao Presidente do TCM/BA, apresentando sugestões de aperfeiçoamento sobre a forma e conteúdo dos pareceres prévios do Tribunal, com o fim de permitir o atendimento das condições estabelecidas nos julgamentos do Tribunal Superior Eleitoral para configuração da inelegibilidade.

⁴³ CASTRO, 2014, p. 183-184.





deliberação do TCM/BA sobre eventual rejeição de contas de ordenador de despesas, com aplicação (ou não) de penalidades, não pode ser alterada pelo Parlamento Municipal. E, mais, não percebeu o TSE que a deliberação com imposição de penalidades pecuniárias constitui de imediato o título executivo extrajudicial, nos termos do art. 71, § 3º, da Constituição Federal.⁴⁴

Muita oportuna também a lição de José Jairo Gomes:

A decisão do Tribunal de Contas de que resulte imputação de débito ou multa terá eficácia de título executivo (CF, art. 71, § 3º). Pode, pois, ser executada diretamente perante o Poder Judiciário, sendo desnecessária a instauração de processo de conhecimento. Isso ocorre mesmo quando a competência para julgamento é do Poder Legislativo e este aprove as contas prestadas pelo gestor, pois a imputação de débito é feita ao *ordenador de despesas*. O mesmo se dá com a ação de improbidade administrativa, que não fica inviabilizada em razão de as contas anuais serem aprovadas pelo Legislativo.⁴⁵

O TCM/BA, em seus pareceres prévios, portanto, não apenas opina sobre as contas de governo, mas também delibera sobre a regularidade da ordenação das despesas a cargo dos Prefeitos. E, em caso de constatação de falhas, a Corte de Contas promove a aplicação das penalidades cabíveis, cominando ao gestor a multa ou ressarcimento ao erário, e determinando ao ente público a efetivação imediata da cobrança dos valores. Observe-se, como exemplo, o trecho final do parecer prévio exarado no Processo TCM n. 08996-13, em que o Tribunal rejeitou as contas anuais do exercício de 2012 do Município de Eunápolis/BA:

Por esses motivos, aplica-se ao Gestor, com arrimo no art. 71, *inciso I*, c/c o art. 76 da mesma Lei Complementar, multa máxima de R\$ 38.065,00 (trinta e oito mil e sessenta e cinco reais), além dos ressarcimentos ao Erário, com recursos pessoais, de R\$ 5.326,75 (cinco mil, trezentos e vinte e seis reais e setenta e cinco centavos), relativo a despesas com juros e multa por atraso no adimplemento de obrigações, R\$ 352.249,03 (trezentos e cinquenta e dois mil, duzentos e quarenta e nove reais e três centavos) referente a despesas com publicidade sem comprovação da efetiva publicação e seu conteúdo e R\$ 2.972,16 (dois mil, novecentos e setenta e dois reais e dezesseis centavos) relativo ao pagamento de subsídio a maior à Secretária de Educação, lavrando-se para tanto a competente Deliberação de Imputação de Débito, nos termos regimentais, quantias estas que deverão ser quitadas no prazo e condições estipulados nos seus arts. 72, 74 e 75.

Determinações ao atual Gestor:

1– Adotar medidas efetivas de cobrança das multas e ressarcimentos relacionados acima, aplicadas a agentes políticos do Município, sob pena de responsabilidade, promovendo a sua inscrição na dívida ativa, daqueles que ainda não o foram, inclusive com pro-

⁴⁴ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:
[...]

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

⁴⁵ GOMES, 2016, p. 253.



moção de ação executiva judicial, já que as decisões dos Tribunais de Contas, por força do estatuído no artigo 71, § 3º da Constituição da República, das quais resulte imputação de débito ou multa, têm eficácia de título executivo. (grifo do autor).⁴⁶

Ora, no caso transcrito (e nos demais), vê-se que houve nítido julgamento efetuado pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia relacionado à ordenação de despesas pelo Prefeito. Pouco importa se a deliberação foi adotada no bojo de um *parecer prévio*, uma vez que o conteúdo decisório surtirá os efeitos que lhe são próprios, independentemente da futura apreciação a ser adotada pela Câmara de Vereadores quanto à análise política das contas de governo.

Importante salientar que o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia já sacramentou a eficácia dos julgamentos do TCM/BA, exarados em pareceres prévios, que importem em penalidades pecuniárias, que não estão sujeitos à análise do Parlamento municipal.

Com efeito, apontou o TJBA que “a Corte de Contas, quando aprecia as contas do Prefeito na função de gestor e administrador de receitas públicas, atua de forma direta, sem subordinação ao posterior crivo de qualquer poder, podendo, inclusive, impor sanções”.⁴⁷ Em outro precedente, assentou que o

Tribunal de Contas dos Municípios tem competência para julgar as contas do gestor municipal, na qualidade de ordenador de despesas, não submisso a aprovação do Poder Legislativo (art. 71, II, da CF). Trata-se de julgamento técnico-contábil e não político, este restrito às contas de governo, como chefe do Poder Executivo.⁴⁸

Vale relembrar ainda o entendimento antigo do Superior Tribunal de Justiça pelo qual

[...] se o Prefeito Municipal assume a dupla função, política e administrativa, respectivamente, a tarefa de executar orçamento e o encargo de captar receitas e ordenar despesas, submete-se a duplo julgamento. Um político perante o Parlamento precedido de parecer prévio; o outro técnico a cargo da Corte de Contas.⁴⁹

Por fim, no mesmo sentido, a Súmula n. 90 do Tribunal de Contas da União:

O Parecer Prévio, em sentido favorável, emitido pelo Tribunal de Contas da União, e a aprovação, mediante Decreto-Legislativo, pelo Congresso Nacional, das contas anuais do Presidente da República (consubstanciadas nos Balanços Gerais da União e no Relatório da Inspeção-Geral de Finanças, do Ministério da Fazenda), não isentam os responsáveis por bens, valores e dinheiros públicos ou as autoridades incumbidas da remessa, de apresentarem, ao Tribunal de Contas da União, por intermédio do órgão competente do Sistema de Administração Fazendária, Contabilidade e Auditoria,

⁴⁶ BAHIA. Tribunal de Contas dos Municípios. *Parecer Prévio*, Processo TCM n. 08996-13. Publicado em 11.4.2014.

⁴⁷ BAHIA. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento*, Número do Processo: 0022107-38.2014.8.05.0000. Relator Gesivaldo Nascimento Brito, Segunda Câmara Cível. Publicado em: 26.8.2015.

⁴⁸ BAHIA. Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental*, Número 0311000-89.2012.8.05.0000/50000. Relatora Cynthia Maria Pina Resende, Tribunal Pleno. Publicado em: 14.3.2014.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS n. 11.060-GO. Relatora Ministra Laurita Vaz. Relator p/ Acórdão Ministro Paulo Medina, segunda turma, julgado em 25.6.2002. DJ, 16 set. 2002. p. 159.



as tomadas ou prestações de contas em falta, nem prejudicam a incidência de sanções cabíveis, por irregularidades verificadas ou inobservância de disposições legais e regulamentares concernentes à administração financeira e orçamentária da União.⁵⁰

Assim, não pode o TSE cerrar os olhos à realidade. O TCM/BA efetivamente julga as contas de gestão no âmbito do parecer prévio. Há uma *decisão* no sentido estrito do termo, com a cominação de penalidades ao Prefeito objeto da apuração e a determinação ao atual gestor para cobrança dos valores aplicados. Esta deliberação não é sobrestada pela ausência de manifestação da Câmara de Vereadores ou mesmo afastada em caso de aprovação das contas. Aliás, o próprio TCM pode opinar pela aprovação das contas de governo, mas ainda assim julgar determinadas contas de gestão irregulares e aplicar penalidades, situações que são inconfundíveis, porquanto absolutamente conciliáveis.

O que importa aferir é se objeto da análise do TCM/BA, ou seja, a *conta*, constitui aspecto relacionado à execução do orçamento ou se trata apenas de despesa ordinária da gestão administrativa. Essa é a distinção a ser feita. Na segunda hipótese, o Tribunal de Contas se pronuncia como a (única) autoridade competente para deliberação e, em caso de rejeição das contas, essa decisão pode ensejar a configuração da inelegibilidade da *alínea g*, sem depender do crivo posterior do Legislativo.

A preocupação dos julgadores do Tribunal Superior Eleitoral com o *nomen iuris* da deliberação do TCM/BA mostra-se, com todas as vênias, irrelevante. O nome não define a natureza jurídica da coisa. Intitular de *parecer prévio* ou de *decisão* (ou de qualquer outro nome) não desnatura o julgamento efetuado pela Corte de Contas baiana, que de imediato gera efeitos punitivos, independentemente da decisão da Câmara de Vereadores. Como dizer que tal decisão do TCM/BA não constitui uma *rejeição de contas*, já que ela produz os efeitos próprios de uma decisão dessa natureza?

Vale salientar a arguta observação do Ministro Luiz Fux quando do julgamento do Recurso Ordinário n. 975-87 no âmbito do TSE:

Quando entrou em vigor o Código de Processo Civil de 1973, o legislador chamava de sentença o que era despacho; chamava de despacho o que era sentença; chamava de laudo o que era sentença. Chegou-se a conclusão de que realmente, nesse campo processual, o *nomen iuris* é o que menos importa; o que importa é o conteúdo do ato. E, neste caso, realmente, não se caracteriza como um parecer, uma enunciação de definição do Tribunal de Contas que impõe multa e caracteriza o ato como ilícito, de sorte que devemos privilegiar a questão de fundo e abandonar essa questão meramente formal.⁵¹

Ainda sobre este processo, convém transcrever também os seguintes trechos do voto da Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura:

Por todo o aqui exposto, tem-se que o ato emanado pelo Tribunal de Contas dos Municípios da Bahia sob o n. 07813-12 (fls. 44-70), é ato atípico, misto, que, embora nominado como parecer

⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Súmula n. 90, de 25.11.1976*. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Sumulas.faces>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

⁵¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RO n. 97.587, Ac. de 19.12.2014. Relatora Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. Relator designado Min. Admar Gonzaga Neto. *DJE - Diário de Justiça Eletrônico*, tomo 33, 19 fev. 2015.



prévio, trata de contas de governo e contas de gestão e, quando apreciou a parcela referente às contas de gestão, aplicou multa e determinou ressarcimento ao erário, sendo, portanto, quanto a esta parte, definitivo.

Destarte, nesta parcela, entendendo que o TCM-BA o fez no efetivo exercício do que prevê o art. 71, II, da CF e, uma vez presentes no ato imputado de ilegal os demais requisitos do art. 1º, I, g, da LC n. 64/90, configura-se a inelegibilidade.

Por fim, apreciando os novéis argumentos trazidos aos autos após o julgamento do agravo regimental, ressalto que a eventual aprovação de tais contas por suposto Decreto Legislativo n. 8 de 3.11.2014, como noticiou o *Recorrido* (fls. 348-355), se ocorreu, tem o condão de aprovar as contas de governo – e somente elas – mas, obviamente não as de gestão, bem como não afasta as imputações feitas pelo TCM-BA (multa e ressarcimento).

E tal raciocínio para mim é muito claro, pois o Poder Legislativo só atua no âmbito de sua competência.⁵²

No referido julgamento, entretanto, por maioria, conforme ementa já transcrita, prevaleceu a tese de que o *parecer prévio* consistiu apenas num pronunciamento de caráter opinativo.⁵³ Para além da questão do nome, argumentou-se ainda que o *processo legal* seria distinto para os casos de rejeições de contas em processos fiscalizatórios e nos de julgamentos de contas anuais (*parecer prévio*), eis que apenas na primeira hipótese é que seria possível a interposição de recurso.

Equivocada a posição, *data venia*. Com efeito, bastava uma rápida pesquisa na legislação de regência do TCM/BA para verificar que o pedido de reconsideração, que é um recurso, é cabível para qualquer espécie de pronunciamento do órgão, conforme disposto no art. 88 da Lei Complementar baiana n. 6/1991.⁵⁴ Inclusive, no exemplo citado neste estudo, no julgamento do TCM/BA no Processo n. 08996-13, houve a apresentação de pedido de reconsideração pelo gestor,⁵⁵ que foi rejeitado pela Corte de Contas.

⁵² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RO n. 97.587, Ac. de 19.12.2014. Relatora Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. Relator designado Min. Admar Gonzaga Neto. *DJE - Diário de Justiça Eletrônico*, tomo 33, 19 fev. 2015.

⁵³ ELEIÇÕES 2014. REGISTRO DE CANDIDATURA. DEPUTADO ESTADUAL. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, INCISO I, ALÍNEA G, DA LEI COMPLEMENTAR N. 64/90.
[...]

3. Todavia, não apenas o nome “*parecer prévio*”, mas também as formalidades adotadas pelo Tribunal de Contas dos Municípios, no caso concreto, não deixam dúvidas de que as contas foram analisadas como sendo de governo, em que tal órgão apenas opina pela rejeição delas e tal pronunciamento foi submetido à apreciação do Poder Legislativo municipal, que, conforme documentos trazidos pelo candidato, o rejeitou algo que não ocorreria caso se tratasse de contas de gestão.

4. Ainda que se considere que o Tribunal de Contas tenha analisado contas de gestão, sob a forma e o rito de contas de governo, não cabe à Justiça Eleitoral transmutar a natureza atribuída ao julgamento procedido pelo próprio órgão julgador.

5. Caso se trate de contas de gestão, cabe à Corte de Contas assim decidir, em ato específico e sem ensejar dúvidas sobre a natureza daquelas, a possibilitar, inclusive, diante de eventual rejeição, que possa o gestor se insurgir por meio das vias que entender cabíveis, seja na esfera administrativa ou judicial, porquanto, do contrário, tal entendimento não só afronta a segurança jurídica, como também frustra a válida postulação política do candidato.

Recurso ordinário desprovido. (Recurso Ordinário n. 97.587, Acórdão de 19.12.2014, Relatora Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Relator designado Min. Admar Gonzaga Neto. *DJE - Diário de Justiça Eletrônico*, tomo 33, 19.2.2015. p. 43-44).

⁵⁴ Art. 88 - Será admitido pedido de reconsideração relativo a qualquer decisão do Tribunal de Contas dos Municípios, interposto no prazo de 15 (quinze) dias, a contar de sua publicação, quando formulado:

I - pelo representante do Ministério Público; Ver tópico

II - pelo gestor, nas decisões relativas aos seus respectivos órgãos, entidades ou municípios.

Parágrafo único - Poderá ser provido o pedido de reconsideração, quando se constatar engano ou omissão nos pronunciamentos do Tribunal de Contas dos Municípios, em decisão devidamente fundamentada.

⁵⁵ BAHIA. Tribunal de Contas dos Municípios. *Parecer Prévio, Processo TCM n. 08996-13*. Relator Cons. Paolo Marconi. Publicado em 11.4.2014. Disponível em: <<http://www.tcm.ba.gov.br/sistemas/textos/2013/delib/08996-13R.odt.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2016.





Não há, portanto, qualquer menoscabo aos princípios da ampla defesa e do contraditório, quando do julgamento pelo TCM/BA de contas de gestão no bojo do parecer prévio. As prerrogativas dos interessados são absolutamente respeitadas, durante toda a apuração no Tribunal de Contas, com a previsão de recurso contra o *parecer prévio*, valendo ainda lembrar a possibilidade, sempre existente, do interessado se socorrer do Poder Judiciário caso entenda irregular a decisão adotada pela Corte de Contas.

Enfim, considerar que o Legislativo teria total supremacia sobre as decisões das Cortes de Contas significa uma afronta direta à Constituição Federal brasileira, além de tornar letra morta a parte final da *alínea g*, que determina a aplicação do “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”.⁵⁶

Importante e fundamental que o TSE tenha sensibilidade para rever o seu posicionamento com o fim de afirmar que os julgamentos exarados pelo TCM/BA na apreciação de contas de gestão de Prefeitos, mesmo que ocorridos no bojo de pareceres prévios, configuram a rejeição de contas apta a fazer incidir a inelegibilidade da *alínea g*.

4 CONCLUSÃO

As hipóteses de inelegibilidades previstas na Constituição Federal e na Lei Complementar n. 64/1990 constituem verdadeiros impedimentos ao exercício da capacidade política passiva dos cidadãos, afetando o direito de serem votados.

Em determinadas situações, a inelegibilidade é caracterizada em razão de circunstâncias que não derivam de atos reprováveis praticados pelo agente. Há espécies que decorrem do vínculo familiar com um Chefe do Poder Executivo, em razão do analfabetismo e até mesmo da ocupação de determinados cargos públicos.

Por outro lado, há um rol de hipóteses de inelegibilidades previstas no art. 1º da Lei Complementar n. 64/90, alterada substancialmente pela Lei Complementar n. 135/2010 – Lei da Ficha Limpa –, que objetivam principalmente impedir o exercício de mandato eletivo por quem tenha histórico pessoal incompatível com a moralidade pública. Uma das causas de inelegibilidades, a da *alínea g*, busca justamente barrar pessoas que já foram gestores da coisa pública e tiveram suas contas de gestão reprovadas.

Na lição de José Jairo, são requisitos para configuração da inelegibilidade da *alínea g*:

- (a) a existência de prestação de contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas; (b) o julgamento e a rejeição de contas; (c) a detecção de irregularidade insanável; (d) que essa irregularidade caracterize ato doloso de improbidade administrativa; (e) decisão irreversível do órgão competente para julgar as contas.⁵⁷

A par dos requisitos gerais, a principal mudança na *alínea g* diz respeito à explicitação da competência dos Tribunais de Contas como órgão julgador das contas

⁵⁶ BRASIL. *Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990*. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp64.htm>. Acesso em: 3 jun. 2016.

⁵⁷ GOMES, 2016, p. 249.





de todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição, alcançando os Prefeitos Municipais. A Lei apenas esclareceu que, na forma da Constituição Federal, o Tribunal de Contas é o órgão competente para julgar as contas de gestão (ordenação de despesas) do Prefeito e que a Câmara de Vereadores (com o auxílio técnico da Corte de Contas) é responsável para julgar as contas de governo (orçamento) do mandatário.

Muito embora a clareza da redação da *alínea g*, apenas nas eleições de 2014, a Corte Superior Eleitoral aplicou o entendimento que prestigia a competência dos Tribunais de Contas para julgar (e não opinar) as contas de gestão dos Prefeitos, posição que deve ser mantida pelo TSE nas eleições de 2016, consoante decidido na Consulta n. 111-19.2016. Pende ainda, porém, o julgamento pelo STF de recurso extraordinário relacionado às eleições de 2014,⁵⁸ valendo lembrar que a Corte já declarou a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa no âmbito da ADI n. 4.578 e das ADCs n. 29 e 30.

O entendimento não foi aplicado à inteireza aos casos dos prefeitos baianos que tiveram contas anuais rejeitadas em *pareceres prévios* do Tribunal de Contas dos Municípios da Bahia nas eleições de 2014. Entendeu o TSE que, considerando que o TCM/BA não faz a análise das contas de gestão em peça apartada da análise das contas de governo, prevaleceria a decisão proferida pelas Câmaras de Vereadores.

Ocorre que a interpretação dada pelo TSE necessita ser revista, haja vista que a sistemática adotada pelo Tribunal de Contas dos Municípios da Bahia, com base na sua Lei Orgânica e Regimento Interno não pode desautorizar, em hipótese alguma, o mandamento do inciso II do artigo 71 da CF/88, assim como a parte final da *alínea g*, do inciso I, artigo 1º da Lei Complementar n. 64/90.

Ainda que a forma de julgamento do TCM/BA possa ser aperfeiçoada, é preciso assentar a supremacia da Constituição Federal e concluir que a Corte de Contas baiana efetivamente julga, no corpo de seu parecer prévio, contas de gestão dos Prefeitos Municipais, aplicando-lhes penalidades pecuniárias que não estão sujeitas à revisão pela Câmara de Vereadores. O procedimento adotado pelo TCM/BA respeita integralmente os postulados da ampla defesa e do contraditório, sendo ainda cabível a interposição de recurso pelo interessado contra o parecer prévio.

Em conclusão, a decisão que rejeita as contas dos Prefeitos, adotada pelo TCM/BA, mesmo que incluída no corpo de parecer prévio, é suficiente para ensejar a configuração da inelegibilidade da *alínea g*, sem depender do crivo posterior do Poder Legislativo.

***NOTA EXPLICATIVA DOS AUTORES**

A competência dos Tribunais de Contas para julgar as contas dos Prefeitos que agem na condição de ordenadores de despesas foi o tema central deste artigo. Conforme apontamos, a nova redação da *alínea g*, que remete ao art. 71, II, da Constituição Federal, assentou a competência das Cortes de Contas para julgar os Prefeitos ordenadores de despesas. Tal entendimento inclusive fora cancelado pelo TSE nas eleições de 2014 e reiterado, de forma unânime, na Consulta n. 111-19.2016, respondida na sessão de 2 de junho de 2016.

⁵⁸ RE n. 848.826-DF, pautado para julgamento no dia 3.8.2016 (ver nota explicativa dos autores).



Sucedee que, no dia 10 de agosto de 2016, quando já finalizado e entregue o artigo para publicação, o STF concluiu o julgamento dos Recursos Extraordinários n. 848.826/DF⁵⁹ e 729.744/DF,⁶⁰ ambos com repercussão geral, definindo a competência das Câmaras de Vereadores para julgamento das contas de Prefeitos (de gestão ou de governo), bem assim que, na hipótese de omissão da Câmara no julgamento, a decisão ou o parecer prévio do Tribunal de Contas não tem aptidão para gerar a inelegibilidade da *álínea g*.

Na sessão do dia 17 de agosto de 2016, o STF aprovou as teses de repercussão geral dos citados julgamentos, da seguinte forma:

Para os fins do art. 1º, inciso I, alínea “g”, da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, alterado pela Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, a apreciação das contas de prefeitos, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores.⁶¹

O parecer técnico elaborado pelo Tribunal de Contas tem natureza meramente opinativa, competindo exclusivamente à Câmara de Vereadores o julgamento das contas anuais do Chefe do Poder Executivo local, sendo incabível o julgamento ficto das contas por decurso de prazo.⁶²

Vale apontar que a Corte Suprema não deliberou, nos precedentes referidos, sobre a competência do Tribunal de Contas da União para fiscalizar e julgar a regularidade de recursos federais repassados aos Municípios ou aos Estados, através da modalidade de convênio. Em tais situações, conforme posição pacífica do Tribunal Superior Eleitoral, a rejeição de contas de Prefeitos relativa à execução de convênios pode ensejar a inelegibilidade da *álínea g*. O mesmo entendimento se aplica, por simetria, à competência do Tribunal de Contas do Estado em relação ao julgamento de contas de convênios de verba estadual, nos termos do art. 75 da Constituição Federal.

Por fim, também não se pode deixar passar despercebido que a decisão do STF no RE n. 848.826/DF foi adotada pela maioria de um voto, o que mostra a qualidade das teses jurídicas expostas e amplamente discutidas, sem contar que, eventualmente, o tema pode ser novamente debatido pela Suprema Corte. Por tal razão, entendemos que o ponto de vista tratado neste artigo merece a análise acadêmica e, ainda que a tese exposta não tenha sido acolhida no STF, é de grande valia o debate acerca da matéria, ressaltando, pois, a importância da publicação do artigo apresentado, com o acréscimo da presente nota.

⁵⁹ Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 835 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, ao entendimento de que, para os fins do art. 1º, inciso I, alínea “g”, da Lei Complementar 64/90, a apreciação das contas dos prefeitos, tanto as de governo quanto as de gestão, será feita pelas Câmaras municipais com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores, vencidos os Ministros Roberto Barroso (Relator), Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli. Redigirá o acórdão o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente). Plenário, 10.8.2016.

⁶⁰ Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 157 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli. Em seguida, o Tribunal deliberou fixar a tese da repercussão geral em uma próxima assentada. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 10.8.2016.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário, RE n. 848826*. Relator Min. Roberto Barroso. Redator para acórdão Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4662945>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário, RE n. 729744*. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4352126>>. Acesso em: 24 ago. 2016.



REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA. *Pontos controvertidos sobre a lei da ficha limpa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

BAHIA. Tribunal de Contas dos Municípios. *Parecer Prévio, Processo TCM n. 08996-13, Relator Cons. Paolo Marconi*. Publicado em 11.4.2014. Disponível em: <<http://www.tcm.ba.gov.br/sistemas/textos/2013/delib/08996-13R.odt.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2016.

BAHIA. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento, Número do Processo: 0022107-38.2014.8.05.0000*. Relator Gesivaldo Nascimento Britto, Segunda Câmara Cível. Publicado em: 26.8.2015.

_____. *Agravo Regimental, Número 0311000-89.2012.8.05.0000/50000*. Relatora Cynthia Maria Pina Resende, Tribunal Pleno. Publicado em: 14.3.2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 3 jun. 2016.

BRASIL. *Lei Complementar n. 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: 3 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS n. 11.060-GO. Rel. Ministra Laurita Vaz, Rel. p/ Acórdão Ministro Paulo Medina, segunda turma, julgado em 25.6.2002. *DJ*, 16 set. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 849. Relator Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 11 fev. 1999, *DJ*, 23 abr. 1999. PP-00001, Ement vol-01947-01 PP-00043.

_____. *Recurso Extraordinário, RE n. 848826*. Relator Min. Roberto Barroso. Redator para acórdão Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4662945>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. *Recurso Extraordinário, RE n. 729744*. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4352126>>. Acesso em: 24 ago. de 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Súmula n. 90, de 25.11.1976*. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Sumulas.faces>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-AgR-Respe n. 33.806-MG. DJE, 18 jun. 2009.

_____. Consulta n. 540-93, Resolução n. 23.258, de 6.12.2010. Relator Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, 7 jun. 2010.





BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *REspE* n. 29.117-SC, publicado em 22.9.2008. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

_____. *REspE* n. 1.019, Ac. de 1.3.2016. Relator Min. João Otávio de Noronha. Relator designado Min. Gilmar Ferreira Mendes. *DJE - Diário de justiça eletrônico*, 23 maio 2016.

_____. *Recurso Ordinário*, RO n. 40.137, Ac. de 26.8.14. Relator Min. Henrique Neves da Silva, PSESS - Publicado em Sessão, 27 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

_____. *Recurso Ordinário*, RO n. 88.467. *DJE*, 14 abr. 2016. p. 20-2.

_____. *Recurso Ordinário*, RO n. 97.587, Ac. de 19.12.2014. Relatora Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. Relator designado Min. Admar Gonzaga Neto. *DJE - Diário de Justiça Eletrônico*, tomo 33, 19 fev. 2015.

_____. *Recurso Ordinário*, RO n. 118.797, Ac. de 2.10.2014. Relator Min. Gilmar Ferreira Mendes. Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, 2 out. 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

_____. *Recurso Ordinário*, RO n. 436.006, Ac. de 8.11.12. Relator Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. *DJE - Diário de Justiça Eleitoral*, tomo 33, 19 fev. 2013.

CASTRO, Edson de Resende. *Curso de Direito Eleitoral*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

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

TENÓRIO, Rodrigo. *Direito Eleitoral*. São Paulo: Método, 2014.



NATUREZA JURÍDICA DA INELEGIBILIDADE: INELEGIBILIDADE NAS ELEIÇÕES DE 2010 NO TRE-BA

Cicelina Rodrigues Padre*

RESUMO

O instituto da inelegibilidade impede o exercício da cidadania passiva, que é um direito fundamental do cidadão. Para a doutrina esta é pena ou sanção, pois suspende o direito fundamental de ser votado. Já o ordenamento jurídico estabelece ser a mesma o reflexo da aplicação da norma da lei, a qual busca proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato, preservar a normalidade e a lisura das eleições e, obedecendo aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, colocar o interesse coletivo acima dos interesses individuais. Este, portanto, é um instituto decisivo para proteger a democracia nacional.

Palavras-chave: Inelegibilidade. Natureza jurídica. Direito fundamental. Instituto. Doutrina. Ordenamento jurídico.

ABSTRACT

The institute of ineligibility prevents the passive exercise of citizenship, which is a fundamental right of citizenship. For this doctrine it is a penalty or sanction, for suspending the fundamental right to be elected. Since the law defines the legal nature of ineligibility as a reflection of the application of the law, which seeks to protect the administrative probity and morality in office, to preserve normality and smoothness of the election and, according to the principles of proportionality and reasonableness, put the collective interest above individual interests. Therefore, it is a key institute to protect the national democracy.

Keywords: Ineligibility. Legal nature. Fundamental right. Institute. Doctrine. The legal system.

1 INTRODUÇÃO

O instituto da inelegibilidade impede o *jus honorum*, ou seja, o direito de ser votado, que é um direito fundamental do cidadão. E, desde o seu nascedouro, sofre transformações, objetivando lisura e moralidade no processo eleitoral. Estas transformações, através das mudanças constitucionais e legais, ensejaram polêmicas interessantes de serem analisadas.

* Bacharela em Direito (UNIRB), Especialista em Direito Eleitoral (UNIBAHIA), Assistente I dos Gabinetes dos Juízes Membros do TRE-BA.





A polêmica se deu pelo fato do ordenamento jurídico pátrio e doutrina adotarem posição antagônica quanto à Natureza Jurídica da Inelegibilidade. Para a doutrina, esta é pena ou sanção, pois impede um direito fundamental, a cidadania passiva, que é o direito do cidadão concorrer a cargo eletivo no processo eleitoral. Para o ordenamento jurídico a mesma tem natureza declaratória, sendo o reflexo da aplicação da norma da lei, que protege a normalidade e a lisura das eleições bem como a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.

A Natureza Jurídica da Inelegibilidade deu causa, nas sessões dos Tribunais Regionais Eleitorais, a exemplo do TRE-BA, a discussões e polêmicas, as quais, com o aprimoramento do Direito Eleitoral, através da atual Carta Constitucional e do surgimento de novas leis como a LC n. 64/90, e, posteriormente, da LC n. 135/2010, se tornaram mais acirradas e complexas, na busca de um consenso, que parecia impossível.

O objetivo deste artigo é, além de definir a Natureza Jurídica da Inelegibilidade, mostrar as discussões pretéritas ocorridas principalmente nas eleições de 2010, quando, com o advento da Lei da Ficha Limpa, este assunto encontrava-se borbulhante no meio jurídico eleitoral, ensejando dúvidas, questionamentos e controvérsias. Isto porque, dependendo da definição consensuada, delinear-se-ia, no desenrolar do processo eleitoral, um rumo bem diverso do almejado.

Assim, tem-se, em linhas gerais, que o argumento mais usado por aqueles, os quais defendiam ser a natureza jurídica da inelegibilidade pena ou sanção, é de que, esta, impedindo o cidadão de ser votado, além de obstar um direito fundamental constitucionalmente garantido, fere o seu patrimônio político, deixando-o fora do certame, prejudicando desta forma a sua carreira pública e frustrando suas nobres aspirações de pessoas dedicadas aos interesses da nação.

Por outra vertente, os defensores da natureza jurídica da inelegibilidade como declaratória, logo, reflexo da aplicação da norma da lei, é que o rol das inelegibilidades ou os motivos que lhe dão causa encontram-se previstos na Constituição e em Leis Complementares, como parâmetros ou requisitos que impedem a candidatura dos cidadãos, que incidirem em tais dispositivos legais. Desta forma, já se tem um conhecimento prévio das situações impeditivas à participação no processo eleitoral.

Assim, a declaração de inelegibilidade veta a participação nas eleições de candidatos que, mesmos preenchendo os requisitos de elegibilidade, incidam em situações de inelegibilidade, não se encontrando, portanto, aptos a concorrer a cargo público e/ou a dirigir o destino da nação. Desta forma, esta declaração vem proteger um direito fundamental coletivo, constitucionalmente previsto, que é a normalidade e lisura das eleições, bem como a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.

2 PREVISÃO LEGAL

As inelegibilidades estão previstas no art. 14, §§ 4º a 9º, da CF/88 e, residualmente, na LC n. 64/90, hodiernamente modificada pela LC n. 135/2010. Sendo o texto da Carta Magna a sede das inelegibilidades constitucionais e contendo nas suas entranhas o dispositivo que fundamenta a criação das Leis Complementares já citadas, é oportuno o seu registro, como segue abaixo:



Art. 14, CF/88 [...]

§ 4º São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.

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

§ 6º Para concorrerem a outros cargos, o presidente da República, os governadores de Estado e do Distrito Federal e os prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito. (*desincompatibilização*). (Grifo nosso).

§ 7º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do presidente da República, de governador de estado ou território, do Distrito Federal, de prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição. (*Inelegibilidade reflexa*). (Grifo nosso).

§ 8º O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições:

I - se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade;

II - se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a *probidade administrativa, a moralidade para exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato*, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão n. 4, de 1994) (*inelegibilidades infra constitucionais - LC n. 135/2010*). (Grifo nosso).¹

3 INELEGIBILIDADES CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS

Gomes alerta que a diferença feita entre inelegibilidades constitucionais e legais não se prende apenas à sua origem no ordenamento jurídico, vai muito além, pois determina, na prática, relevância para o processo eleitoral, vez que implica em consequências diversas na vida do candidato.²

¹ CF, art. 14, § 4º e seguintes. (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa. In: VADE MECUM acadêmico de direito. Organização Anne Joyce Angher. 11. ed. São Paulo: Rideel, 2010).

² GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 149.



Quando se trata de inelegibilidades constitucionais, para estas não há preclusão, podendo as mesmas serem arguidas na fase do registro de candidatura ou depois do registro, como também antes ou depois das eleições (desde que observado o prazo específico para cada ação na qual pode ser suscitada). Arguidas, após o pleito eleitoral, o instrumento adequado é o Recurso Contra Expedição de Diploma - RCED, cujo prazo é 3 dias após a diplomação.³

Outrossim, as inelegibilidades infraconstitucionais ou legais estão sujeitas à preclusão. Significa dizer que, se estas não forem reclamadas na fase do registro de candidatura, não poderão mais ser discutidas. Fazem exceção as supervenientes, esclarece Gomes.⁴

Para fundamentar o exposto no parágrafo acima cita-se o art. 11, § 10, da Lei n. 9.504/1997, como segue:

As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, *ressalvadas a alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade.* (Grifo do autor).⁵

O art. 11, § 10, da Lei n. 9.504/1997, com a redação dada pela Lei n. 12.034/2010, ressalta que o contrário também é possível, ou seja, sobrevivendo uma causa que afaste a inelegibilidade, esta deve ser levada em consideração.

Afirma Lula que, para uma pessoa concorrer a qualquer cargo eletivo, além de preencher as condições de elegibilidade, nos termos do § 3º, da art. 14, da CF/88, deve ainda não incidir em causa alguma de inelegibilidade constitucional ou infraconstitucional.⁶ Este divide as inelegibilidades em 5 (cinco) grupos, a saber: a) analfabetismo; b) inalistáveis; c) casamento ou parentesco com o chefe do Poder Executivo; d) exercício de determinados cargos ou funções; e) conduta incompatível com o princípio da moralidade, conforme o § 9º, art. 14, CF/88.

Quando Lula, com propriedade, reúne em cinco grupos as inelegibilidades e as denomina, deixa claro que os primeiros quatro grupos estão previstos no texto da Constituição Federal de 1988, logo são constitucionais, como veremos a seguir. Já o último grupo, com lastro na norma do § 9º, do art. 14, da CF/88, vai compor as inelegibilidades infraconstitucionais ou legais, listadas no texto da Lei das Inelegibilidades – LC n. 64/90 – e da Lei da Ficha Limpa – LC n. 135/2010.⁷

Costa entende que as inelegibilidades que dizem respeito ao analfabetismo, aos inalistáveis, ao casamento ou parentesco com o chefe do Poder Executivo, e ao exercício de determinados cargos ou funções, visto não apresentarem natureza sancionatória, apenas previnem o equilíbrio da disputa eleitoral, sendo, como tal, sempre efeito jurídico, consequência atribuída a algum fato ou complemento de fato descrito na *factispecie* da norma eleitoral.⁸

³ CE, art. 262, inciso I. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Código Eleitoral anotado e legislação complementar*. 9. ed. Brasília: Secretaria de Gestão da Informação, 2010.).

⁴ GOMES, 2010, p.149.

⁵ Art. 11, § 10. (BRASIL. Lei n. 9.504, de 1997. In: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Código eleitoral anotado e legislação complementar*. 9. ed. Brasília: Secretaria de Gestão da Informação, 2010.).

⁶ LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. *Direito Eleitoral*. Leme, SP: Imperium, 2010. p. 292-293.

⁷ *Ibidem*, p. 292-293.

⁸ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 149-150.



Costa, quanto à inelegibilidade decorrente de conduta incompatível com o princípio da moralidade, conforme o § 9º, art. 14, CF/88, entende tratar-se de “inelegibilidade cominada, de natureza sancionatória do ato jurídico ilícito”.⁹

Para Costa, independente da origem da inelegibilidade, se nata, decorrente de fato descrito na norma eleitoral, portanto ato jurídico lícito, ou cominada, de natureza sancionatória, decorrente de ato ilícito, a mesma deve “ser vista como um impedimento a que o nacional possa concorrer validamente a um mandato eletivo”.¹⁰

Percebe-se, por óbvio, que os quatro primeiros grupos, tidos como inelegibilidades natas, decorrentes de ato jurídico lícito, são classificados como inelegibilidades constitucionais. Enquanto as inelegibilidades cominadas, de natureza sancionatória de ato jurídico ilícito, decorrentes de leis que regulam o § 9º, art. 14, da CF/88, são consideradas como inelegibilidades infraconstitucionais ou legais.

4 LEI DA FICHA LIMPA – LC 135/2010

A Lei Complementar n. 135/2010 veio trazer ao Direito Eleitoral alterações estruturais na medida em que modificou a Lei Complementar n. 64/90 nos seus pontos mais sensíveis. A Lei Complementar n. 64/90 tem seu fundamento no § 9º do art. 14 da CF/88, satisfazendo plenamente a redação dada pelo legislador originário.

A seguir, para embasar a análise comparativa da LC n. 64/1990 antes e após a LC n. 135/2010 transcreve-se, por oportuno, o preâmbulo da LC n. 135/2010:

Altera a Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.¹¹

173

A Lei Complementar n. 135/2010 traz no seu bojo importantes mudanças de paradigmas para o Direito Eleitoral, na medida em que institui relevantes conquistas para sanear velhos e sedimentados costumes da política nacional. São medidas que expurgam ranços do coronelismo, como, por exemplo, levar em consideração para tornar o candidato inelegível, sua vida pregressa, a sua probidade administrativa, quando exercia algum mandato, bem como se os seus atos satisfazem ou não o requisito da moralidade, pontua Reis.¹²

Para Reis, são três as mais importantes inovações que a lei em questão trouxe para o Direito Eleitoral, como segue:

- 1) distanciou, definitivamente, a inelegibilidade da natureza de pena, desta forma pode a mesma ser reconhecida sem o pré-requisito de sentença condenatória transitada em julgado;
- 2) O abuso de poder tornou-se independente da presença da potencialidade, a qual influenciaria o resultado das eleições, sendo que, com o seu advento,

⁹ COSTA, 2009, p. 139-140.

¹⁰ *Ibidem*, p. 150.

¹¹ Preâmbulo da LC n. 135/2010. (BRASIL. Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010. *DOU*, Brasília, 7 jun. 2010).

¹² REIS, Marlon Jacinto. *Ficha limpa: Lei Complementar n. 135/2010*. Bauru, SP: EDIPRO, 2010. p. 55.



- para reconhecer o abuso de poder que leva à inelegibilidade, basta o pré-requisito da gravidade das circunstâncias;
- 3) a presença do dolo tornou-se critério para a aferição da inelegibilidade, apesar das especificidades eleitorais.¹³

Outras inovações, tanto procedimentais como materiais, a Lei da Ficha Limpa trouxe para o instituto das inelegibilidades. Acrescentou hipóteses de inelegibilidade, como: demissão de servidor, exclusão de profissionais por sua corporação e corrupção eleitoral que engloba suas espécies, quais sejam, captação ilícita de sufrágio, conduta vedada, a irregular arrecadação de gastos de campanha, além de tornar mais efetiva a investigação eleitoral, ampliou para 8 (oito) anos o prazo de todas as declarações de inelegibilidade.¹⁴

Antes, os prazos das inelegibilidades absolutas previstas no artigo 1º, inciso I, da LC n. 64/90¹⁵ eram: alíneas “c”, “d”, “e” (três anos), “f” (quatro anos) e “g” (cinco anos). Após o advento das mudanças promovidas pela LC n. 135/2010, percebe-se que os prazos, cujo período de inelegibilidade era de 3 (três) anos, traduzia-se, verdadeiramente, como uma *mise-en-scene*, visto que as eleições para cada cargo eletivo têm um intervalo de tempo de 4 (quatro) anos. Desta forma, caso determinado candidato, num pleito, viesse a ser inelegível por 3 (três) anos, no pleito seguinte, cumprida a determinação temporal, dada pela Justiça Eleitoral, de inelegibilidade, já estava apto para candidatar-se novamente, ao mesmo cargo ou a outro qualquer por este escolhido.

Entre as modificações inseridas no contexto da LC n. 64/90 pelo advento da LC n. 135/2010, a mudança para 8 (oito) anos de todos os prazos das alíneas supracitadas, veio realizar definitivamente a moralização da Justiça Eleitoral no que tange ao instituto da inelegibilidade, isto porque o candidato se tornará de direito e de fato afastado do processo eleitoral por duas eleições. Este fato busca tornar os políticos mais ponderados e receosos de cometerem práticas abusivas, tendo em vista que ficarão inelegíveis por um tempo significativo – duas eleições.

Outrossim, a Lei da Ficha Limpa¹⁶ acrescentou ao artigo 1º, inciso I, da LC n. 64/90 as alíneas: “j”, “k”, “l”, “m”, “n”, “o”, “p” e “q”, as quais farão com que todos os candidatos que se enquadrarem em suas normas fiquem inelegíveis por 8 (oito) anos.

Quando a LC n. 135/2010 institui que a declaração de inelegibilidade, a qual suspende temporariamente a cidadania passiva ou o *jus honorum*, independe do trânsito em julgado de sentença condenatória, torna suficiente a condenação do candidato por órgão colegiado do Judiciário. Esta regra se aplica às decisões da Justiça Eleitoral quando reconhece o abuso de poder, a corrupção eleitoral, as condenações por improbidade administrativa, e, neste último caso, faz-se necessário que estejam presentes pressupostos como dolo, lesão ao patrimônio público e o enriquecimento ilícito. Aplica-se, também, às condenações penais contra a vida, o tráfico de entorpecentes, os crimes hediondos e eleitorais entre outros, esclarece Reis.¹⁷

A lei em análise, entretanto, exclui da sua incidência os crimes culposos, os de ação penal privada e os de menor potencial ofensivo. Explicita Reis que, quando a norma da LC n. 135/2010 condicionou a declaração de inelegibilidade à decisão

¹³ REIS, 2010, p. 55.

¹⁴ *Ibidem*, p. 56

¹⁵ Art. 1º, inciso I, alíneas : c, d, e, f e g. (BRASIL. Lei Complementar n. 64, de 1990. In: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Código Eleitoral anotado e legislação complementar*. 9. ed. Brasília: Secretaria de Gestão da Informação, 2010.).

¹⁶ BRASIL. Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010. *DOU*, Brasília, 7 jun. 2010. art. 2º.

¹⁷ REIS, 2010, p. 56.



adotada por um colegiado de magistrados, buscou evitar o eventual abuso de poder, advindo de uma decisão monocrática.¹⁸

Segundo Reis, a lei também teve o cuidado de enfatizar que, para o cidadão exercer função pública, existe conduta adequada, ainda que desde a sua origem a Lei das Inelegibilidades (LC n. 64/90) já vinha contemplando várias situações de impedimento da candidatura, sem, entretanto, exigir a condenação judicial definitiva, como, por exemplo, o caso das contas rejeitadas por órgão que auxilia o Legislativo, como o Tribunal de Contas.¹⁹

Quando a LC n. 135/2010 trata do dolo no processo eleitoral, o qual prima pela celeridade e informalidade, onde a instrução probatória é mínima, seria inviável a configuração do dolo penal. Cuida aqui a lei da inversão do ônus da prova, quando diz a “Justiça Eleitoral não terá que demonstrar a existência do dolo”,²⁰ mas é o gestor que deverá comprovar a sua total inexistência. Em relação ao dolo, é esta a interpretação aceitável no bojo do sistema do Direito Eleitoral. Para Reis, outra interpretação tornaria inaplicável o dispositivo, relativo ao dolo, que declara a inelegibilidade.

Conforme Reis, a LC n. 135/2010 não alterou o processo eleitoral, de onde se conclui não haver causa para, sobre ela, incidir a norma do art. 16 da Lei Magna, ou seja, o princípio da anterioridade. Assim tal lei, que entrou em vigor na data da sua publicação, possuía o dispositivo de eficácia imediata, ou seja, deveria ser aplicada já nas eleições de 2010. Para justificar este entendimento, lembra que o mesmo aconteceu com a LC n. 64/90 que, em virtude do TSE concluir que tal norma não alteraria o processo eleitoral, portanto não resultaria na exigência da anterioridade prevista no art. 16 da CF/88, aplicou-a às eleições de 1990.²¹

A seguir transcreve-se o art. 16, CF/88: “A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data da sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.”²²

Cita Reis a posição do TSE em 1990:

O TSE ao julgar o Recurso n. 9.052 abriu, no seu Acórdão, um precedente para a aplicação da Lei da Ficha Limpa às eleições de 2010, quando definiu pela aplicação imediata da LC 64/1990, *in verbis* “[...] em toda sua extensão, aos casos em que a causa de inelegibilidade tenha ocorrido em gestão administrativa anterior. Ao contrário do que afirmado no voto condutor, a norma ínsita na LC 64/90, não tem caráter de norma penal, e sim, se reveste de norma de caráter de proteção à coletividade. [...]”. Assim, votaram com o Relator todos os componentes integrantes da Corte, dentre eles os Ministros Célio Braga, Roberto Rosas e Vilas Boas. Sala de Sessões do TSE, em 30 de agosto de 1990. (grifo do autor). Ministro Relator: Pedro Acioli.²³

Entendimento idêntico, lembra Reis, foi firmado na sessão de 17 de junho de 2010 pelo TSE, que respondendo a uma consulta concluiu “que a inelegibilidade não é pena, e sim requisito para eleições, por isso a Lei Complementar n. 135/2010 se

¹⁸ REIS, 2010, p. 57.

¹⁹ REIS, *loc. cit.*

²⁰ *Ibidem*, p. 59.

²¹ *Ibidem*, p. 61-62.

²² BRASIL, 1988, art. 16.

²³ BRASIL, 1990 *apud* REIS, 2010, p. 61-62





aplicava aos processos em tramitação, iniciados e mesmo encerrados antes da sua entrada em vigor”.²⁴

Observa Reis:

O TSE, através do Ministro-Relator da LC 135/2010, asseverou: o processo eleitoral não abarca todo o Direito Eleitoral, mas apenas um conjunto de atos necessários ao funcionamento das eleições por meio do sufrágio eleitoral. Deste modo, a nova lei não altera o processo eleitoral, não atraindo o princípio da anualidade eleitoral previsto no art. 16 da Carta Constitucional.²⁵

É importante registrar que, enquanto o TSE e, com base neste, vários TRE's dos Estados da Federação concordavam em aplicar a LC n. 135/2010 às eleições de 2010, concomitantemente, o Supremo Tribunal Federal – STF julgava o Recurso Extraordinário (RE) n. 633.703, movido pelo candidato a deputado estadual de Minas Gerais, Leonídio Henrique Correa Bouças, no qual se discutia a constitucionalidade da aplicação da LC n. 135/2010, denominada Lei da Ficha Limpa, às eleições de 2010. Por maioria apertada, o STF decidiu pela inaplicabilidade da LC n. 135/2010 às eleições de 2010, com base no princípio constitucional previsto no artigo 16 do Texto Constitucional Pátrio.²⁶

Observa-se que as opiniões jurídicas dos órgãos máximos do ordenamento jurídico nacional estavam divididas quanto à aplicação imediata ou não da LC n. 135/2010, desestabilizando desta forma os demais órgãos e personagens componentes do processo eleitoral das eleições majoritárias de 2010.

Depois de sancionada a LC n. 135/2010, houve um período em que o Supremo Tribunal Federal manteve-se indefinido, isto porque em um único julgamento a Corte empatou com cinco votos contra e cinco votos a favor da aplicação da lei em questão nas eleições de 2010. Desta forma, o STF acatou o entendimento do TSE quanto a aplicabilidade às eleições de 2010 das novas normas da LC n. 135/2010. Posicionamento este reforçado pelo parecer favorável do Procurador-Geral de República, Roberto Gurgel.²⁷

Entretanto, com a aposentadoria do Ministro Eros Grau em 2 de agosto de 2010 e posterior nomeação de Dr. Luiz Fux, que se tornou o mais novo Ministro do STF à época, mudanças aconteceram e, na sessão do dia 23 de março de 2011, o STF decidiu contra a aplicação da LC n. 135/2010 para as eleições de 2010, contando inclusive com o voto da Ministro Luiz Fux, que usou como argumento o “Princípio da Proteção da Confiança” e o artigo 16 da CF/88.²⁸

Com a decisão definitiva do STF, não contemplando para as eleições de 2010 a aplicação da LC n. 135/2010, os Tribunais Regionais Eleitorais de Alagoas, do Ceará, do Espírito Santo, do Mato Grosso, de Minas Gerais, do Pará, da Paraíba, do Paraná, de Pernambuco, do Rio Grande do Sul, do Rio Grande do Norte, de Santa Catarina e do Distrito Federal,²⁹ por exemplo, que, com base nas argumentações do TSE aplicaram nas eleições de 2010 a Lei da Ficha Limpa, viram seus julgados desfeitos,

²⁴ BRASIL, 1990 *apud* REIS, 2010, p. 63.

²⁵ REIS, *loc. cit.*

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Especial n. 633.703 – MG*, julgado em 23.3.2011. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4003780>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

²⁷ LUIZ Fux vota contra aplicação da ficha limpa. DOL – Diário online, 23.3.2011. Disponível em: <<http://mobi.diarioonline.com.br/noticias-interna.php?nIdNoticia=140729>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral (BA). *Notas taquigráficas parciais*: 66ª sessão ordinária de 5.8.2010. Questionador: Juiz Salomão Viana.



pois os candidatos prejudicados com o uso prematuro desta lei, certamente entraram com Recurso no STF e tiveram revertida a sua situação no panorama político do país.

O importante é que esta lei, que passou a vigorar a partir das eleições de 2012, a qual se convencionou denominar-se “Lei da Ficha Limpa”, foi oriunda da iniciativa popular, tornando a sua concretização uma vitória da sociedade brasileira, especialmente pela capacidade que teve de organizar e mobilizar a população, despertando nesta a consciência de cidadania e da importância de preservar os princípios da democracia nacional, lembrando aos dirigentes deste país que o poder ainda emana do povo e que em seu nome e para o seu bem estar é que deve ser exercido.

5 NATUREZA JURÍDICA DA INELEGIBILIDADE

A Natureza Jurídica da Inelegibilidade, desde a sua origem, foi causa, nas sessões dos Tribunais Eleitorais, de discussões e polêmicas, as quais, com o aprimoramento do Direito Eleitoral, através da atual Carta Constitucional e do surgimento de novas leis como a LC n. 64/1990, e, posteriormente, com o advento da LC n. 135/2010, se tornaram mais acirradas e complexas.

Por oportuno, será transcrito abaixo alguns trechos da fala de Dr. Salomão Viana, quando, em 2010, esteve como Juiz Membro da Corte do TRE-BA, e, na sessão realizada em 5 de agosto de 2010, argumentou com seus pares, com base na natureza jurídica das Inelegibilidades, a legitimidade da aplicação, nas eleições de 2010, das normas contidas na LC n. 135/2010, a qual alterou a LC n. 64/90.

[...] O primeiro ponto tratado pelo eminente Juiz Josevando Souza Andrade é relativo ao que ele entende que é um conflito entre a eficácia, a aplicação imediata das alterações havida na Lei Complementar n. 64/90, por conta da entrada em vigor da Lei Complementar n. 135, já para essas eleições, tendo em vista que isso malferiria o chamado princípio da anterioridade da Lei Eleitoral, insculpido no art. 16, da Constituição Federal [...].³⁰

É importante observar que as polêmicas e discussões causadas pela Natureza Jurídica da Inelegibilidade não se encontravam no âmbito da doutrina, visto que, a maioria dos autores, comungava com o mesmo pensamento, ou seja, que se a tratava de pena ou sanção, por resultar em impedimento, por um determinado período, dos direitos políticos do candidato. Verdadeiramente a polêmica se instalava quando havia confronto entre a doutrina e o ordenamento jurídico, o qual sempre entendeu que a Natureza Jurídica da Inelegibilidade não é sanção ou pena, mas simplesmente o reflexo da aplicação da norma da lei. Logo, pontos de vista, como se pode constatar, diametralmente opostos.

SESSÃO DO TRE-BA, EM 5.8.2010 – ARGUMENTOS DO JUIZ MEMBRO SALOMÃO VIANA:

[...] O processo eleitoral, Senhor Presidente, é um processo que é naturalmente submetido a um aperfeiçoamento. Todos sabemos, qualquer um que labuta no campo eleitoral, ou mesmo os políticos sabem que as leis eleitorais são constantemente mudadas e as al-

³⁰ BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral (BA). *Notas taquigráficas parciais*: 66ª sessão ordinária de 5.8.2010. Questionador: Juiz Salomão Viana.



terações dessa legislação eleitoral decorrem dessa necessidade de aperfeiçoamento. Contudo, não se pode confundir aperfeiçoamento com deformação. E é por conta de se tentar evitar uma deformação do processo eleitoral que nasce o princípio da anterioridade da lei eleitoral. [...] Então, como essa lei não deforma o processo eleitoral, ela nem de longe está em conflito com a norma contida ou com o princípio contido no art. 16, da Constituição Federal. O princípio ali contido continua absolutamente incólume, não há qualquer conflito entre ele e a lei. Não há qualquer conflito. Porque uma lei que aperfeiçoa não pode ser confundida com uma lei deformadora. Ultrapassada, portanto, a etapa relativa à alegação de conflito entre a novel Lei Complementar n. 135 e o princípio da anterioridade da lei eleitoral, resta enfrentar a questão alusiva à tese de que inelegibilidade tem natureza sancionatória e por isto seria aplicável, no caso, o chamado princípio da anterioridade da lei penal. Logo, de antemão, para que se evitem os temores relativos à possibilidade de o Supremo Tribunal Federal vir a reverter a situação que o próprio Tribunal Superior Eleitoral já consagrou, o Supremo Tribunal Federal em um julgamento de 28 de março de 1996, relator o eminente Ministro Carlos Mário Velloso, pelo seu plenário julgou, dizendo: “Inelegibilidade não constitui pena.” E que, portanto, “é possível a aplicação da lei de inelegibilidade a fatos ocorridos anteriormente a sua vigência”. Essas são palavras contidas no acórdão relatado pelo Ministro Carlos Mário Velloso no Mandado de Segurança n. 22087-2 do Distrito Federal, julgamento ocorrido no dia 28 de março de 1996.³¹

O ordenamento jurídico pátrio, através da Constituição Federal e das normas contidas nas leis infraconstitucionais, como também na jurisprudência, sempre foi unânime em determinar que a Natureza Jurídica da Inelegibilidade é declaratória, não se tratando, portanto, de pena ou sanção, mas tão somente do reconhecimento de que determinado cidadão não preenche todos os requisitos necessários, legalmente previstos, para ter direito de exercer a cidadania passiva ou o *jus honorum*. Isto porque o instituto das inelegibilidades traz no seu bojo dois objetivos fundamentais, quais sejam: a) proteger o Estado de dirigentes que colocariam em risco os valores da democracia nacional; e, b) proteger o povo do abuso de poder do Estado, por parte de possíveis representantes corruptos ou inadequados. Assim, este instituto funciona como uma peneira, a qual separa o candidato capaz de governar com probidade a nação, daqueles que trariam, se eleitos, transtornos para o Estado Democrático de Direito, e, consequentemente, para o seu povo.

SESSÃO DO TRE-BA, EM 5.8.2010 – ARGUMENTOS DO JUIZ MEMBRO SALOMÃO VIANA:

[...] Senhor Presidente, os interesses da sociedade, portanto, não estão em conflito com o que consta na Constituição Federal. Pelo contrário, estão absolutamente afinados com o que a Constituição Federal prevê, Senhor Presidente. Consultando a *internet*, constatei que os Tribunais Regionais Eleitorais de Alagoas, do Ceará, do Espírito Santo, do Mato Grosso, de Minas Gerais, Pará, da

³¹ BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral (BA). *Notas taquigráficas parciais*: 66ª sessão ordinária de 5.8.2010. Questionador: Juiz Salomão Viana.



Paraíba, do Paraná, de Pernambuco, do Rio Grande do Sul, do Rio Grande do Norte, de Santa Catarina e, ontem, do Distrito Federal, todos eles, se posicionaram nesse sentido, no sentido de que esta lei está em consonância com a Constituição [...].³²

No trecho transcrito acima, verifica-se que o Juiz Salomão Viana, na tentativa de convencer a Corte do Tribunal Regional da Bahia a aplicar as normas contidas na LC n. 135/2010, argumenta que, além do TRE do Distrito Federal, TREs de 12 Estados da federação aderiram no sentido de aplicar, já nas eleições de 2010, a novel lei, com o fundamento de que a mesma não entrava em conflito com a Natureza Jurídica das Inelegibilidades constitucionalmente previstas; estando, portanto, suas normas em perfeita consonância com a Carta Constitucional Pátria.

Vale registrar que, apesar dos Juízes Membros da Corte, Dr. Eserval Rocha e Dr. Cássio Miranda, comungarem com a mesma linha de pensamento jurídico de Dr. Salomão Viana, a Corte Eleitoral baiana optou por só aplicar as normas da novel lei nas eleições de 2012, em obediência ao princípio constitucional da anterioridade.

Interessante, também, trazer à baila a fundamentação do Dr. Salomão Viana, no corpo do Acórdão n. 1161/2010 do processo Registro de Candidatura n. 1886-41.2010.6.05.0000 – CL. “38” (referente ao registro de candidatura de Coriolano de Sousa Sales) julgado na sessão do TRE-BA do dia 10 de agosto de 2010, aplicando a LC n. 64/1990, modificada pela LC n. 135/2010.

TRE-BA, SESSÃO DE 10.8.2010, ACÓRDÃO Nº 1.161/2010, REGISTRO DE CANDIDATURA N. 1886-41.2010.6.05.0000 – CL. “38”. [...] Portanto, aqueles que, antes das novas normas, podiam se candidatar e que, agora, não podem mais, não sofreram qualquer apenação. Sofreram, sim, no seu patrimônio jurídico, os efeitos concretos de um conjunto normativo. E se tais efeitos lhes são adversos, não se pode negar a tais pessoas o direito de resistir às adversidades. Surge, então o, um quadro de conflito entre dois bens jurídicos constitucionalmente protegidos: de um lado, o *direito individual* de certas pessoas de disputar mandato eletivo e, do outro, a *proteção à probidade administrativa e à moralidade* para o exercício do mandato. A solução de um conflito desta natureza, que exige a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, não pode ser outra que não aquela que agasalha a *proteção da coletividade*, por meio da defesa da *probidade e da moralidade*, mesmo que isto implique o sacrifício de direitos individuais. É por tais motivos que, afinado com a conclusão a que chegou o Supremo Tribunal Federal, voto no sentido de que as causas de inelegibilidade não constituem pena e que, por isto, a elas não se aplica o princípio da anterioridade da lei penal. Demais disso, reconhecendo que as novas situações de inelegibilidade criadas pela Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010, podem ser violadoras de direitos individuais, posiciono-me em favor da preponderância da proteção aos interesses da coletividade, por meio da defesa da probidade e da moralidade, mesmo que isto implique o sacrifício dos aludidos direitos individuais. Ficam, assim, afastados os argumentos do impugnado atinentes à presunção de

³² BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral (BA). *Notas taquigráficas parciais*: 66ª sessão ordinária de 5.8.2010. Questionador: Juiz Salomão Viana.





inocência, à preservação da segurança jurídica e à existência de direito adquirido. Do exposto, voto no sentido de que seja julgada procedente a impugnação apresentada e, por conseguinte, de que seja *indeferido* o pedido de registro da candidatura de *Coriolano de Sousa Sales*. É como voto. Sala das Sessões do TRE da Bahia, em 10 de agosto de 2010. (grifo do autor). Juiz Relator: Salomão Viana.³³

Como se pode constatar no trecho final, do voto supracitado, proferido pelo Dr. Salomão Viana, em um dos processos julgados pela Corte do TRE-BA nas eleições de 2010, o magistrado se mantém fiel à sua linha de pensamento jurídico onde, para fundamentá-la, entre outros argumentos, cita que a Natureza Jurídica da Inelegibilidade não é pena e que, portanto, não se faz necessário a obediência ao princípio da anterioridade, e que tal posicionamento é perfeitamente compatível com a Carta Magna do País.

Apesar da excelente fundamentação neste e em outros processos, os seus votos, relativos à aplicação da LC n. 135/2010 nas eleições de 2010, foram todos vencidos, bem como os votos, no mesmo sentido, de seus pares, Dr. Cássio Miranda e Dr. Eserval Rocha. Portanto, manteve a Corte do TRE-BA, nos seus julgados, a decisão de não aplicar a LC n. 135 nas eleições de 2010, em virtude de acreditar que, apesar de considerar que a Natureza Jurídica da Inelegibilidade não é sanção, mas reflexo da aplicação da norma da lei, e mesmo havendo precedentes quando da aplicação da LC n. 64/90 às eleições de 1990 pelo próprio Tribunal Superior Eleitoral, o princípio constitucional da anterioridade devia ser obedecido. Entendendo assim que a LC n. 135/2010 só deveria ser aplicada a partir das eleições de 2012.

Esta postura do TRE-BA, não aplicando a Lei da Ficha Limpa às eleições de 2010 redundou em um bem para a Justiça Eleitoral deste Estado. Isto porque, o novo Ministro Luiz Fux, desempatou a votação no Supremo, fazendo prevalecer a determinação da não aplicação da LC n. 135/2010, que ele mesmo denominou de “lei do futuro”,³⁴ às eleições de 2010. Assim permitiu que os julgados deste Tribunal permanecessem incólumes.

Entretanto, os julgados das Cortes que aplicaram a Lei da Ficha Limpa nas eleições de 2010 sofreram modificações em virtude de Recursos que os candidatos, os quais foram prejudicados, moveram, concomitantemente, no TSE e STF contra as decisões destes Tribunais Regionais. Vale esclarecer que os Recursos apresentados ao STF, arguiram a inconstitucionalidade da aplicação da Lei n. 135/2010 às eleições de 2010.

Hoje já se sabe pacificada a questão da LC n. 135/2010 – é constitucional na sua totalidade e foi aplicada às eleições de 2012. A esta conclusão chegaram os Ministros do STF, no dia 16.2.2012, quando da análise conjunta das ADCs n. 29 e 30 e da ADI n. 4578 que tratam da LC n. 135/2010 – Lei da Ficha Limpa.³⁵

Por maioria, as ADCs n. 29 e n. 30 foram julgadas totalmente procedentes e a ADI n. 4578 foi declarada improcedente. Vale ressaltar que, pela decisão do STF, as causas de inelegibilidade alcançam atos e fatos ocorridos antes da entrada em vigor da norma, junho de 2010.³⁶

³³ BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral (BA). *Acórdão n. 1.161, de 10.8.2010*. Processo: Registro de Candidatura n. 1886 - 41.2010.6.05.0000 – CL. “38”. Relator Juiz Salomão Viana.

³⁴ LUIZ Fux..., 2011.

³⁵ STF decide pela constitucionalidade da lei da ficha limpa. Notícias STF, 16 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=200495>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

³⁶ *Ibidem*.





6 CONCLUSÃO

No decorrer deste artigo, ficou visível que os autores, em sua maioria, consideravam a Natureza Jurídica da Inelegibilidade como sanção ou pena, justificando tal raciocínio jurídico pelo fato da declaração de inelegibilidade privar o cidadão de um de seus direitos fundamentais, o de ser votado, deixando assim de exercer a cidadania passiva.

Fazendo oposição à doutrina, o ordenamento jurídico nacional, em suas normas constitucionais e infraconstitucionais e na sua jurisprudência, reza que a Natureza Jurídica da Inelegibilidade não é pena ou sanção, mas tão somente o reflexo da aplicação da norma da lei, apenas selecionando quem pode e quem não pode ser candidato.

Com o objetivo de esclarecer a posição do ordenamento jurídico pátrio, no que tange à Natureza Jurídica da Inelegibilidade, é que se registraram no corpo deste artigo, de forma enfática, discussões em torno do tema, ocorridas no TRE-BA nas eleições de 2010.

Percebe-se que as inelegibilidades, tanto as previstas na Constituição, como as previstas em Leis Complementares, contrariam interesses, causando insatisfações e mal estar, fato compreensível, visto que constituem severa restrição a exercício de direito fundamental, que é o de ser votado.

Na óptica da doutrina, a maioria dos autores viam-na como pena ou sanção, visto ser a inelegibilidade impedimento para os cidadãos usufruírem de um direito fundamental, o *jus honorum*, que é o direito de ser votado, lesando assim o patrimônio jurídico do pretendente a cargo eletivo.

Outra visão, entretanto, está inserida nas normas do ordenamento jurídico pátrio, o qual, apesar de afirmar que a declaração da inelegibilidade impede o exercício da cidadania passiva do indivíduo, deixando-o fora do certame, esclarece que isto acontece de forma reflexa, não tendo como objetivo apenas quem quer que seja, mas tão somente proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato, preservar a normalidade e a lisura do processo eleitoral e, em obediência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, colocar os interesses da coletividade acima dos interesses individuais.

A Natureza Jurídica da Inelegibilidade, como preceituam, de forma fundamentada e lógica, as leis e a jurisprudência, não é pena ou sanção, sendo declaratória, portanto, o reflexo da aplicação das normas da lei. Este entendimento, eleito nos Tribunais Regionais Eleitorais de todo o País, é também o acatado pela Corte do TRE-BA.

Quanto à posição da doutrina, relativa à Natureza Jurídica da Inelegibilidade, será preciso uma mudança do estágio evolutivo da sociedade e dos pensadores do direito, para perceberem o óbvio, ou seja, que esta não busca apenas quem quer que seja, mas sim proteger o Estado e povo, contra governantes inadequados para dirigir o destino da Nação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa. In: VADE MECUM acadêmico de direito. Organização Anne Joyce Angher. 11. ed. São Paulo: Rideel, 2010.





BRASIL. Lei n. 9.504, de 1997. In: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Código Eleitoral Anotado e Legislação Complementar*. 9. ed. Brasília: Secretaria de Gestão da Informação, 2010.

_____. Lei Complementar n. 64, de 1990. In: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Código eleitoral anotado e legislação complementar*. 9. ed. Brasília: Secretaria de Gestão da Informação, 2010.

_____. Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010. *DOU*, Brasília, 7 jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Especial n. 633.703 – MG*, julgado em 23.3.2011, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4003780>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral (BA). *Acórdão n. 1.161, de 10.8.2010*. Processo: Registro de Candidatura n. 1886 - 41.2010.6.05.0000 – CL. “38”. Relator: Juiz Salomão Viana.

_____. *Notas taquigráficas parciais*: 66ª sessão ordinária de 5.8.2010. Questionador: Juiz Salomão Viana. Salvador, 2010.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Código Eleitoral anotado e legislação complementar*. 9. ed. Brasília: Secretaria de Gestão da Informação, 2010.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LUIZ Fux vota contra aplicação da ficha limpa. *DOL – Diário online*, 23.3.2011. Disponível em: <<http://mobi.diarioonline.com.br/noticias-interna.php?nIdNoticia=140729>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. *Direito Eleitoral*. Leme, SP: Imperium, 2010.

REIS, Marlon Jacinto. *Ficha Limpa*: Lei Complementar n. 135/2010. Bauru, SP: EDIPRO, 2010.

STF decide pela constitucionalidade da lei da ficha limpa. *Notícias STF*, 16 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=200495>>. Acesso em: 18 jul. 2016.





FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS E ABUSO DO PODER ECONÔMICO NAS ELEIÇÕES

Josafá da Silva Coelho*

RESUMO

As campanhas eleitorais no Brasil exigem grandes investimentos financeiros. Após um período de intensa participação de empresas no financiamento de candidatos e partidos políticos, atualmente, o ordenamento jurídico pátrio permite somente às pessoas físicas a realização de doações para campanhas eleitorais. Tais contribuições constituem verdadeiros investimentos com o objetivo de garantir a participação dos doadores nos diversos e grandiosos negócios patrocinados ou de que participa o Estado. Este artigo tem como objetivos discutir o mercado de financiamento de campanhas eleitorais no Brasil, os modelos de financiamento de partidos e candidatos e suas repercussões sobre o processo eleitoral e sobre a democracia representativa brasileira, inserindo no debate, por oportuno e por estreita relação com a temática do financiamento eleitoral, a discussão sobre o instituto do abuso do poder econômico.

Palavras-chave: Eleições. Financiamento de campanhas eleitorais. Abuso do poder econômico.

183

ABSTRACT

Election campaigns in Brazil require large financial investments. After a period of intense participation of companies in the financing of candidates and political parties, currently the native legal system allows only to individuals holding donations to election campaigns. Such contributions are real investments in order to ensure the participation of donors in different and grandiose sponsored or participating in the state business. This article aims to discuss the election campaign financing market in Brazil, the funding models of parties and candidates and their impact on the electoral process and the Brazilian representative democracy by entering the debate, for timely and close relationship with theme of electoral funding, the discussion of the institute of abuse of economic power.

Keywords: Elections. Campaign finance. Abuse of economic power.

1 INTRODUÇÃO

As campanhas eleitorais exigem grandes investimentos financeiros, pois envolvem gastos com mídias gráficas, *jingles*, vinhetas, gravações de vídeo, contratação de militância, cabos eleitorais, instalação de comitês eleitorais, viagens, transporte e

* Mestre em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Bacharel em Direito e em Economia pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Pós-graduado em Direito Público pelo JusPODIVM. Analista Judiciário do quadro do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia (TRE-BA).



combustível, entre outros tantos dispêndios necessários à divulgação da candidatura. Quanto maior a abrangência do colégio eleitoral do cargo, maior tende a ser o gasto. Para o financiamento dessas despesas, o ordenamento jurídico brasileiro atual permite que pessoas físicas realizem doações diretamente aos candidatos ou partidos, sendo vedada a participação de empresas no financiamento eleitoral, conforme as alterações promovidas pela Lei n. 13.165, publicada em 29 de setembro de 2015.

O art. 91 da Lei n. 5.682/1971, antiga Lei Orgânica dos Partidos, revogada pela Lei n. 9.096, de 16 de setembro de 1995, também proibia qualquer tipo de contribuição aos partidos políticos por parte de empresas privadas e de entidades públicas, ao passo que instituiu o Fundo Partidário.¹ Todavia, embora houvesse a expressa proibição de doações de empresas aos partidos políticos, os candidatos nunca deixaram de recebê-las, em troca de favores políticos. Nesse sentido, tornou-se emblemático o caso do tesoureiro de campanha do Ex-Presidente Fernando Collor de Mello, Paulo César Farias, que negociava doações de campanha em troca de benefícios para as empresas doadoras em licitações com o poder público, conforme o relato de David Fleischer.²

Surgiram outros escândalos de grande repercussão, como, por exemplo, o dos *anões do orçamento*,³ descoberto em 1993, que envolvia acordos com grandes empreiteiras para a inclusão no orçamento de verbas orçamentárias para obras grandiosas, em troca de comissões. Já o escândalo dos *sanguessugas*, ocorrido em 2006, também conhecido como *máfia das ambulâncias*, envolvia o desvio de dinheiro público destinado à compra de ambulâncias.

Tais escândalos, além de representarem uma afronta à lei, evidenciavam a incapacidade do Estado de evitar ou controlar as doações ilícitas por parte de empresas aos partidos políticos ou aos candidatos. Diante de tal constatação, o legislador resolveu regulamentar a matéria por meio da Lei n. 9.096/1995 – Lei dos Partidos Políticos, permitindo a contribuição de pessoas físicas e jurídicas aos partidos políticos, desde que tais contribuições fossem declaradas à Justiça Eleitoral por meio de escrituração contábil, de forma a permitir o conhecimento da origem de suas receitas, conforme o art. 39 do referido diploma legal.

Nesse sentido, a Lei n. 9.504/1997 – Lei das Eleições – estabeleceu que pessoas físicas poderiam realizar doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para a campanha eleitoral, limitadas a 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição, enquanto as doações e contribuições de pessoas jurídicas ficariam limitadas a 2% (dois por cento) do faturamento bruto do ano anterior à eleição. Todavia, tais doações deveriam ser depositadas em conta bancária específica para o registro de todo movimento financeiro relativo à campanha.

Esse sistema de financiamento eleitoral, combinado com a alta competitividade das campanhas e com a fraca organização dos partidos políticos, transformou as campanhas eleitorais no Brasil numa das mais caras do mundo. O Prof. David Samuels explica como tais fatores contribuíram para o encarecimento das campanhas eleitorais no Brasil.⁴ Primeiramente porque, nas eleições para o Legislativo, a

¹ O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário) foi criado pela Lei n. 9.096/1995. É formado pela arrecadação de multas eleitorais, recursos financeiros legais, doações espontâneas privadas e dotações orçamentárias públicas.

² CAMPOS, Hélio Sílvio Ourém; ASSIS JUNIOR, Moises Pereira de. Financiamento público de campanhas eleitorais. *Estudos Eleitorais*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 29, maio/ago. 2012. p. 29.

³ Os chamados “Anões do Orçamento” foram congressistas brasileiros que no final dos anos 80 e início dos anos 90 se envolveram em fraudes com recursos do orçamento da União. A denominação de “anões” era uma alusão à baixa estatura física dos principais envolvidos. A descoberta do escândalo culminou numa Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) no Congresso Nacional que investigou o esquema de propinas organizado por deputados que atuavam na Comissão. Foram 18 acusados. Seis foram cassados, oito absolvidos e quatro preferiram renunciar para fugir da punição e da inelegibilidade.

⁴ SAMUELS, David. Financiamento de campanhas no Brasil e propostas de reforma. *Suffragium: Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 3, n. 4, jan./jun. 2007. p. 15.



forma de representação proporcional em lista aberta incentiva táticas de campanha individual. Sob tais regras, os candidatos competem não apenas com os candidatos de outros partidos, mas também com seus partidários. Dessa forma, os candidatos não podem fazer campanha eleitoral com uma base coletiva, mas como candidatos isolados, procurando diferenciar-se dos demais candidatos construindo uma base de votos personalizada por meio de favores e doações de bens e vantagens pessoais.

Segundo: desde a redemocratização do Brasil a competição eleitoral tem sido cada vez mais acirrada. De 1982 a 2014 a concorrência para as cadeiras da Câmara Federal mais que dobrou: de 3,2 para 6,4. Sob o sistema de representação proporcional com lista aberta, quando a competição é acirrada, o candidato tem de gastar mais para se diferenciar dos outros candidatos.

Terceiro: o frágil comprometimento com os programas dos partidos resulta em que os candidatos não dependam muito de organizações partidárias fortes para obter votos, não podendo fazer campanha baseada na plataforma de seus partidos. Assim, a maioria dos candidatos acaba organizando máquinas pessoais que funcionem de forma clientelista. Caso os partidos brasileiros tivessem uma organização eleitoral forte, os candidatos não teriam de arrecadar e gastar tanto dinheiro.

Ocorre que a Lei n. 13.165, publicada em 29 de setembro de 2015, revogou o art. 81 da Lei n. 9.504/1997, vedando as doações e contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais. Assim, resgatando a ideia presente na antiga Lei Orgânica dos Partidos (Lei n. 5.682/1971), o novel diploma legal estabeleceu que somente pessoas físicas, incluindo o próprio candidato, poderão financiar as campanhas eleitorais.

Após 18 anos de intensa participação no financiamento de campanhas eleitorais, as empresas estão proibidas de fazer doações a partidos e candidatos. Resta, portanto, a expectativa quanto às repercussões dessa inovação legislativa sobre nossa democracia representativa e sobre o processo eleitoral já a partir das eleições de 2016, ensejando-se a oportunidade de verificação, mais especificamente, de sua influência sobre o patamar de gastos nas campanhas eleitorais e sobre o perfil do candidato eleito.

Nesse contexto, este artigo tem como objetivos discutir o mercado de financiamento de campanhas eleitorais no Brasil, os modelos de financiamento de partidos e candidatos e suas repercussões sobre o processo eleitoral e sobre a democracia representativa brasileira, inserindo no debate, por oportuno e por estreita relação com a temática do financiamento eleitoral, a discussão sobre o instituto do abuso do poder econômico.

2 O MERCADO DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHA ELEITORAL NO BRASIL

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), mais de 80% (oitenta por cento) das famílias brasileiras possuem rendimento de até 3 (três) salários mínimos e a renda média domiciliar per capita do brasileiro em 2015 foi de R\$ 1.113,00 (mil cento e treze reais). A despeito dessa realidade, as últimas eleições no Brasil movimentaram imensas quantidades de recursos financeiros.⁵

Conforme dados extraídos do sítio eletrônico do TSE, os gastos com as campanhas eleitorais de 2010, 2012 e 2014 totalizaram, respectivamente, 3,7, 3,6 e 5,1 bilhões de reais.⁶ Esses dados se referem às receitas declaradas à Justiça Eleitoral,

⁵ IBGE. *Séries estatísticas*. Disponível em: <<http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. [Soma dos gastos das campanhas eleitorais das eleições 2010, 2012 e 2014]. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-antiores/eleicoes-antiores>>. Acesso em 14 jul. 2016.



contudo, há consenso quanto à existência de *caixa dois*⁷ nas doações das empresas. Quanto a esses recursos, é muito difícil quantificar o seu montante. Contudo, os dados já revelados são suficientes para demonstrar que as eleições no Brasil atraem vultosas somas de recursos financeiros e que seus resultados são fortemente influenciados pelo gasto dos candidatos.

Outro aspecto importante revelado pelos dados relacionados com as doações de campanhas eleitorais de 2010 a 2014 foi o fato de que cerca de 60% (sessenta por cento) delas tiveram como origem contribuições de pessoas jurídicas.

Já dizia o deputado Henrique Fontana (PT-RS): “Não me venham dizer que isso é investimento na democracia. O poder do dinheiro vale mais do que a força das ideias. Infelizmente, dinheiro resolve e desempata eleição”.⁸ Os doadores de campanha não influenciam apenas o resultado das eleições, mas continuam a influenciar a atividade política após os pleitos, sendo esse o seu principal objetivo: fazer valer seus interesses por meio da influência na atividade política da máquina estatal e do parlamento.

O fenômeno do financiamento de campanha possui um duplo aspecto: candidatos com potencial eleitoral elevado atraem grandes financiadores, ao mesmo tempo em que as contribuições dos financiadores ampliam o potencial eleitoral dos candidatos. Contudo, após a proclamação dos resultados, os políticos eleitos darão início à plataforma política dos financiadores, como forma de retribuição dos favores recebidos. Assim, os mandatos públicos são utilizados, prioritariamente, para cuidar dos interesses particulares dos financiadores de campanha, em detrimento do interesse público.

Como anuncia o ditado popular: “nenhum almoço é de graça”; quanto mais as volumosas contribuições dos doadores de campanha. Assim, tais contribuições constituem verdadeiros investimentos com o objetivo de garantir participação nos diversos e grandiosos negócios patrocinados ou de que participe o Estado. Nas palavras de José Valente Neto:

Seria ingenuidade, por exemplo, pensar que o empresário de um grande empreendimento do ramo da construção civil “doou” duzentos mil reais para a campanha eleitoral de determinado candidato em face exclusivamente de acreditar no seu plano de governo e de considerá-lo conveniente para o progresso econômico e social.⁹

O montante de R\$ 5,1 bilhões de gastos na campanha eleitoral de 2014 mostra não somente o esforço financeiro que a sociedade tem despendido na realização de pleitos eleitorais, mas, acima de tudo, a necessidade de revisão do sistema eleitoral brasileiro.

A paridade de armas no pleito eleitoral constitui princípio fundamental para a construção de um país democrático. No Brasil, o princípio da igualdade política é estabelecido no *caput* do artigo 14 da Constituição Federal, segundo o qual “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos...”. Contudo, a concentração de doações de campanha por parte de

⁷ Recursos não declarados que financiam partidos e candidatos.

⁸ FONTANA *apud* MILITÃO, Eduardo. Deputados enterram financiamento público de campanha. *Congresso em Foco*, Brasília, abr. 2013. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/deputados-enterram-financiamento-publico-de-campanha/>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

⁹ VALENTE NETO, José. O voto facultativo e o financiamento público de campanha no Brasil: corrupção, cidadania e democracia em debate. *Themis: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, v. 3, n. 2, 2003. p. 201.



grandes empresas ou mesmo de ricos cidadãos impõe limites à isonomia política. Os grandes doadores têm o poder de exercer muito mais influência sobre os resultados eleitorais do que os eleitores comuns – a imensa maioria da população –, que contam apenas com seu voto.

Constatação interessante apontada por David Samuels diz respeito à estrutura do mercado de financiamento de campanhas. Sustenta o autor que, no Brasil, poucos cidadãos contribuem para as campanhas eleitorais e muitos daqueles que contribuem têm relações familiares com os candidatos. Ademais, o mercado de financiamento de campanha está dominado por poucos contribuintes, em termos relativos, quer sejam pessoas físicas ou jurídicas. Poucos contribuem e quando o fazem tendem a doar valores significativos.¹⁰

A análise dos dados relativos aos gastos de campanha mostra o que, empiricamente, já se havia percebido: no Brasil, é muito difícil que candidato ao cargo de Deputado, Senador, Governador ou Presidente da República seja eleito sem uma máquina competente de arrecadação de recursos financeiros. Quanto maior a hierarquia do cargo almejado, maior deverá ser a capacidade de arrecadação. Essa é a regra. Somente excepcionalmente vê-se a eleição de candidatos sem arrecadação expressiva: trata-se de líderes religiosos, celebridades da TV, atletas famosos ou candidatos apoiados por segmentos sociais com forte atividade política ou grande número de simpatizantes. A exposição proporcionada pela mídia ou pela vinculação com lutas emblemáticas ou com grupos circunscritos parecem ter se tornado as únicas formas de suplantar a força da influência econômica nas campanhas eleitorais. Todavia, como já se disse, a eleição desses candidatos sem financiamento expressivo é exceção, o que confirma a regra.

Vale lembrar que o artigo 24 da Lei n. 9.504/1997 veda também a partido político e a candidato receber doação de várias entidades, tais como: governo estrangeiro, órgãos da administração pública direta ou indireta, concessionário ou permissionário de serviço público, entidade de classe ou sindical, entre outras. A utilização de recursos provenientes de tais fontes constitui irregularidade insanável e causa para a desaprovação das contas, ainda que o valor seja restituído.

O que se observa na prática, pelo menos em relação aos sindicatos, é que, como as doações diretas são proibidas, viabiliza-se a arrecadação de recursos e apoio financeiro a candidatos através de doações de sindicalizados e simpatizantes. Nesse sentido, são comuns campanhas patrocinadas por sindicatos para levantamento de fundos de campanha. A Central Única dos Trabalhadores (CUT), por exemplo, aliada do Partido dos Trabalhadores (PT) nas campanhas para Presidente da República de 1994 e 1998, organizou várias tentativas de levantar fundos para a campanha do candidato Luís Inácio Lula da Silva junto a militantes e simpatizantes em geral. Contudo, esses esforços dos sindicatos apresentaram sucesso moderado, como se pode ver pelos valores arrecadados nas referidas campanhas, quando o apoio das empresas ao candidato do PT não era significativo. Naquelas eleições, a maior parte da arrecadação, bem menor do que a dos candidatos vencedores, originou-se das contribuições dos militantes e simpatizantes.

Segundo David Samuels, o candidato do Partido dos Trabalhadores (PT) teve dificuldades em levantar fundos nas Eleições de 1994 e 1998. Somente nas eleições de 2002 a 2014 os candidatos do PT obtiveram significativas arrecadações para os pleitos eleitorais, devido ao forte apoio financeiro das empresas e do próprio partido,

¹⁰ SAMUELS, 2007, p. 15.





neste caso, graças ao crescimento dos recursos advindos do Fundo Partidário, em decorrência do aumento da base de eleitos.¹¹

3 FINANCIAMENTO MISTO *VERSUS* FINANCIAMENTO EXCLUSIVAMENTE PÚBLICO DE CAMPANHAS ELEITORAIS

Conforme já mencionado, mesmo durante o período em que as doações de campanha feitas por empresas eram proibidas pela lei, ainda assim essas contribuições aconteciam, por falta de fiscalização, ou seja, não havia vontade política para fazer cumprir a lei. Ademais, mesmo após a edição da Lei das Eleições, Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, que legalizou as doações de empresas privadas, as contribuições ilegais, conhecidas como *caixa dois*, continuaram ocorrendo de forma velada, sem declarações à Justiça Eleitoral, principalmente para ocultar os doadores. Nesse ponto, vale a indagação: por que, mesmo após a permissão legal, o *caixa dois* continuou existindo no modo de fazer política no Brasil?

O senso comum aponta para uma direção quase óbvia: a existência e persistência do *caixa dois* na política brasileira estão fundamentadas, notadamente, no interesse em se ocultar os doadores. Não interessa ao doador nem ao candidato revelar à sociedade as alianças estabelecidas entre o político e o capitalista. Talvez não seja essa a única motivação para se camuflar a origem de doações de campanha, mas, certamente, é a mais relevante. Veja-se que, além das repercussões políticas, a identificação do doador resvala ainda nos aspectos do próprio negócio, pelo menos no que diz respeito ao interesse do fisco.

A partir de todo esse contexto político provocado pelo financiamento privado de campanhas eleitorais, que estimula a corrupção e obstaculiza projetos e programas de governo de interesse da população em geral, surgiu no Brasil o discurso que legitima o sistema de financiamento exclusivamente público de campanhas eleitorais. As consequências das relações escusas entre políticos e empresários estão estampadas diariamente no noticiário nacional, denunciando obras superfaturadas, licitações fraudadas e outras formas de corrupção envolvendo políticos e os empreiteiros. Ademais, após o escândalo revelado pela Ação Penal 470, conhecida como *escândalo do mensalão*, cujas denúncias levaram à condenação de alguns políticos, cresceu o interesse da sociedade por uma reforma política.

Dentre os principais argumentos que legitimam o sistema exclusivamente público de financiamento de campanhas eleitorais está a limitação dos valores envolvidos. Esses valores seriam determinados a partir da quantidade de eleitores inscritos em 31 de dezembro do ano anterior, multiplicado por um índice em reais (R\$). O Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 268/2011 fixa em 7 (sete) reais o valor a ser multiplicado pelo número de eleitores.¹² Considerando que no Brasil existem 142.822.046 eleitores inscritos,¹³ o financiamento público de campanhas eleitorais seria de, pelo menos, R\$ 999.754.322,00, a serem adicionados ao Fundo Partidário. Deve ainda ser contabilizada a renúncia fiscal às emissoras de rádio e TV pelo horário eleitoral “gratuito”,

¹¹ SAMUELS, 2007, p. 13.

¹² BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 268/2011*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=89817&tp=1>>. Acesso em: 12 maio 2016.

¹³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. [*Eleitorado brasileiro em 2014*]. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-candidaturas-2014/copy_of_estatisticas-eleitorais-2014>. Acesso em: 24 jul. 2016.



que, segundo a ONG Contas Abertas, em 2014, foram compensados R\$ 848 milhões àsissoras na forma de ressarcimento fiscal.¹⁴

As doações do setor privado privilegiavam políticos ligados a grandes empresas e corporações que destinavam verbas milionárias para as campanhas eleitorais, criando um mecanismo de perpetuação da elite no poder e submetendo a atuação política do eleito aos interesses dos patrocinadores.

3.1 VANTAGENS E DESVANTAGENS DO SISTEMA EXCLUSIVAMENTE PÚBLICO DE CAMPANHAS ELEITORAIS

O financiamento público exclusivo de campanha eleitoral apresenta os seguintes pontos favoráveis em relação ao atual modelo:

- a) contexto desfavorável à corrupção, uma vez que o candidato não estaria dependendo das contribuições de particulares;
- b) o estabelecimento de limites para a utilização de recursos financeiros nas eleições, com repercussões positivas sobre as finanças públicas;
- c) desestímulo à lavagem de dinheiro e ao *caixa dois*, uma vez que a doação de particular seria ilegal;
- d) maior transparência e possibilidade de controle do processo eleitoral por parte dos órgãos competentes;
- e) garantia de uma maior isonomia no processo democrático, porquanto os recursos seriam distribuídos aos partidos de forma mais igualitária; desestímulo à infidelidade partidária.

Por sua vez, os críticos do financiamento exclusivamente público argumentam que:

- a) existem políticas e programas que necessitam de mais investimento público do que as campanhas eleitorais, como a educação, a segurança e a saúde;
- b) na prática, as contribuições privadas continuariam a ocorrer, contudo, sem registro, ou seja, por meio do *caixa dois*, assim, o financiamento público significaria apenas mais dinheiro para as campanhas;
- c) é antidemocrático impedir um cidadão de contribuir financeiramente para um candidato;
- d) esse sistema impediria os partidos menores de crescer, pois o financiamento levaria em conta o número de votos na última eleição, fato que beneficiaria principalmente os maiores partidos, favorecendo a continuidade da hegemonia de alguns partidos;
- e) já é possível fiscalizar os gastos de campanha de todos os candidatos.

Críticos do financiamento exclusivamente público ainda temem que a distribuição dos recursos públicos privilegie exageradamente os maiores partidos, o que, aliás, já acontece no atual modelo de financiamento definido a partir da publicação da Lei n. 13.165/2015, não apenas com o financiamento privado, mas também com os recursos públicos destinados às eleições, originados do Fundo Partidário e do horário gratuito de propaganda eleitoral.

Embora patrocinadas em boa medida pelas empresas e pelos próprios candidatos, a sociedade acabava pagando essa conta, ainda mais porque o modelo de financiamento eleitoral que vigeu até a publicação da Lei n. 13.165/2015 não estabele-

¹⁴ CONTAS abertas. Disponível em: <<http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/807>>. Acesso em: 24 jul. 2016.



lecia limites totais para o gasto de campanhas. O candidato poderia investir o valor que seu próprio partido estabelecia como teto.

O financiamento exclusivamente público para campanhas eleitorais foi proposto, entre outros projetos de lei, pelo Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 268/2011,¹⁵ de autoria dos senadores José Sarney e Francisco Dornelles, que apresentava as seguintes justificações, entre outras:

- a) a proposta inspira-se na necessidade de redução dos gastos de campanhas, que vêm crescendo exponencialmente no País, bem como na necessidade de por fim à utilização de recursos não contabilizados, oriundos do chamado *caixa dois*;
- b) tal modalidade de financiamento permite à Justiça Eleitoral, à imprensa e à cidadania, verificar se a prestação de contas dos partidos e dos candidatos está correta e se é compatível com os gastos realizados;
- c) um dos objetivos que os regimes democráticos têm buscado em matéria de eleições é exatamente o tratamento igualitário dos concorrentes ao pleito, de forma a impedir que alguns alcancem a vitória eleitoral, não pelo convencimento das teses e do programa que propõem, e sim em função da arregimentação de eleitores e da propaganda eleitoral propiciadas pelo seu poder econômico;
- d) a Constituição Federal veda expressamente o abuso do poder econômico, devendo lei complementar estabelecer os casos de inelegibilidade, a fim de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico.

Com efeito, o financiamento exclusivamente público de campanha reveste o processo eleitoral de uma maior isonomia entre os candidatos, reduzindo a influência do poder econômico sobre o resultado das eleições, porquanto o valor a ser investido no pleito será definido a partir do número de eleitores e distribuído entre todos os candidatos. Ademais, representará um freio na escalada de gastos de campanhas eleitorais. Segundo Paulo Teixeira, o custo elevado das eleições no Brasil está vinculado diretamente à forma como as campanhas eleitorais são realizadas atualmente:

Invertendo-se a lógica atual – centrada no personalismo e em milionárias técnicas de marketing – automaticamente baixarão os custos. Sem o financiamento privado, haverá a explicitação dos custos das campanhas, já que não haverá valores relacionados a um possível contrato com o setor público.¹⁶

O financiamento exclusivamente público de campanhas eleitorais certamente não acabará com a corrupção no País, mas representará verdadeiro avanço no sistema eleitoral no sentido de reduzir as irregularidades e ilicitudes que marcaram as eleições no Brasil. Ademais, esse modelo de financiamento permite a realização de eleições com custos menores e facilita o combate à malversação do dinheiro público. Veja-se que combater os casos de financiamentos privados *por fora* deixará muito menos sequelas para o País do que manter um sistema que estimula a corrupção e a permissividade eleitoral.

¹⁵ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 268/2011*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=89817&tp=1>>. Acesso em: 12 maio 2016.

¹⁶ TEIXEIRA, Paulo. Reforma política, mais democracia, mais cidadania. *Estudos Eleitorais*: Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, v. 6, n. 1, p. 135-136, jan./abr. 2011.



Desde o começo do século passado o financiamento público de campanhas eleitorais vem sendo apresentado como medida para combater a corrupção no governo. Nesse sistema, a única fonte lícita seria o orçamento da União, cabendo à Justiça Eleitoral punir doadores e candidatos que recebessem contribuições ilegais.

Todavia, os críticos do financiamento exclusivamente público de campanhas eleitorais alegam que tal volume de recursos não deveria ser aplicado em campanhas eleitorais, uma vez que faltariam recursos públicos para áreas essenciais, cujas demandas ainda não foram atendidas e não param de crescer, conforme já mencionado. Nesse sentido, o Conselho dos Ministros da Itália, em dezembro de 2013, aboliu o financiamento público dos partidos políticos naquele País. A medida prevê que as legendas levem recursos apenas por meio de contribuições voluntárias privadas. Com a nova regra, nenhuma pessoa física poderá doar mais de 300 mil euros (R\$ 963 mil) por ano a uma única sigla, tanto em dinheiro quanto o equivalente em bens e serviços. As contribuições também não poderão superar o limite de 5% das receitas declaradas no último balanço do partido. Para as pessoas jurídicas, o teto anual é de 200 mil euros (R\$ 642 mil).¹⁷

O projeto aprovado pela Itália está na direção oposta às mudanças ocorridas na legislação brasileira, que, por meio da Lei n. 13.165/2015, vedou as doações e contribuições das empresas para as campanhas eleitorais. Para a OAB, que ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade, “a infiltração do poder econômico nas eleições gera graves distorções”,¹⁸ como a desigualdade política, uma vez que aumenta a influência dos mais ricos sobre o resultado das eleições, e, conseqüentemente, sobre a atuação do próprio Estado. Por outro lado, os candidatos que não têm patrimônio para suportar os gastos de uma campanha nem acesso a recursos privados seriam sempre vencidos nas disputas eleitorais. Sustentou a OAB que:

Esta dinâmica do processo eleitoral torna a política extremamente dependente do poder econômico, o que se afigura nefasto para o funcionamento da democracia. Daí porque um dos temas centrais no desenho institucional das democracias contemporâneas é o financiamento das campanhas eleitorais. Além disso, dita infiltração cria perniciosas vinculações entre os doadores de campanha e os políticos, que acabam sendo fonte de favorecimentos e de corrupção após a eleição.¹⁹

O Brasil adotou um sistema misto de financiamento, que combina financiamento público com contribuições particulares voluntárias, de modo que o contribuinte brasileiro já financia as campanhas eleitorais, quer seja por meio do Fundo Partidário, cuja dotação orçamentária para 2015 foi de R\$ 811.285.000,00 (oitocentos e onze milhões e duzentos e oitenta e cinco mil reais),²⁰ quer seja através da renúncia fiscal relativa ao horário “gratuito” no rádio e na televisão que os candidatos têm na campanha eleitoral, típico exemplo de financiamento público indireto. Conforme já mencionado, em 2014, ano em que houve eleição para os cargos de Presidente da República, Governador, Senador, Deputado Federal e Deputado Estadual, foram compensados R\$ 848 milhões às emissoras na forma de ressarcimento fiscal.

¹⁷ ITÁLIA elimina financiamento público de partidos. *Exame.com*. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/italia-elimina-financiamento-publico-de-partidos>>. Acesso em: 5 jan. 2016.

¹⁸ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650*. Brasília, 2011.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Distribuição do Fundo Partidário 2015: duodécimos*. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-distribuicao-do-fundo-partidario-duodecimos-2015-1429900293402>>. Acesso em: 25 jul. 2016.





Até a publicação da Lei n. 13.165/2015 não havia, efetivamente, limites para o gasto com campanhas eleitorais, embora a legislação autorizasse essa prática. Com efeito, o art. 17-A da Lei n. 9.504/1997, revogado pela Lei n. 13.165/2015, estabelecia que “a cada eleição caberá à lei fixar até o dia 10 de junho de cada ano eleitoral o limite dos gastos de campanha para os cargos em disputa; não sendo editada lei até a data estabelecida, caberá a cada partido fixar o limite de gastos [...]”.²¹ Ocorre que até a eleição de 2012 nunca fora editada lei fixando o limite de gastos de campanha.

Ante a ausência de lei que, a cada eleição, deveria estabelecer limite de gastos de campanha, consolidou-se como regra a segunda parte do artigo 17-A: o candidato poderia gastar na campanha eleitoral o valor que seu próprio partido estabelecesse como limite.

4 FINANCIAMENTO E GASTOS DE CAMPANHA NA LEI N. 13.165/2015

Com a edição da Lei n. 13.165, publicada em 29 de setembro de 2015, as campanhas eleitorais passaram a ser financiadas exclusivamente por doações de pessoas físicas e pelos recursos do Fundo Partidário, sendo vedadas as doações de pessoas jurídicas. Note-se que a proibição de financiamento de campanhas por parte de empresas se fundamenta no princípio de que os direitos políticos são destinados às pessoas físicas, portanto, somente as pessoas físicas votam, logo, somente elas poderiam contribuir com as campanhas eleitorais. Os empresários poderiam contribuir apenas como pessoas físicas, dentro do limite legal estabelecido. A propósito, em setembro de 2015, portanto antes da publicação da Lei n. 13.165/2015, o STF já havia declarado a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais.

A nova Lei também criou tetos de gastos para as campanhas eleitorais, estabelecendo que o limite de gastos dos candidatos nas eleições para Presidente da República, Governador e Prefeito seria definido com base nos gastos declarados para os mesmos cargos na eleição imediatamente anterior à promulgação da Lei, observado o seguinte:

- a) para o primeiro turno das eleições, o limite será de:
 - a.1) 70% (setenta por cento) do maior gasto declarado para o cargo, na circunscrição eleitoral em que houve apenas um turno;
 - a.2) 50% (cinquenta por cento) do maior gasto declarado para o cargo, na circunscrição eleitoral em que houve dois turnos;
- b) para o segundo turno das eleições, onde houver, o limite de gastos será de 30% (trinta por cento) do valor previsto no inciso I.

A dita Lei também estabeleceu que, nos municípios de até dez mil eleitores, o limite de gastos será de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para Prefeito e de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para Vereador, ou o estabelecido no *caput* se for maior.

Por sua vez, o limite de gastos nas campanhas eleitorais dos candidatos às eleições para Senador, Deputado Federal, Deputado Estadual, Deputado Distrital e Vereador será de 70% (setenta por cento) do maior gasto contratado na circunscrição para o respectivo cargo na eleição imediatamente anterior à publicação da Lei.

Outra medida importante no sentido de reduzir o desequilíbrio da concorrência nos pleitos eleitorais foi a fixação de tetos para a utilização de recursos próprios dos

²¹ BRASIL. Lei n. 13.165, de 29 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm>. Acesso em: 25 jul. 2016.



candidatos. Anteriormente à Lei n. 13.165/2015, essas contribuições ficavam limitadas ao valor máximo de gasto estabelecido pelo partido, nos termos do art. 23, § 1º, inciso II, da Lei n. 9.504/1997, o que equivale a dizer que o limite era proporcional à riqueza e disposição de gasto do candidato. Tal sistemática, portanto, permitia que candidatos endinheirados “comprassem um mandato”. Doravante, o candidato somente poderá usar recursos próprios em sua campanha até o limite de gastos estabelecido na nova Lei para o cargo ao qual concorre.

Por meio da Resolução n. 23.459/2015, o TSE divulgou os limites de gastos de campanha. Para Salvador, por exemplo, o limite de gastos para o cargo de Prefeito é de R\$14.679.383,56 para o primeiro turno, e de R\$ 4.403.815,07, para o segundo turno. Já para o cargo de Vereador, o limite é de R\$ 396.701,56.

Certamente, as mudanças que se referem à limitação dos gastos de campanha e à proibição de financiamento eleitoral por parte de empresas exercerão razoável influência nos valores arrecadados e no resultado das eleições, porquanto atenuam a influência do poder econômico. Contudo, como se vê, os limites de gastos já divulgados para os cargos de Prefeito e Vereador ainda são muito elevados, o que, na prática, dificultará a mitigação da influência dos gastos de campanha nas eleições. Nesse sentido, embora a Lei n. 13.165/2015 represente um grande passo no sentido de garantir o equilíbrio no pleito eleitoral, uma vez que vedou a participação de empresas no financiamento de campanhas eleitorais, o modelo ainda está fundado em doações privadas de pessoas físicas, permitindo que candidatos ricos tenham vantagens na disputa por cargos eletivos.

5 ABUSO DO PODER ECONÔMICO NAS ELEIÇÕES

193

Segundo a Constituição Federal, em seu art. 10, § 9º, lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade, a fim de proteger a “influência” do poder econômico. Por sua vez, o § 10 do mesmo artigo prevê que o mandato eletivo poderá ser impugnado caso seja comprovado o “abuso” do poder econômico.

Portanto, resta claro que a Constituição Federal, além de prever a impugnação de mandato eletivo nos casos de “abuso” do poder econômico, expressamente também determina a elaboração de lei complementar para a garantia da proteção da normalidade e legitimidade das eleições contra a “influência” do poder econômico. Todavia, somente o abuso do poder econômico mereceu tratamento em leis infraconstitucionais, inexistindo até hoje uma regulamentação específica sobre a influência do poder econômico nas eleições. Vale destacar que o Código Eleitoral (Lei n. 4.737/1965), prevê, em seu art. 237, que a mera interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto, serão coibidos e punidos.

Nesse sentido, o que de fato se consolidou na Justiça Eleitoral foi somente a representação contra o abuso do poder econômico, omitindo-se o legislador quanto à proteção da legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico, conforme dispõe o art. 22 da Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990.

Segundo Caramuru Afonso Francisco, ocorre o abuso do poder econômico quando acontece a transgressão das regras limitadoras da influência do poder econômico nos pleitos eleitorais (regras de arrecadação e aplicação de recursos nas campanhas eleitorais e prestação de contas à Justiça Eleitoral) e ocorre influência do



poder econômico quando, apesar de formalmente não transgredir nenhuma norma limitadora, este se apresenta como elemento capaz de interferir no embate político, desviando a vontade popular:

[...] deverá o poder econômico se jungir a limites que forem estatuidos pela lei, sob pena de, ao transgredi-los, configurar-se abuso do poder econômico e, mesmo em não havendo transgressão destas normas legais, sempre que ficar evidenciado que a utilização dos recursos alterou a vontade popular consubstanciada nas urnas, isto é, que tenha havido interferência do poder econômico, para se utilizar da feliz nomenclatura do Código Eleitoral, também se estará diante de hipótese de intolerância por parte da ordem jurídica. [...] Haverá abuso do poder econômico sempre que se transgredirem as normas legais estabelecidas para reger a arrecadação de recursos nas campanhas eleitorais, enquanto que se terá hipótese de influência do poder econômico sempre que houver conduta que, apesar de formalmente não transgredir quaisquer das normas limitadoras, criar estado de interferência, ou seja, a atuação do poder econômico seja tal que se tenha o desvio da vontade popular (grifos nossos).²²

Corroboram com esse entendimento as lições de Pedro Roberto Decomain,²³ para quem “influência” e “abuso” do poder econômico não se confundem, na medida em que o texto constitucional procurou afastar, não somente o abuso, como também qualquer influência do poder econômico no resultado das eleições. Ocorre que, em decorrência da falta de uma regulamentação sobre a proteção do equilíbrio e da legitimidade das eleições contra a “influência” do poder econômico, os Tribunais e os doutrinadores só tratam do “abuso”.

O abuso de poder econômico se refere à utilização excessiva, na campanha eleitoral, de recursos materiais ou humanos que representem valor econômico, ocasionando desequilíbrio na disputa entre os candidatos. Para Adriano Soares da Costa, o abuso do poder econômico “consiste na vantagem dada a uma coletividade de eleitores, indeterminada ou determinável, beneficiando-os pessoalmente ou não, com a finalidade de obter-lhes o voto”.²⁴

Com efeito, o abuso do poder econômico em matéria eleitoral se refere à utilização excessiva, antes ou durante a campanha eleitoral, de recursos financeiros ou patrimoniais que beneficiam candidato, partido ou coligação, afetando, assim, o equilíbrio e a legitimidade das eleições.

Dada sua imprecisão conceitual, o abuso do poder econômico pode assumir contornos diversos, por isso, somente as situações examinadas no caso concreto permitirão ao julgador afirmar se o fato se enquadra ou não na previsão de abuso.

Considerando a elasticidade do conceito de abuso do poder econômico, podemos elencar entre os diversos exemplos dessa prática: a utilização de *caixa dois*, os desvios dos meios de comunicação social, o fornecimento irregular de bens e serviços ao eleitor, a distribuição vedada de brindes, a percepção de recursos de fontes vedadas, o descumprimento de regras de arrecadação e prestação de contas e a utilização indevida de transportes nas eleições.

²² FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Dos abusos nas eleições*: a tutela jurídica da legitimidade e normalidade do processo eleitoral. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 14-16.

²³ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Influência do poder econômico e financiamento público de campanhas eleitorais. Resenha Eleitoral*: Nova série. Florianópolis, v. 13, 2006. p. 27.

²⁴ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 358.



Cabe ressaltar que antes da edição da Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010 (Lei da Ficha Limpa) exigia-se, para a caracterização do abuso do poder econômico, que a conduta apresentasse potencialidade para alterar o resultado da eleição (potencialidade lesiva). Porém, atualmente, avalia-se apenas a gravidade das circunstâncias que caracterizam o ato lesivo, conforme a redação do artigo 22, inciso XVI, da Lei Complementar n. 64/1990.

6 CONCLUSÃO

Os custos declarados de campanhas eleitorais no Brasil são bem altos em comparação com outros países. Os fatores mais importantes a contribuir com esse fenômeno são os seguintes: a) a representação proporcional em lista aberta nas eleições para o Legislativo, uma vez que, sob tais regras, os candidatos competem não apenas com os candidatos de outros partidos, mas também com seus partidários; b) o acirramento da concorrência a cada eleição; c) a falta de organização dos partidos e de credibilidade em seus programas, que resulta na personalização do processo eleitoral e no estímulo à organização de verdadeiras máquinas de arrecadação por parte dos candidatos; e d) a ausência de limites no financiamento das campanhas eleitorais: ante a ausência de lei que, a cada eleição, estabeleça o teto dos gastos de campanha, vale o limite (ou a falta dele) definido pelo próprio partido.

Na medida em que a capacidade de financiamento de campanha e o saldo da conta bancária do candidato a cargo eletivo definem quem serão os representantes do povo, a democracia representativa estará em xeque, ou melhor, “em cheque”. Sim, pois os legítimos interesses da maioria, e mesmo as reivindicações das minorias, serão sempre preteridos em face das demandas dos financiadores de campanhas ou mesmo dos interesses dos próprios candidatos. Conhecedores do papel decisivo que os recursos financeiros exercem sobre os resultados da eleição, os políticos se mobilizam e se articulam principalmente no sentido de atender aos interesses dos financiadores, preterindo as políticas, planos e projetos de interesses da população.

Com efeito, as mudanças introduzidas pela Lei n. 13.165/2015, notadamente às que se referem à limitação dos gastos de campanha e à proibição de financiamento eleitoral por parte de empresas, constituem um avanço em direção à mitigação da influência do poder econômico no resultados das eleições. Contudo, os limites de gastos para pessoas físicas ainda são muito elevados, o que, na prática, implica um obstáculo para a garantia da paridade de condições entre candidatos nos pleitos eleitorais, princípio fundamental para a construção de um país verdadeiramente democrático.

O sistema jurídico eleitoral brasileiro permite e até estimula a influência do poder econômico nas eleições, valorando tão somente o abuso do poder econômico que atente contra um pequeno conjunto de regras previstas na lei eleitoral. Assim mesmo, os dispositivos legais que visam à proteção do equilíbrio e da legitimidade das eleições contra esse emprego excessivo de recursos financeiros ou patrimoniais não apresenta a efetividade necessária, dado o grau de subjetividade requerido na sua caracterização.

O financiamento exclusivamente público de campanha se apresenta como alternativa política que poderá criar um contexto desfavorável à corrupção e um sistema eleitoral que desestime a lavagem de dinheiro e o *caixa dois*, permitindo uma maior transparência e controle por parte dos órgãos públicos do abuso do poder econômico nas eleições e da própria influência dos gastos de campanha.





Porém, seja qual for a sistemática de financiamento de campanha eleitoral a ser adotada no Brasil, uma coisa é certa: somente o efetivo controle judicial e uma fiscalização eficiente, capazes de punir aqueles que agirem fora da lei, poderão combater a influência dos gastos econômicos no resultado das eleições e garantir o percurso da sociedade em direção a uma democracia representativa em que as disputas por cargos eletivos ocorram num ambiente de equilíbrio, onde prevaleça a disputa de ideias e de plataforma e não o saldo bancário do candidato.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 268/2011*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=89817&tp=1>>. Acesso em 12 maio 2016

BRASIL. Senado Federal. *Lei n. 13.165, de 29 de setembro de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13165.htm>. Acesso em: 25 jul. 2016

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *[Eleitorado brasileiro em 2014]*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-candidaturas-2014/copy_of_estatisticas-eleitorais-2014>. Acesso em: 24 jul. 2016.

_____. *[Soma dos gastos das campanhas eleitorais das eleições 2010, 2012 e 2014]*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-antiores/eleicoes-antiores>>. Acesso em 14 jul. 2016.

_____. *Distribuição do fundo partidário 2015: duodécimos*. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-distribuicao-do-fundo-partidario-duodecimos-2015-1429900293402>>. Acesso em 25 jul. 2016.

CAMPOS, Hélio Sílvio Ourém; ASSIS JUNIOR, Moises Pereira de. Financiamento público de campanhas eleitorais. *Estudos Eleitorais*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 29, maio/ago. 2012. p. 29.

CONTAS abertas. Disponível em: <<http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/807>>. Acesso em: 24 jul. 2016.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Influência do poder econômico e financiamento público de campanhas eleitorais. *Resenha Eleitoral: Nova série*. Florianópolis, v. 13, 2006.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Dos abusos nas eleições: a tutela jurídica da legitimidade e normalidade do processo eleitoral*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

IBGE. *Séries estatísticas*. Disponível em: <<http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 25 jun. 2016.





ITÁLIA elimina financiamento público de partidos. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/italia-elimina-financiamento-publico-de-partidos>>. Acesso em: 5 jan. 2016.

MILITÃO, Eduardo. Deputados enterram financiamento público de campanha. *Congresso em Foco*, Brasília, abr. 2013. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/deputados-enterram-financiamento-publico-de-campanha/>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650*. Brasília, 2011.

SAMUELS, David. Financiamento de campanhas no Brasil e propostas de reforma. *Suffragium*: Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 3, n. 4, jan./jun. 2007.

TEIXEIRA, Paulo. Reforma política, mais democracia, mais cidadania. *Estudos Eleitorais*: Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, v. 6, n. 1, jan./abr. 2011.

VALENTE NETO, José. O voto facultativo e o financiamento público de campanha no Brasil: corrupção, cidadania e democracia em debate. *Themis*: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, v. 3, n. 2, 2003.





TRANSFUGUISMO POLÍTICO E INFIDELIDADE PARTIDÁRIA: ANÁLISE DO TRATAMENTO CONSTITUCIONAL E DA JURISPRUDÊNCIA CORRELATA NO DIREITO BRASILEIRO

Adriano Bernardo de França*

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo trabalhar os conceitos de transfuguismo político e infidelidade partidária buscando compreender suas particularidades e realizar uma análise da previsão constitucional e da jurisprudência sobre o tema no Brasil, bem como fazer uma abordagem crítica quanto à constitucionalidade da Resolução n. 22.610 do TSE e a ocorrência ou não de ativismo judicial na criação de regras de perda de mandato por desfiliação partidária.

Palavras-chave: Constitucional. Eleitoral. Infidelidade Partidária. Transfuguismo político. Constitucionalidade. Ativismo Judicial.

ABSTRACT

This article aims to work with the concepts of political turncoat and party loyalty trying to understand its features and perform an analysis of the constitutional provision and the jurisprudence on the subject in Brazil, as well as a critical approach constitutionality of the TSE Resolution number 22.610 and occurrence or not of judicial activism in creating rules of loss of mandate by party disaffiliation.

Keywords: Constitutional. Electoral. Party loyalty. Political turncoat. Constitutionality. Judicial activism.

199

1 INTRODUÇÃO

O bom funcionamento do Poder Legislativo e da política de um modo geral é de fundamental importância para o Estado Democrático de Direito. As atividades política e parlamentar suscitam interessantes discussões, pois, no seu exercício, como se sabe, estão em jogo muitos interesses: os do povo em geral, dos eleitores, dos partidos políticos, dos próprios parlamentares, interesses econômicos, políticos, sociais, dentre outros não tão éticos. Assim, o estudo dos direitos e da temática constitucional relacionada aos direitos políticos, ao Poder Legislativo e aos seus membros se mostra de grande importância.

* Advogado. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Campina Grande. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, com menção em Direito Constitucional, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal.





Sob essa perspectiva, o presente trabalho propõe-se a analisar a relação dos parlamentares com os partidos políticos, no que diz respeito à infidelidade partidária e ao transfuguismo político, no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em conta o direito constitucional posto e os entendimentos jurisprudenciais, nomeadamente do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, que terminaram por ocasionar a elaboração e a publicação da Resolução n. 22.610 do TSE.¹

De modo mais específico, a escolha do tema motiva-se por alguns tópicos – ou subtemas – que causam certa inquietação, por exemplo: o troca-troca de partido por parte dos parlamentares mesmo depois da edição da supracitada Resolução (que, em termos de sistematização, estabeleceu com certo pioneirismo regras de perda de mandato por desfiliação partidária); a relação entre tais fatos e a difundida existência de uma crise de representatividade dos políticos e do próprio Legislativo brasileiro.²

Insta referir que, além disso, outras indagações surgiram de leituras preliminares que foram realizadas sobre o tema que se procura desenvolver ao longo do trabalho, das quais citam-se: Existe diferença entre transfuguismo político e infidelidade partidária? Qual o tratamento dado pela Constituição Brasileira à infidelidade partidária e ao transfuguismo político? Existe espaço no texto constitucional para criação de regras de perda de mandato por infidelidade ou por transfuguismo? As decisões do STF e as decisões e a Resolução do TSE sobre o tema estão de acordo com a Constituição Brasileira de 1988?

De modo que, para tentar responder essas perguntas estruturalmente, de início, são trabalhados de forma sintética os conceitos de infidelidade partidária e transfuguismo político. Depois, aborda-se o quadro dogmático-normativo relacionado com o tema, com ênfase no que estabelece o texto da Constituição Brasileira de 1988. Na sequência, é feita uma apreciação dos pontos principais das decisões que concorreram para criação das regras de perda de mandato por desfiliação partidária, quando também são tecidos alguns comentários a respeito da Resolução n. 22.610 do TSE. Por fim, analisa-se a (in)constitucionalidade das regras de perda de mandato por infidelidade partidária (assim chamadas pelo STF e TSE) e busca-se verificar se houve “ativismo judicial” (no sentido que será apresentado) por parte dos dois tribunais na criação dessas regras.

Desde já, registra-se que, devido à amplitude e complexidade do tema, não se pretende – nem seria possível frente à natureza do presente trabalho – exaurir todos os seus aspectos, sendo aqui a intenção lançar um olhar reflexivo e provocativo que estimule a continuidade dos debates e diálogos sobre a problemática proposta, partindo do pensamento de que ela é um dos pontos-chave para o fortalecimento da nossa democracia e qualificação do nosso sistema político.

¹ Ao mencionar a referida Resolução no presente trabalho, já se tem em consideração a alteração imposta pela Resolução n. 22.733/08 que alterou o art. 11 da Resolução n. 22.610, tornando “irrecorríveis as decisões interlocutórias do Relator, as quais poderão ser revistas no julgamento final, de cujo acórdão cabe o recurso previsto no art. 121, § 4º, da Constituição da República”.

² De modo mais específico, o despertar pelo tema deu-se precipuamente pela observação e apreciação do momento da criação do Partido Social Democrático (PSD) no Brasil, ato construído por um grupo de políticos, em sua maioria, à época, de partidos de “oposição”, como forma de se aproximar do governo naquele instante vigente sem “cair” nas regras de perda de mandato criadas pelo TSE, não deixando de levar em consideração também o modo como surgiram e os desdobramentos decorrentes da criação de vários outros partidos nos últimos anos e desde a vigência da Resolução n. 22.610 do TSE.

Apenas a título de esclarecimento que entendemos necessário, não se lança aqui oposição ao Partido PSD e ao seu surgimento e a qualquer outro partido político do país. Quando se fala do partido e do momento do seu surgimento, traz-se tal fato apenas como laboratório e como ato que despertou o interesse pelo tema que, pelas suas particularidades, chamou atenção para toda sua importância, complexidade e implicações, assim como de outros que surgiram posteriormente e dos que, ainda podem surgir.



2 TRANSFUGUISMO POLÍTICO E INFIDELIDADE PARTIDÁRIA

2.1 CONCEITOS

Os termos infidelidade partidária e transfuguismo político geralmente são utilizados, no Brasil, como sinônimos: ou como sendo a infidelidade partidária gênero e o transfuguismo político uma das suas espécies ou ainda se utilizando o termo infidelidade partidária para tudo. Por esse motivo, mostra-se necessário, antes de qualquer coisa, tentar estabelecer conceitos para o que efetivamente vem a ser infidelidade partidária e transfuguismo político, procurando entender, a partir daí, algumas de suas diferenças.

2.1.1 Conceito de Infidelidade Partidária

Quanto à fidelidade partidária, Augusto Aras diz que corresponde ao dever que possuem os que exercem mandato de atuar de modo “condizente com as normas estatutárias, as diretrizes e o ideário programático do partido, fortalecendo a ideia de democracia representativa e, em *ultima ratio*, de alinhamento dos eleitos à vontade popular manifestada através do sufrágio”.³ Já para Dias, a infidelidade partidária teria um sentido bem menos amplo que a infração ao estatuto do partido, referindo-se, segundo ele, ao caso específico de “[...] um político, necessariamente integrante de algum dos parlamentos do País, que, no momento do voto, em todas as hipóteses de voto não secreto, posiciona-se de modo contrário à posição estabelecida no estatuto do partido”.⁴

Preferimos concordar com Aras, pois o posicionamento deste autor parece ser mais coerente com a previsão e o tratamento dado à infidelidade partidária na Constituição Brasileira de 1988 e em constituições anteriores (o que será abordado mais à frente), tendo em vista que o alcance da infidelidade partidária, na nossa compreensão, é mais amplo do que propõe Dias, não se resumindo apenas ao momento do voto do parlamentar.

Dessa forma, em termos gerais, pode-se dizer que a fidelidade partidária consiste em um conjunto de regras e/ou deveres que se impõe aos parlamentares, para que obedeçam ao estatuto e ao ideário programático do partido, com vistas a preservar e a valorizar a atividade dos partidos políticos, considerando que, em países que adotam constitucionalmente o princípio democrático, o pluralismo partidário e a forma representativa de democracia, a atividade dos partidos políticos se consubstancia importante instrumento para o bom desenvolvimento da democracia.

2.1.2 Conceito de Transfuguismo Político

No que diz respeito ao transfuguismo, este recebe especial atenção da doutrina espanhola. É importante dizer que vários são os aspectos que são discutidos em relação ao transfuguismo, o que não se pretende fazer no presente trabalho. Insta

³ ARAS, Augusto. Considerações gerais das ações de fidelidade partidária. *Revista Populus*, Salvador: Tribunal Regional Eleitoral, n. 1, p. 25-46, set. 2015. p. 26. Cf. DIAS, Bruno Palloni Costa. *Representantes versus partidos: o fenômeno do transfuguismo político no Brasil*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009. p. 91.

⁴ *Ibidem*, p. 92.



clarear que o objetivo aqui é apresentar um conceito que ofereça base para analisar a possibilidade de criação de regra por perda de mandato no contexto e de acordo com o texto atual da Constituição de 1988.

Feitas essas considerações, importa referir que o termo “transfuguismo” tem origem no latim e era empregado, segundo Javier García Roca, para “el militar que cambia de bando em tiempo de conflicto”⁵ e começou a ser usado na política e na atividade parlamentar “[...] de forma figurada que la lucha partidaria tenga a menudo algo de conflicto bélico no declarado e incruento”.⁶

Ainda sobre a sua origem e significado, Mallén escreve que são duas as perspectivas em que o termo pode ser encarado: “a) em sentido comum, com origem no latim, seria a pessoa que passa de um lado para outro oposto; b) em sentido figurado, seria a pessoa que muda de um partido para outro”.⁷ E, numa perspectiva jurídico-política, a autora aduz que existe uma condição *sine qua non* para que alguém seja considerado trânsfuga, qual seja, “desempeñar un cargo público representativo, entendiendo por tal el ejercido en entes públicos con base territorial en virtud de una relación democrática de representación política originada por una elección de los ciudadanos”.⁸

Em linha próxima, Dias assevera que:

No universo da política contemporânea, embora em locais como México ou República Dominicana o termo seja utilizado, de forma mais ampla, para qualquer caso de mudança de corrente ideológica, coletividade ou partido, em geral seu emprego é restrito ao proceder consistente no abandono de um partido (ou, em alguns locais, também de um grupo parlamentar) e ingresso em outro, especificamente por um cidadão no exercício de um cargo público eletivo.⁹

Dessa forma, compreende-se que, sem grandes discussões ou objeções, o fenômeno do transfuguismo pode ser conceituado como a mudança de um partido para outro, realizada por parte de um cidadão parlamentar, no exercício de um cargo público eletivo, para o qual foi eleito democraticamente.

Assim sendo, é possível se estabelecer como diferença, entre os dois fenômenos em análise, o fato de que a (in)fidelidade partidária diz respeito a obediência ou não do parlamentar ao estatuto e ao ideário programático do partido, já o transfuguismo se liga mais especificamente aos casos em que um parlamentar abandona um partido e ingressa em outro.

Por último, vale ressaltar que nem todos os casos de transfuguismo, no sentido de mudança de um partido para outro, merecem ser tratados de forma pejorativa ou juridicamente reprovável, sendo necessário verificar, em cada caso, os motivos que levaram o parlamentar realizar tal migração.

⁵ ROCA, Javier García. Representación política y transfuguismo: la libertad de mandato. *Cuadernos de Derecho Público*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, n. 32, p. 25-68, set./dez. 2007. p. 27.

⁶ ROCA, *loc. cit.*

⁷ Como afirma Mallén: “El diccionario de la Real Academia Española que recoge dos acepciones del término trânsfuga - del latín “transfuga” - una común, referida a la “persona que pasa de una parte a otra”, y una figurada, de aplicación a la persona que pasa de un partido a otro. MALLÉN, Beatriz Tomás. *Transfuguismo parlamentario y democracia de partidos*. Prólogo de Luis Lopes Guerra. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 33.

⁸ *Ibidem*, p. 34.

⁹ DIAS, 2009, p. 92.



2.2 QUADRO DOGMÁTICO-NORMATIVO DA INFIDELIDADE PARTIDÁRIA E TRANSFUGUISMO POLÍTICO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

2.2.1 Antes da Constituição de 1988

Para que se possa perceber melhor o entendimento do legislador constituinte quanto à infidelidade partidária e o transfuguismo no Brasil, faz-se necessário tecer algumas considerações das suas previsões em constituições brasileiras anteriores.

Começa-se por dizer que a infidelidade partidária e o transfuguismo político têm registro remoto no Brasil, tendo sido previstos no art. 152 da Emenda Constitucional n. 1/69.¹⁰ Este dispositivo que, na sua redação original, tratava da organização, funcionamento e extinção dos partidos políticos, já naquele tempo estabelecia regra e sanção de perda do mandato para o parlamentar que se opusesse às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou que deixasse o partido sob cuja legenda fosse eleito. Já no ano de 1978, com a Emenda Constitucional n. 11, o texto do referido artigo sofreu alteração, sendo acrescentada exceção à regra de perda de mandato ao parlamentar que migrasse do partido pelo qual se elegeu para participar, como fundador, de um novo partido, nos termos do § 5º do art. 152.¹¹

Posteriormente, todavia, essas inovações introduzidas pelas duas citadas Emendas Constitucionais foram retiradas do texto constitucional em decorrência da aprovação da Emenda n. 25/85.¹² Esta Emenda, já motivada por um sentimento de redemocratização de fim da ditadura militar, alterou praticamente todo o teor do art. 152, deixando de prever causas de perda de mandato por infidelidade partidária ou transfuguismo político, por desobediência às diretrizes do partido, por mudança de parlamentar para outros partidos ou qualquer outra forma.

¹⁰ Estabelecia o art. 152 da Emenda n. 1/69 à Constituição de 1967: A organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios: [...] V - disciplina partidária; [...]. Parágrafo único. Perderá o mandato no senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa. (BRASIL. *Emenda Constitucional n. 1, de 17, outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.).

¹¹ Art. 152, § 5º Perderá o mandato no senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitude ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja rege for eleito, salvo se para participar, como fundador, da constituição de novo partido. (Incluído pela EC11/78). (BRASIL. *Emenda Constitucional n. 11, de 13 de outubro de 1978*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc11-78.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.).

¹² Art. 1º Os dispositivos da Constituição Federal abaixo enumerados passam a vigorar com as seguintes alterações: [...].

“Art. 152. É livre a criação de Partidos Políticos. Sua organização e funcionamento resguardarão a Soberania Nacional, o regime democrático, o pluralismo partidário e os direitos fundamentais da pessoa humana, observados os seguintes princípios:

I - é assegurado ao cidadão o direito de associar-se livremente a Partido Político;

II - é vedada a utilização pelos Partidos Políticos de organização paramilitar;

III - é proibida a subordinação dos Partidos Políticos a entidade ou Governo estrangeiros;

IV - o Partido Político adquirirá personalidade jurídica mediante registro dos seus Estatutos no Tribunal Superior Eleitoral;

V - a atuação dos Partidos Políticos deverá ser permanente e de âmbito nacional, sem prejuízo das funções deliberativas dos órgãos estaduais e municipais.

§ 1º Não terá direito a representação no Senado Federal e na Câmara dos Deputados o Partido que não obtiver o apoio, expresso em votos, de 3% (três por cento) do eleitorado, apurados em eleição geral para a Câmara dos Deputados e distribuídos em, pelo menos, 5 (cinco) Estados, com o mínimo de 2% (dois por cento) do eleitorado de cada um deles.

§ 2º Os eleitos por Partidos que não obtiverem os percentuais exigidos pelo parágrafo anterior terão seus mandatos preservados, desde que optem, no prazo de 60 (sessenta) dias, por qualquer dos Partidos remanescentes.

§ 3º Resguardados os princípios previstos no «caput» e itens deste artigo, lei federal estabelecerá normas sobre a criação, fusão, incorporação, extinção e fiscalização financeira dos Partidos Políticos e poderá dispor sobre regras gerais para a sua organização e funcionamento.» (BRASIL. *Emenda Constitucional n. 25, de 15 de maio de 1985*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc25-85.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.).





Ao que parece, as disposições da Emenda Constitucional n. 25/85, em parte, foram levadas em consideração pelo legislador constituinte originário de 1988, sendo previsto o termo “fidelidade partidária” na Constituição, não integrando, todavia, a infidelidade partidária, o rol de causas de perda de mandato. Para averiguar tal fato, passa-se agora a analisar o tratamento da infidelidade partidária e do transfuguismo político na Constituição de 1988.

2.2.2 O Termo “Fidelidade Partidária” na Constituição Brasileira de 1988

O termo “fidelidade partidária” aparece no Capítulo V (Dos Partidos Políticos), art. 17, § 1º, da Constituição Federal de 1988. Este dispositivo garante aos partidos políticos “autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento [...], devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária”. Importa salientar que o termo não é utilizado no texto constitucional em outro dispositivo.

Fazendo uma relação com a previsão da infidelidade partidária e o transfuguismo político nas constituições anteriores, verifica-se que, apesar de ter retomado e previsto a fidelidade partidária, o legislador constituinte preferiu não descrever e adotar regras de perda do mandato por oposição às diretrizes estabelecidas pelos partidos ou mudança para outro partido, como fizeram as Emendas Constitucionais n. 1/69 e n. 11/78. Assim, entre a não previsão da EC n. 25/85 (de três anos antes) e a adoção de regras e sanções previstas nas Emendas n. 1/69 e n. 11/78, ficou em um meio termo.

Pelo que parece – e é o que se entende no presente trabalho – o legislador constituinte conscientemente não fez a previsão de perda de mandato por infidelidade partidária ou transfuguismo político, optando por deixar a cargo dos partidos a elaboração das normas de fidelidade que entendam oportunas e necessárias ao desenvolver da atividade partidária e a manutenção da sua força política. De modo que, escolheu e terminou por privilegiar a autonomia e a liberdade de organização interna dos partidos.

Apesar disso, é importante ressaltar que na Constituição existe previsão expressa de outros casos em que o parlamentar poderá perder o mandato, os quais a seguir serão objeto de análise.

2.2.3 Casos de Perda de Mandato por Deputado ou Senador, previstos no Art. 55 da Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 traz, em seu artigo 55,¹³ os casos de perda de mandato de Deputado ou Senador. No referido dispositivo, estão previstas como

¹³ Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado. § 1º É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas. § 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 76, de 2013). § 3º Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa § 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional de Revisão n. 6, de 1994). (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.).





causas de perda do mandato de um parlamentar: o exercício de alguma das atividades incompatíveis previstas no artigo 54; o proceder de forma incompatível com o decoro parlamentar; a ausência a 1/3 das sessões ordinárias da Casa, salvo justificção das faltas por licença ou missão por ela autorizada; a condenação criminal por sentença transitada em julgado; a perda ou a suspensão dos direitos políticos; e a perda do mandato decretada pela Justiça Eleitoral, em casos que estejam previstos na Constituição.

Sobre a referida norma constitucional, Uadi Lammêgo Bulos afirma que “A Constituição de 1988 previu as hipóteses em que os parlamentares ficam sujeitos à perda do mandato, as quais não podem ser diminuídas nem ampliadas por ato legislativo”.¹⁴

Analisando o que preleciona Bulos, o texto do referido dispositivo e o contexto em que foi criado, entende-se que o *rol* apresentado tem caráter taxativo e essa teria sido conscientemente uma preocupação do legislador, pois, inclusive no que diz respeito à perda de mandato decretada pela Justiça Eleitoral, o legislador constituinte originário teve o cuidado de limitar essas decisões a casos previstos na Constituição.

Assim, o que se percebe é que a falta de menção expressa de perda de mandato por infidelidade partidária ou transfuguismo político foi uma opção legislativa. Ao excluir essa hipótese de cassação do mandato, talvez tenha sido influenciado na época pelas alterações trazidas pela EC 25/85.

2.2.4 Casos de Perda ou Suspensão dos Direitos Políticos no Art. 15 da Constituição Federal de 1988

Outro importante dispositivo da Constituição Federal de 1988 a se analisar e que tem relação com os dois institutos tratados no presente trabalho, é o artigo 15,¹⁵ que prevê casos de perda ou suspensão de direitos políticos no Brasil.

Sobre a perda ou a suspensão dos direitos políticos, José Afonso da Silva afirma que, na Constituição de 1988, “O princípio que prevalece é o da plenitude do gozo dos direitos políticos”,¹⁶ porém, em casos excepcionalíssimos, o cidadão pode ter seus direitos políticos privados, de modo temporário ou definitivo, fato que, por decorrência, importa na perda da sua cidadania política. Isso significa que, se o cidadão já era eleitor, deixa de ser ou então torna-se inalistável, conseqüentemente tem sua elegibilidade e seus direitos intrínsecos à qualidade de eleitor relativizados e retirados em certo grau.¹⁷

Nessa linha, Silva ensina que “A privação definitiva se denomina perda dos direitos políticos; a temporária é suspensão. A Constituição veda a cassação de direitos políticos, e só admite a perda e a suspensão nos casos indicados no art. 15”.¹⁸ O referido autor aponta como causas de perda dos direitos políticos o cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado e a recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa. Já os casos de suspensão seriam a incapacidade

¹⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.088.

¹⁵ Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II - incapacidade civil absoluta; III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.).

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 382.

¹⁷ SILVA, *loc. cit.*

¹⁸ SILVA, *loc. cit.*





dade civil absoluta, a condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos, e a improbidade administrativa.¹⁹

Cumpre ressaltar que não consta, no dispositivo em análise, qualquer referência ou menção, direta ou indireta, a perda ou suspensão de direitos políticos por infidelidade partidária ou transfuguismo. A adoção de regra de perda do mandato por esses motivos e fora do que prevê o artigo causaria efeito análogo ao resultante da suspensão dos direitos políticos, pois, de uma forma ou de outra, o parlamentar deixa de exercer o mandato recebido do povo democraticamente.

Diante disso, da análise do art. 15 da Constituição e levando em consideração que prevalece o princípio da plenitude do gozo dos direitos políticos, acredita-se que não existe espaço, no texto constitucional posto, para que se estabeleça caso de perda de mandato por infidelidade partidária ou mudança para outro partido; estar-se-ia, nesta perspectiva, alargando o rol de casos de perda ou suspensão dos direitos políticos. Teria então a perda do mandato por infidelidade partidária e transfuguismo os mesmos efeitos emanados da perda ou suspensão dos direitos políticos, o que não condiz, a nosso ver, com o espírito do texto constitucional de uma forma geral e, nesse caso mais específico, com o que está previsto no art. 15 da Constituição.

2.2.5 Filiação Partidária como Condição de Elegibilidade

Mais um dispositivo da Constituição Brasileira de 1988 que merece atenção e se relaciona com a infidelidade partidária e com o transfuguismo é o artigo 14, § 3º. Este dispositivo trata das condições de elegibilidade.²⁰

Ao procurar um conceito de filiação partidária na doutrina brasileira mais reconhecida não se encontra uma definição bem elaborada ou formal, muito talvez porque o próprio termo seja um tanto autoexplicativo. Todavia, apenas para fins didáticos, analisando o que traz a Constituição Brasileira de 1988, pode-se dizer que a filiação partidária é a declaração pública, por parte de um cidadão que esteja em pleno gozo dos seus direitos políticos, de que concorda com o ideário programático, ideologia, estatuto e regras de um determinado partido político.

As condições de elegibilidade estão relacionadas com a capacidade eleitoral passiva do cidadão. Nesse sentido, Walber Agra ensina que “Assim como capacidade ativa começa com o alistamento eleitoral, e se concretiza com o voto, a capacidade passiva acontece com a elegibilidade, com a possibilidade de o cidadão ser eleito para um cargo público”.²¹

Quanto ao que vem a ser elegibilidade, José Afonso da Silva afirma que consiste no “direito de postular a designação pelos eleitores a um mandato político no Legislativo ou no Executivo”,²² aduzindo que “numa democracia a elegibilidade deve tender a *universalidade*”.²³ Infere ainda o autor que não devem ser impostas limitações que prejudiquem a livre escolha do eleitor, ditadas apenas por considerações práticas e isentas de qualquer condicionamento político, econômico, social ou cultural.²⁴

No já mencionado art. 14, § 3º, da Constituição, consta como condição de elegibilidade a filiação partidária. Em decorrência desse dispositivo, não se admite

¹⁹ SILVA, 2005, p. 383-384.

²⁰ 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; [...].

²¹ AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 329.

²² SILVA, *op. cit.*, p. 366.

²³ SILVA, *loc. cit.*

²⁴ SILVA, *loc. cit.*



no Brasil candidaturas e postulações políticas “avulsas” ou “independentes”, ou seja, não pode o parlamentar ser eleito sem estar filiado a um partido.

E é frente ao que estabelece o dispositivo em comento que alguns autores usam-no como um dos argumentos que justificariam a necessidade de permanência do parlamentar no partido pelo qual se elegeu. Disso se utilizam para defender que a Constituição possibilitaria e permitiria a criação de regras de perda de mandato por transfuguismo político e infidelidade partidária.

Nessa linha, Gilmar Mendes, por exemplo, defende que “No sistema eleitoral adotado no Brasil, os partidos políticos detêm um monopólio absoluto sobre as candidaturas”²⁵ e afirma:

Se considerarmos a exigência de filiação partidária como condição de elegibilidade e a participação do voto de legenda na eleição do candidato, tendo em vista o modelo eleitoral proporcional adotado para as eleições parlamentares, parece certo que a permanência do parlamentar na legenda pela qual foi eleito torna-se condição imprescindível para manutenção do próprio mandato.²⁶

Em relação a essa condição de elegibilidade, vale ressaltar que o art. 9º da Lei n. 9.504/97²⁷ prevê que a filiação partidária tem que ocorrer no prazo de, pelo menos, seis meses antes da data prevista para as eleições majoritárias ou proporcionais.

Como dito, esse é um dos argumentos, dentre outros, que, articulados, dão a impressão de que o atual texto constitucional, apesar de não prever, permite a criação de regras de perda de mandato por infidelidade partidária e transfuguismo. Tanto que, o que estabelece o art. 14 da Constituição, junto com outros argumentos, serviu como fundamentação para o Supremo Tribunal Federal e para o Tribunal Superior Eleitoral estabelecerem que o mandato parlamentar pertence aos partidos e criar regras de perda de mandato por infidelidade partidária e transfuguismo político, através de decisões judiciais e resoluções. Destarte, o processo de criação dessas regras e a jurisprudência correlata tornam-se importantes para o objetivo do presente trabalho, pelo que isso será abordado em seguida.

3 PRINCIPAIS DECISÕES DO STF E DO TSE SOBRE INFIDELIDADE PARTIDÁRIA E TRANSFUGUISMO POLÍTICO

A existência de regras sistematizadas sobre perda de mandato por infidelidade partidária e transfuguismo político no Brasil são fruto de interpretações e decisões da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral.

A primeira vez que o STF se pronunciou de modo mais direto e incisivo sobre o tema foi em 1989, logo após a entrada em vigor da Constituição Brasileira de 1988, no julgamento do Mandado de Segurança n. 20.927,²⁸ posicionando-se contra a perda de mandato por parte de parlamentar em caso de troca de partido.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 900.

²⁶ *Ibidem*, p. 100.

²⁷ BRASIL. *Lei n. 9.504, de 30 de setembro 1997*. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 20.927-5-DF, de 11.10.89*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85369>>. Acesso em: 24 ago. 2016.



O marco inicial para a criação das regras de perda de mandato por infidelidade partidária e transfuguismo foi a Consulta n. 1.398, realizada pelo Partido da Frente Liberal (atual Democratas) ao Tribunal Superior Eleitoral,²⁹ na qual o referido partido pretendia saber se os partidos políticos teriam o direito de preservar as vagas obtidas pelo sistema eleitoral proporcional nos casos de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda. Essa consulta fez com que o TSE, em resposta, elaborasse a Resolução n. 22.526,³⁰ estabelecendo que os partidos políticos teriam o direito de preservar as vagas dos candidatos eleitos.

Posteriormente a essa Resolução, também foi realizada a Consulta n. 1.407, indagando se o direito de preservar as vagas, nesses mesmos casos, também se estenderia aos cargos eleitos pelo sistema majoritário, à época sinalizando o TSE de forma positiva através da Resolução n. 22.600.³¹ Todavia, o STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.081,³² decidiu pela inaplicabilidade da regra de perda do mandato por infidelidade partidária ao sistema eleitoral majoritário.

Com base na Resolução n. 22.526 do TSE, os partidos solicitaram ao Presidente da Câmara dos Deputados que os cargos dos deputados que mudaram de partido fossem declarados vagos, tendo sido tal pedido indeferido pelo Presidente, Deputado Arlindo Chinaglia.

Do indeferimento, três partidos impetraram mandados de segurança com o objetivo de reaver os mandatos dos parlamentares “trânsfugas”: Partido Popular Socialista (PPS) – MS n. 26.602-3,³³ Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) – MS n. 26.603-1;³⁴ Democratas (DEM) – MS n. 26.604-0.³⁵

No julgamento desses Mandados de Segurança, o STF decidiu que a desfiliação partidária ou a mudança de partido teria como efeito a perda por parte do parlamentar do direito de continuar a exercer o mandato eletivo. Como consequência, foi editada pelo TSE a famigerada Resolução n. 22.610,³⁶ disciplinando o processo de perda de cargo eletivo em caso de desfiliação partidária sem justa causa e o processo de justificação de desfiliação partidária.

Tecidas essas considerações, passa-se agora a analisar algumas dessas decisões. Registre-se que, devido a sua quantidade e densidade, serão apresentados apenas seus aspectos e os argumentos que, com maior ênfase, relacionam-se e interessam mais ao trabalho.

²⁹ Essa competência é prevista no art. 23, XII, da Lei n. 4.737/65 (Código Eleitoral Brasileiro): “Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior, [...] XII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político [...]”.

³⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta n. 1.398, Resolução n. 22.526, de 27.3.07*. Relator Min. Cesar Asfor Rocha. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

³¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta n. 1.407, Resolução n. 22.600, de 16.10.07*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.081- DF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5081.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.602-3-DF, de 4.10.07*. Relator Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms26602CB.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.603-1-DF*. Relator Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/ms26603liminar.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.604-0-DF, de 4.10.2007*. Relatora Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

³⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 22.610, de 25.10.07*. Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-22-610>>. Acesso em: 24 ago. 2016.



3.1 O MANDADO DE SEGURANÇA N. 20.927-5 E O PRIMEIRO POSICIONAMENTO DO STF

Como já introduzido, um dos primeiros e mais diretos posicionamentos do STF a respeito da infidelidade partidária e do transfuguismo político foi proferido no julgamento do MS n. 20.927-5 do ano de 1989. Este foi impetrado por Fabrício Alves de Oliveira contra o Presidente da Câmara dos Deputados, pretendendo o impetrante que o STF se pronunciasse no sentido de que o suplente que se desliga de partido coligado perderia a condição de suplente da coligação.

O Ministro Relator Moreira Alves votou no sentido da inaplicabilidade da perda de mandato por infidelidade partidária, justificando da seguinte forma:

Ora, se a própria Constituição não estabelece a perda de mandato para o Deputado que, eleito pelo sistema de representação proporcional, muda de partido e, com isso, diminui a representação parlamentar do partido porque se elegeu (e se elegeu muitas vezes graças aos votos de legenda), quer isso dizer que, apesar de a Carta Magna dar acentuado valor a representação partidária (arts. 5º, LXXX, “a”; 58, § 1º; 58, § 4º; 103, VIII) não quis preservá-la com a adoção da sanção jurídica da perda do mandato, para impedir a redução da representação de um partido no Parlamento. Se o quisesse, bastaria ter colocado essa hipótese entre as causas de perda de mandato, a que alude o art. 55.³⁷

A maioria dos Ministros acompanhou o voto do Relator e o STF decidiu que, muito embora se leve em conta a existência do princípio da representação proporcional e que a representação parlamentar federal ocorra por intercessão dos partidos políticos, “não perde a condição de suplente o candidato diplomado pela Justiça Eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido ou aliança partidária pelo qual se elegeu”,³⁸ isso porque, devido ao silêncio da Constituição, seria inaplicável a perda de mandato por infidelidade partidária, tanto aos parlamentares empossados quanto aos suplentes.

Ficou estabelecido, dessa forma, que não existia espaço no texto constitucional para aplicação da sanção de perda de mandato por “infidelidade partidária”, valendo ressaltar que, nesse caso, de acordo com os conceitos utilizados já apresentados, não se tratava exatamente de caso de “infidelidade” e sim de transfuguismo político, mas, como é de costume entre boa parte dos juristas no Brasil, o STF utilizou o termo “infidelidade partidária”.

3.2 CONSULTAS N. 1.398 E N. 1.407 NO TSE

Em 2007, as Consultas n. 1.398 e n. 1.407, formuladas ao TSE, geraram, em resposta, respectivamente, as Resoluções n. 22.526 e n. 22.600, retomando-se as discussões sobre a perda de mandato por infidelidade partidária e transfuguismo. Na primeira Consulta, feita pelo Partido da Frente Liberal, o TSE respondeu, na Resolução n. 22.526,³⁹ que os partidos políticos têm o direito de preservar as vagas dos parlamentares obtidas pelo sistema proporcional (deputados federais, deputados estaduais e

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 20.927-5-DF, de 11.10.89*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85369>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta n. 1.398, Resolução n. 22.526, de 27.03.07*. Relator Min. Cesar Asfor Rocha. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 24 ago. 2016.





vereadores), quando haja pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outro. Na segunda Consulta, apresentada pelo Deputado Federal Nilson Mourão, o TSE, na Resolução n. 22.600, estabeleceu que o mesmo entendimento se estenderia também para os cargos obtidos pelo sistema majoritário (Presidente da República, governadores, senadores e prefeitos), indo ainda mais além ao afirmar que o mandato parlamentar pertence aos partidos e não ao eleito.

O argumento utilizado pelo TSE, nas respostas às referidas Consultas, é que se deve levar em conta o conjunto de princípios constitucionais e a sistemática da Carta Magna e, segundo os Ministros, fazendo isso, percebe-se que a Constituição dá “exponencial qualificação constitucional aos partidos”,⁴⁰ colocando-os na centralidade da democracia brasileira, pois os candidatos se elegem com o voto das legendas. Defendeu também o TSE que, em decorrência do art. 14, § 3º, V, da Constituição, que prevê a filiação partidária como condição de elegibilidade, “o vínculo existente entre o candidato e o partido é o mais forte, senão o único [...], podendo ser afirmado que o candidato não existe fora do partido político e nenhuma candidatura é possível fora de uma bandeira partidária”.⁴¹

Com base nas respostas às duas Consultas, os partidos políticos mais prejudicados com a mudança de parlamentares pediram ao Presidente da Câmara dos Deputados que fossem declarados vagos os cargos ocupados pelos parlamentares trânsfugas e fosse dada posse aos suplentes para ocupar as vagas. O pedido foi indeferido sob a alegação de que, além de não constar no art. 55 da Constituição Brasileira causa de perda de mandato desse tipo, não competiria ao Presidente da Câmara ou do Senado decretar a perda de mandato e sim à Mesa da respectiva Casa, caso em que caberia à Mesa da Câmara dos Deputados em conjunto decidir.

3.3 JULGAMENTO DOS MANDADOS DE SEGURANÇA N. 26.602-3, N. 26.603-1 E N. 26.604-0 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AADI N. 5.081/DF

Impetrados os Mandados de Segurança n. 26.602-3, 26.603-1 e 26.604-0, respectivamente, pelo Partido Popular Socialista, Partido da Social Democracia Brasileira e pelos Democratas, o STF mudou o posicionamento adotado em 1989, no MS n. 20.927, confirmando o que o TSE havia pronunciado na resposta das duas Consultas analisadas no tópico anterior, ou seja, o STF confirmou a perda, pelo parlamentar eleito, do direito de continuar a exercer o mandato eletivo quando ocorresse desfiliação partidária.

Para adotar essa posição, o STF utilizou como argumentos, por exemplo, o fato de que, no Brasil, a eleição dos deputados se faz pelo sistema proporcional, por lista aberta e nominal. Desse sistema, colhe-se, segundo o STF, que o eleitor exerce a sua liberdade de escolha entre os candidatos registrados pelos partidos políticos. O destinatário do voto seria então o partido político viabilizador da candidatura por ele oferecida. Assim, o parlamentar eleito vincula-se, necessariamente, a determinado partido político e tem, no ideário e no programa do partido, o norte de sua atuação.⁴² Diz então que é “injurídico o descompromisso do eleito com o partido – o que se estende ao eleitor – pela ruptura da equação político-jurídica estabelecida”.⁴³

⁴⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta n. 1.398, Resolução n. 22.526, de 27.03.07*. Relator Min. Cesar Asfor Rocha. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiroteor>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.602-3-DF, de 4.10.07*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms26602CB.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.604-0-DF, de 4.10.07*. Relatora Min. Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>>. Acesso em: 24 ago. 2016.





O STF afirmou também que a fidelidade partidária é “corolário lógico-jurídico necessário do sistema constitucional vigente, sem necessidade de sua expressão literal”,⁴⁴ pronunciando-se no sentido de que, sem ela, não seria possível atender aos princípios obrigatórios que informam o ordenamento jurídico constitucional.⁴⁵ Argumentou o Supremo que, além do sistema eleitoral adotado, a regra de fidelidade partidária decorre da lógica e da sistemática estabelecida pelo art. 14, § 3º, V, da Constituição, que, ao estabelecer expressamente a filiação partidária como condição de elegibilidade, destacou a importância dada aos partidos para a democracia do País.

Quanto ao fato de a perda de mandato por mudança de partido não estar prevista no rol de casos do art. 55 da Constituição, o STF preleciona que aquele artigo trata de casos de perda de mandato por ato ilícito e que a infidelidade partidária (transfuguismo político) não seria um ato ilícito, e sim lícito, e não precisaria, portanto, estar prevista no rol daquele artigo. Todavia, o STF afirma que “a licitude da desfiliação não é juridicamente inconsequente, importando em sacrifício do direito pelo eleito, não sanção por ilícito, que não se dá na espécie”.⁴⁶

Os Ministros que votaram a favor da aplicação de perda do mandato para os casos de migração de partido argumentaram que, no sistema eleitoral brasileiro, muitos dos candidatos não conseguiriam se eleger se não fossem os partidos, pois não conseguiriam atingir o quociente eleitoral para ocupação das vagas.

Com esses argumentos, o STF, baseado em uma interpretação lógico-sistemática e em princípios supostamente implícitos da Constituição, decidiu então que o mandato pertence ao partido e é direito do partido manter o número de cadeiras obtidas, reconhecendo, porém, o direito à ampla defesa ao parlamentar que se desfilie de partido político mediante a apresentação de justa causa da desfiliação.⁴⁷

Dos que foram contrários a esses argumentos, destaca-se o posicionamento do Ministro Joaquim Barbosa.⁴⁸ Começa por dizer que o argumento utilizado pelo TSE, colocando os partidos políticos como centro de toda organização política no Brasil, apresenta problemas, por fazer “dos partidos políticos a fonte derradeira de toda legitimidade democrática no país”,⁴⁹ argumento que, segundo o Ministro, faz “a mais absoluta abstração daquele que, em realidade, encarna a própria soberania – o povo”.⁵⁰ Acrescenta ainda que, ao fazer isso, o TSE deixou de lado o fato de que a organização político-constitucional é informada por um princípio capital, que consta no rt. 1º da Constituição, de que todo poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição. Defende assim que, na organização político-constitucional brasileira, o povo é a fonte primordial e o titular

⁴⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Mandado de Segurança n. 26.602-3-DF, de 4.10.07*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.603-1-DF, de 9.8.07*. Relator Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/ms26603liminar.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

⁴⁸ Não apenas o Ministro Joaquim Barbosa se posicionou contra, também o Ministro Eros Grau teve o seu voto vencido. Cumpre aqui registrar um breve trecho em que Eros Grau, discutindo com o Ministro Cesar Peluso, foi irônico e se posicionou contra a inovação praticada pelo STF. Disse Eros Grau quanto à inovação: “Peço vênica para negar, ser coerente e manter o meu critério ortodoxo e conservador de interpretação da Constituição”. Em seguida, o Ministro Peluso provocou com ironia: “Quem sabe o seu seja o mais avançado, Ministro. Por que essa falta de otimismo? Eros Grau respondeu: “Temo muito pelos direitos e garantias individuais. Temo que, amanhã ou depois, recomeçemos a interpretar a Constituição no sentido de que o *habeas corpus* só seja dado em determinadas condições [...]”. Fica a indagação: estaria Eros Grau reconhecendo e preocupado com o “ativismo judicial” no STF? (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.604-0*. Relatora Min. Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>>. Acesso em: 24 ago. 2016.).

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.





absoluto do poder. Prosseguindo, Joaquim Barbosa suscitou a indagação “se essa apregoada preeminência dos partidos políticos como instituições arregimentadoras exclusivas da vontade popular encontra eco na realidade da sociedade moderna que vivemos, sociedade de massas, conectada [...]”.⁵¹ Concluindo, afirma: “Tenho sérias dúvidas se os partidos tradicionais estão mesmo à altura da tarefa de expressar satisfatoriamente a vontade e os anseios dos membros dessa nova sociedade planetária.”⁵²

Filiando-se ao posicionamento do referido Ministro, é possível dizer que, na prática, o que se percebe no Brasil é que a atuação dos partidos políticos, em linhas gerais e em muitos casos, não é pautada em razões de natureza “ideológica” ou na defesa dos interesses dos eleitores ou das plataformas apresentadas no período eleitoral, na vontade popular, mas, sim, muitas vezes, na defesa de interesses políticos e econômicos dos próprios partidos, quando não por interesses escusos e antiéticos.

Ademais, como aduz Jorge Miranda:

A representação política hoje não pode deixar de estar ligada aos partidos, mas não converte os parlamentares em meros porta-vozes dos seus aparelhos. Pode-se dizer que o mandato parlamentar é (salvo em situações marginais) conferido tanto a eles quanto aos partidos; não é aceitável substituir a representação dos eleitores através dos eleitos pela representação através dos dirigentes partidários, seja qual for o modo que estes são escolhidos.⁵³

Nessa linha, na nossa percepção, o STF poderia ter evitado alinhar-se a uma posição que dá uma grande centralidade aos partidos políticos e entender que o mandato pertence aos partidos. Pois, se é verdade que “Uma democracia representativa autêntica exclui tanto a circulação livre de Representantes deste para aquele partido como uma *fidelidade partidária cega*, contrária à liberdade e à responsabilidade dos eleitos pelo povo”,⁵⁴ por outro lado, não se pode ignorar o fato de que “os Deputados e Senadores são eleitos por todos os cidadãos e não apenas pelos militantes ou pelas bases activistas dos partidos e que juridicamente representam todo o povo”.⁵⁵

Vale destacar que, no seu voto, o Ministro Joaquim Barbosa ainda diz que, da análise do direito positivo, entende que o legislador constituinte de 1988, “fez a opção deliberada de abandonar o regime de fidelidade partidária que existia no sistema constitucional anterior”, pois optou, de forma exaustiva, por descrever nos arts. 55 e 56, da Constituição Federal, quais seriam as causas de perda de mandato pelo parlamentar eleito com o voto popular e, dentre essas hipóteses, não consta a infidelidade partidária.

Diz também que somente aos partidos e a mais ninguém compete aplicar a sanção por quebra de fidelidade partidária, fazendo referência ainda ao art. 15 da Constituição, afirmando que tal dispositivo não dá espaço para cassação dos direitos políticos dos parlamentares eleitos por infidelidade partidária.⁵⁶

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.604-0*. Relatora Min. Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ MIRANDA, Jorge. Divisão do poder e partidos políticos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, v. 51, n. 1/2, 2010. p. 30.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 31.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 30.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.604-0-DF, de 4.10.07*. Relatora Min. Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>>. Acesso em: 24 ago. 2016.





Joaquim Barbosa encerra seu voto dizendo que seu posicionamento é o mesmo que o STF tomou no julgamento do MS n. 20.927, proferindo ainda as seguintes palavras:

[...] não me parece adequado resolver questão à luz de princípios supostamente implícitos na nossa Constituição.

[...]

Assim, Senhora Presidente, por mais que eu comungue dos anseios generalizados em prol de uma moralização da vida político-partidária do nosso país, não vejo como fazê-lo nos termos propostos na impetração [...].⁵⁷

Em suma, foram esses os principais argumentos utilizados na decisão dos Mandados de Segurança, o que cancelou a edição da Resolução n. 22.610 pelo TSE. Restou sinalizado pela Corte Superior Eleitoral e pelo STF que as regras de perda de mandato em virtude de desfiliação partidária seriam aplicáveis tanto para os cargos nos quais se adota o sistema proporcional quanto para os que se adota o sistema majoritário.

Todavia, é imperioso destacar que, em maio de 2015, o STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.081/DF, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, firmou entendimento no sentido de que é inconstitucional a aplicação das regras de perda de mandato por infidelidade partidária da Resolução n. 22.610 do TSE quanto aos eleitos pelo sistema majoritário, distanciando-se assim, tal Tribunal, do entendimento ensaiado anteriormente.⁵⁸

3.4 RESOLUÇÃO N. 22.610 DO TSE. AS REGRAS DE PERDA DE MANDATO POR INFIDELIDADE PARTIDÁRIA E TRANSFUGUISMO POLÍTICO NO BRASIL

Como dito, até em consonância com o que o STF decidiu nos Mandados de Segurança analisados no tópico anterior, a regulamentação do processo de perda de cargo eletivo e o processo de justificação de desfiliação partidária se deu por meio da Resolução n. 22.610, invocando que esta atividade seria uma atribuição conferida ao TSE pelo que prevê o art. 23, XVIII, do Código Eleitoral Brasileiro (Lei n. 4.737/65).⁵⁹

Sobre essa atribuição prevista no Código Eleitoral, cumpre destacar que a Constituição de 1988, em seu art. 121,⁶⁰ estabelece que cabe à lei complementar dispor sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes e das juntas eleitorais. E, como se sabe, o Código Eleitoral, que é anterior à Constituição e foi recepcionado como lei complementar, é o texto normativo onde estão definidas as competências do Tribunal Superior Eleitoral.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.603-1-DF, de 4.10.07*. Relator Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/ms26603liminar.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

⁵⁸ Convém registrar que partilhamos do posicionamento adotado pelo STF na ADI n. 5.081, tendo em vista que, no Brasil, apesar de ser obrigatória a filiação partidária e vedado candidaturas “avulsas” ou “independentes”, principalmente no que diz respeito aos cargos sujeitos à eleição pelo sistema majoritário, o sufrágio é, na prática, realizado levando em larga medida a figura individual e pessoal do candidato. E, assim sendo, impor a perda do mandato ao representante democraticamente eleito consistiria numa grave violação à soberania popular ou numa punição incabível que distorceria a vontade expressa nas urnas.

⁵⁹ Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior, [...] XVIII - tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral. [...].

⁶⁰ Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.



O art. 23, XVIII, desse Código estabelece que o TSE é competente “para tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral”. Diante desse dispositivo, também tendo em conta o entendimento do STF quanto à infidelidade partidária, compreendeu-se que o TSE estaria autorizado a estabelecer regras para esse processo de perda de mandato e assim foi feito.

Na Resolução n. 22.610, o TSE estabelece que compete à Justiça Eleitoral apreciar os pedidos de decretação de perda de mandato quando ocorrer desfiliação partidária “sem justa causa”, tendo o partido político interessado legitimidade ordinária para pedir a perda de mandato e, caso não o faça, o Ministério Público ou quem tenha interesse jurídico em fazê-lo.⁶¹

Assim não é qualquer desfiliação que ocasiona a perda de mandato do parlamentar, a desfiliação tem que ser sem justa causa. Por outro lado, pelo que se extrai da regra, não precisa necessariamente que o parlamentar se filie a outro partido, a desfiliação sem justa causa já pode ocasionar a perda de mandato. Afere-se também que a justa causa se apresenta como uma justificação para a desfiliação, até pelo fato de que esta não poderia ser totalmente proibida, tendo em vista o princípio da liberdade de associação previsto no art. 5º, XX, da Constituição de 1988,⁶² que estabelece que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou permanecer associado.

O TSE traz, no art. 1º, § 1º, da Resolução n. 22.610, hipóteses que considera justa causa para a desfiliação. São elas: 1) incorporação ou fusão do partido; 2) criação de novo partido; 3) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; e 4) grave discriminação pessoal. Como se pode perceber, as duas primeiras são de natureza objetiva e as duas últimas de natureza subjetiva.⁶³ Na Resolução, encontra-se a previsão de que o parlamentar que se desfilou ou pretenda desfiliar-se pode pedir à Justiça Eleitoral a declaração da existência de justa causa, devendo para tanto ser citado o partido político (art. 1º, § 3º).⁶⁴

Interessante registrar que a Resolução prevê ainda uma série de regras de cunho processual para os processos de perda de mandato ou de justificação de desfiliação, por exemplo, prazos processuais (art. 1º, § 2º, arts. 4º, 6º, 7º, 9º etc.), requisitos da petição inicial e da contestação (arts. 3º e 5º), número de testemunhas (art. 3º e 5º), distribuição do ônus da prova (art. 8º), regra de revelia (art. 4º, parágrafo único), hipótese de julgamento antecipado da lide (art. 9º), irrecorribilidade das decisões interlocutórias (art. 11), dentre outras.⁶⁵

Com tantas “regras” previstas, uma Resolução deste tipo não é algo tão comum. Diante disso, naturalmente, alguns questionamentos terminam surgindo: O que fez o TSE, por meio dessa Resolução, encontra espaço no texto constitucional ou no Código Eleitoral? Pode-se dizer que o TSE institui apenas “providências para execução da legislação eleitoral” (competência atribuída pelo art. 23, XIII, do Código Eleitoral)? Essa é a forma mais adequada para se regular a infidelidade partidária e o transfuguismo político?

Enfim, são alguns questionamentos que surgem e serão abordados mais à frente.

⁶¹ Art. 1º, *caput* e § 2º da Resolução n. 22.610, do TSE. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 22.610, de 25.10.07*. Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-22-610>>. Acesso em: 24 ago. 2016.).

⁶² Art. 5º, XX [...] ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado.

⁶³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 22.610, de 25.10.07*. Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-22-610>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.



3.5 FIDELIDADE PARTIDÁRIA E TRANSFUGUISMO POLÍTICO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

É de se destacar que o legislador constituinte originário de vários países optou por prever expressamente na Constituição regras sobre o tema. E, como paralelo ao caso que se traz a ser comparado, insta referir que, diferente da Constituição Brasileira, a Constituição Portuguesa de 1976 prevê expressamente no art. 160, n. 1, alínea c, a perda de mandato para os deputados que se inscrevam em partido diverso daquele pelo qual foi apresentado a sufrágio.

Sobre esta norma constitucional, os constitucionalistas portugueses Jorge Miranda e Rui Medeiros afirmam ser ela uma “salvaguarda da vontade popular e um imperativo ético cuja consagração se mostra necessária olhando para a experiência de muitos países, incluindo Portugal do tempo do liberalismo”.⁶⁶

Explicando a regra que se extrai do dispositivo referido, Canotilho e Vital Moreira prelecionam existir uma simples lógica constitucional que é: “o deputado pode desligar-se do partido por que foi eleito (ou manter-se independente, no caso de não estar inscrito nele), mas não pode transferir-se para outro, ou seja, não pode inscrever-se em partido diverso daquele pelo qual forem apresentados a sufrágio”.⁶⁷

Os autores afirmam ainda que a Constituição não exige fidelidade partidária, mas não permite que um deputado que entre em conflito ou em ruptura com o partido pelo qual foi eleito passe a fazer parte de outro partido, reforçando outra formação partidária.⁶⁸ Pelo mesmo raciocínio e razão, o deputado que abandonar o grupo parlamentar do partido pelo qual foi eleito não poderá integrar-se em nenhum outro grupo parlamentar, sem que deixe o seu partido.⁶⁹

O que se percebe então é que, ao contrário do que ocorreu no Brasil, o legislador constituinte em Portugal optou por estabelecer a perda de mandato no caso de transfuguismo político e de uma forma que não só privilegia os partidos políticos, mas também a vontade popular, além de estimular uma coerência ética e política do deputado no exercício do seu mandato eletivo, dificultando as mudanças de partido motivadas por fisiologismo e benesses circunstanciais.

4 DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO N. 22.610 DO TSE E DO ATIVISMO JUDICIAL NA CRIAÇÃO DAS REGRAS DE PERDA DE MANDATO POR DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA(?)

Depois de trabalhados os conceitos de transfuguismo político e de infidelidade partidária e de se realizar uma análise da previsão constitucional e da jurisprudência sobre o tema no Brasil, cumpre fazer uma abordagem crítica quanto à constitucionalidade da Resolução n. 22.610 do TSE e a ocorrência ou não de ativismo judicial na criação de regras de perda de mandato por desfiliação partidária.

⁶⁶ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra, 2006. tomo 2, Artigos 80º a 201º, p. 489.

⁶⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra, 2010. v. 2, p. 283-284.

⁶⁸ CANOTILHO; MOREIRA, *loc. cit.*

⁶⁹ *Ibidem*, p. 284.





4.1 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS REGRAS DE PERDA DE MANDATO POR DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA

O primeiro ponto a tratar é a questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das regras criadas pelo TSE. Como ensina Gilmar Mendes, “constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação”⁷⁰ e, nas palavras de Jorge Miranda, isso significa “a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido”.⁷¹

Nessa linha, Canotilho ensina que “a desconformidade dos atos normativos com o parâmetro constitucional dá origem ao vício de inconstitucionalidade”,⁷² sendo os vícios divididos em formais, materiais e procedimentais ou orgânicos.

Quanto aos vícios formais, Gilmar Mendes explica que eles “traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental”.⁷³ Nesse caso, são vícios do ato e incidem sobre o ato normativo como tal, sem dependência com o conteúdo, levando-se em conta apenas a forma de sua exteriorização;⁷⁴ referem-se, do ponto de vista subjetivo, ao órgão de onde emana a lei.⁷⁵ E, na inconstitucionalidade formal, o ato é viciado nos seus pressupostos.⁷⁶

Já os vícios procedimentais – de acordo com a doutrina mais recente são autônomos e, de acordo com a doutrina clássica, são uma espécie de vícios formais – são vícios relativos ao conjunto ou complexo de atos necessários para produção final do ato normativo. Geralmente são apontados como vícios de inconstitucionalidade orgânicos, por dizerem respeito ao fato de que a inconstitucionalidade consiste em uma violação ou em um desvio das regras de competência estabelecidas pela Constituição para produção ou realização do ato, sendo este tipo de vício considerado, inclusive, preexistente ao vício de forma.⁷⁷

Os vícios materiais, por sua vez, nas palavras de Canotilho, dizem respeito ao conteúdo do ato, derivando de um contraste entre os princípios incorporados no ato e nas normas ou princípios constitucionais; são vícios constantes das disposições ou normas do ato, singularmente consideradas.⁷⁸ Tais vícios estão relacionados com o teor e a matéria da regra jurídica e se verificam quando a regra viola os cânones da Constituição, seu espírito, sua filosofia e os direitos políticos fundamentais.⁷⁹

Feitas essas considerações, no nosso entender, a Resolução n. 22.610 do TSE apresenta vícios de inconstitucionalidade formais, procedimentais (orgânicos) e materiais.

O vício procedimental ou orgânico decorre do fato de a Constituição prever expressamente, em seu art. 22, I,⁸⁰ que compete privativamente à União legislar sobre direito eleitoral e processual. Ao analisar o texto da Resolução n. 22.610, o que se

⁷⁰ MENDES; BRANCO; COELHO, 2010, p. 1.155.

⁷¹ MIRANDA *apud* MENDES; BRANCO; COELHO, *loc. cit.*

⁷² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 959.

⁷³ MENDES; BRANCO; COELHO, *op. cit.*, p. 1.770.

⁷⁴ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 959-960.

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 298.

⁷⁶ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 959-960.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 299.

⁸⁰ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho [...].



percebe é que o TSE criou regras não só de direito material eleitoral, como também de direito processual, o que claramente invade competência que não é sua. Já o vício formal é verificado diante do “modo” e dos “procedimentos” adotados para criação das referidas regras, diferente do que prevê a Constituição.

Ademais, no nosso entender, a invocação do TSE de que a elaboração da referida Resolução encontraria espaço no que estabelece o art. 23, XVIII, do Código Eleitoral (competência para tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral) é um argumento incoerente e em alto grau controverso.

Ora, se não existe norma na Constituição que preveja a perda de mandato por mudança de partido e qualquer “legislação” eleitoral nesse sentido, sem sombra de dúvidas, a Resolução não trata de “providência para execução da legislação eleitoral”. Não há como se tomar providência para executar algo que não existe.

Além dos vícios de inconstitucionalidade formal e procedimental ou orgânico – derivados da falta de competência do TSE para criar regras desse tipo e ao modo como foram criadas – a Resolução n. 22.610 apresenta também vício de inconstitucionalidade material, decorrente do fato de que o seu conteúdo revela claro contraste com o texto atual, normas e princípios da Constituição.

Como já tratado, inexistia dispositivo na Constituição que preveja a perda de mandato por mudança de parlamentar para outro partido ou por infidelidade partidária. Ao contrário, ela estabelece regra de que a criação de normas de fidelidade partidária é dever dos partidos políticos, a constar nos seus estatutos, sendo decorrência da liberdade de organização interna e da autonomia que têm os partidos. Como já foi demonstrado, esse é o texto do art. 17, § 1º, da Constituição, de modo que a Resolução do TSE não está em conformidade com o conteúdo da Constituição.

A perda de mandato do parlamentar que muda de partido é incompatível com o que o legislador constituinte “optou” por consagrar na Constituição. Vale ressaltar que, em nossa opinião, essa foi mesmo uma “opção consciente”, uma “escolha proposital”, pois o instituto já havia existido antes da Constituição de 1988 e, se fosse vontade do legislador que o parlamentar que mudasse de partido ou incorresse em infidelidade partidária perdesse o seu mandato eletivo, tal previsão teria sido feita.

Por último, cabe mencionar que o STF, ao julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3.999-7⁸¹ e n. 4.086,⁸² posicionou-se pela constitucionalidade da Resolução n. 22.610 do TSE. Na ocasião, entendeu o STF que não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever instrumento para assegurá-lo, afirmando que a Resolução n. 22.610 do TSE surge em contexto excepcional e transitório, tão somente como mecanismo para salvaguardar a observância da fidelidade partidária, enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciasse. Cabe aqui a ressalva de que, em virtude do que foi decidido na ADI n. 5.081/DF, tal entendimento não se aplica aos cargos eleitos pelo sistema majoritário, como já referido anteriormente.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.999-7*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=364514>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.086-3*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=364652>>. Acesso em: 24 ago. 2016.





4.2 CRIAÇÃO DE REGRAS MATERIAIS E PROCESSUAIS SOBRE PERDA DE MANDATO PELO STF E TSE: ATIVISMO JUDICIAL?

Entendendo pela inconstitucionalidade da Resolução n. 22.610 do TSE, tanto por vício formal, quanto procedimental ou orgânico e ainda por vício material, impende analisar, mesmo que de modo incipiente, se a edição da Resolução pelo TSE poderia ser considerada caso de ocorrência ou não de “ativismo judicial”.

Sabendo das dificuldades de caracterização do que é “ativismo judicial”, cumpre dizer que o termo é aqui empregado utilizando-se das contribuições de Maria Benedita Urbano. Considera-se então ativismo judicial os casos de “criativismo patológico, heterodoxo ou *hard*”,⁸³ que ocorrem, segundo a autora, em duas situações:

- 1) Situações em que os juízes adaptam ou emendam normas existentes ao invés de as declarar inconstitucionais [...]
- 2) Situações em que os juízes criam normas gerais, ocupando por vezes espaços vazios deixados pelo legislador, habitualmente invocando que apenas estão a desenvolver o tecido constitucional, em particular através da concretização de princípios gerais aí incrustados. Neste último caso, a criação de direito assume a feição de legislação judicial, configurando-se então as decisões judiciais fontes primárias de direito.⁸⁴

Levando em conta tais ensinamentos, consideramos que as decisões do STF e do TSE, em especial a Resolução n. 22.610, são casos visíveis de “ativismo judicial”.

Precipuamente por dois motivos é que se tem a compreensão de ser possível tal afirmação.

Primeiro, entende-se que não poderia ter o STF e o TSE criado regras de perda de mandato por desfiliação partidária, utilizando-se de princípios supostamente implícitos da Constituição e usando o argumento de que o princípio da fidelidade partidária é decorrência lógica do sistema eleitoral e constitucional, pois, com a devida vênia, não é isso que o texto constitucional prevê expressamente ou permite em uma análise histórica e sistemática.

Ao fazer uso desses argumentos e de princípios supostamente implícitos, o STF e o TSE se apresentaram como verdadeiros “coconstituíntes”, pois estabeleceram a existência de um novo princípio e se utilizaram dele para justificar a criação de regras de perda de mandato, não previstas na Constituição, do modo que preferiram e entenderam ser necessário.⁸⁵

Segundo, porque parece mesmo que o Judiciário – diante do grave problema de transfuguismo político existente no Brasil, bem intencionado, é verdade – fechou os olhos para o texto da Constituição e – tentando impor uma reforma política quanto a esse aspecto ou estimular que o Poder Legislativo a fizesse – criou regras de cunho

⁸³ URBANO, Maria Benedita. “Criação judicial” e “ativismo judicial”: as duas faces de uma mesma função? In: TRIBUNAL Constitucional: 35º aniversário da Constituição de 1976. 1. ed. Lisboa: Coimbra, 2012. v. 2, p. 7-41.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 10-11.

⁸⁵ Nesse sentido, Maria Benedita Urbano, referindo-se ao fenômeno do ativismo judicial, ensina que “O fenômeno será tanto mais visível quanto se verificar o recurso, por parte dos juízes, a princípios constitucionais expressos mas vagos e indeterminados ou a princípios implícitos no texto constitucional. [...] Resta dizer que o uso de tais princípios, na medida em que permite uma concretização e formação dos mesmos, faz dos juízes constitucionais não apenas colegisladores - porque produzem ou corrigem normas legais-, mas, do mesmo modo, coconstituíntes - porque, precisamente, formatam esses princípios constitucionais de acordo com as suas ideias e pré-compreensões.” (*Ibidem*, p. 18).





material e processual, para vigorar enquanto o Congresso não legislasse pelos meios previstos constitucionalmente. Tais regras, como referido, não encontram espaço e correspondência expressa e direta no texto constitucional. Criou-se direito “*ex nihilo*” e “*ex novo*”, caso em que, concordando com Maria Benedita Urbano, ocorre “ativismo judicial”.⁸⁶

Mais um argumento que indiretamente nos serve, no sentido de que essa criação de regras pelo TSE não deva necessariamente ser considerada correta, pode ser extraído dos ensinamentos de Castanheira Neves. Mesmo o autor entendendo que o direito se “realiza” jurisprudencialmente, tendo isto grande importância na sua teoria metodológica, ensina que existem alguns pontos fundamentais em que a legislação tem mesmo superioridade perante a jurisprudência, devendo o Judiciário respeitar essa superioridade, como por exemplo, nos casos que digam respeito à legislação em toda atividade técnica e planificadora do Estado, na sua capacidade institucionalizadora e organizativa, nas questões político-jurídicas e nas expressões diretas do poder político.⁸⁷

Assim, diante do que foi exposto, o que percebemos é que, ao decidir valendo-se de supostos “bons motivos”, os tribunais terminam muitas vezes não atingindo um objetivo (por exemplo, fazer valer o texto constitucional) ou outro (por exemplo, trazer maior credibilidade e corrigir as falhas do sistema político). Terminam por não resolver os problemas que, em alguns casos, acham-se competentes e capazes de resolver.

Apesar de entender-se extremamente importante o exercício das funções do Judiciário em uma linha que se distancie da denominada “autocontenção judicial”, é necessário muita cautela e também equidade para que, mesmo com boa intenção e visando a um fim legítimo, não termine o Judiciário causando maiores prejuízos e, sob o pretexto de corrigir falhas no sistema político e na atuação dos outros poderes, atue de modo ativista, intensificando problemas já existentes que, na verdade, deveriam ser solucionados por via do próprio sistema político.

Destarte, interessa notar que a regulamentação do tema não foi suficiente para pôr fim ao transfuguismo político. Para isso basta dizer que, depois da Resolução, inúmeros parlamentares continuaram migrando para outros partidos e/ou de partido em partido, de acordo com conveniências e interesses outros que não os do povo e dos seus eleitores. É de se destacar, ainda, que a Resolução n. 22.610 do TSE e os entendimentos do STF, em conjunto com outros fatores, na verdade, maximizaram e intensificaram a criação de novos partidos (para que os parlamentares contornassem as regras de perda de mandato por desfiliação), a ponto de atualmente o País ter mais de 35 partidos registrados no TSE e mais alguns outros em processo de registro.

Convém observar que, dos já registrados, 08 (oito) surgiram de 2007 para cá, o que corresponde a quase 1/3 (um terço) do número de partidos existentes antes da Resolução. Isso termina por criar uma enorme quantidade de siglas e, ao invés de clarear os posicionamentos ideológicos e organizar a atuação político-partidária, de modo a fortalecer a democracia, como deveria ser, faz com que os partidos políticos sejam utilizados para fins outros que não estão em consonância com o espírito e os valores que se pode extrair do texto constitucional, por exemplo: criação de partidos

⁸⁶ A autora considera que ocorrera ativismo judicial também “Quando os juízes constitucionais criam direito *ex nihilo* e *ex novo*, ainda que façam para combater a inércia do legislador e os espaços vazios ou zonas de silêncio por ele deixados, e ainda que a pretensão seja a de criar direito temporário. (URBANO, 2012, p. 18).

⁸⁷ NEVES, Antônio Castanheira. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 206-208.





com o intuito de aproximar-se do governo e então obter benefícios políticos e financeiros, utilização dos partidos apenas para distribuição ou redistribuição de verbas recebidas do fundo partidário, “aluguel” de legendas para candidatos e troca de favores para somar maior tempo de campanha no rádio e na TV, dentre outros.

5 CONCLUSÃO

Pois bem. Terminado o percurso que o presente trabalho se propôs a fazer, cabe trazer algumas conclusões, que não são apresentadas como verdade absoluta e sobre as quais acredita-se que podem e devem existir maiores discussões e aprofundamentos.

Primeiramente, no tocante aos conceitos e à diferença entre transfuguismo político e infidelidade partidária, conclui-se que, apesar de parte da doutrina e a jurisprudência brasileira, algumas vezes, tratarem os dois termos como sinônimos, algumas diferenças foram apontadas. De forma geral e sintética, pode-se afirmar que a (in)fidelidade partidária diz respeito a obediência ou não do parlamentar ao estatuto e ao ideário programático do partido. Já o transfuguismo se liga mais especificamente aos casos em que um parlamentar abandona um partido pelo qual foi eleito e ingressa em um outro, ou seja, refere-se ao troca-troca de partidos que contraria a soberania popular.

Viu-se também que, no Direito Constitucional brasileiro, a perda de mandato por mudança de partido e por infidelidade partidária era prevista em textos de constituições anteriores à de 1988. Todavia, mesmo diante dessa previsão anterior, o legislador constituinte da Carta Magna atual optou por não incluir a mudança de partido por parlamentar como caso de perda de mandato. Em relação à fidelidade partidária, a previsão que existe é a de que cabe aos partidos políticos a criação dessas regras, devendo isso ser feito nos seus estatutos.

Diante da ausência de previsão no texto constitucional, o STF decidiu, no MS n. 20.927/89, que não poderia o parlamentar perder o mandato por infidelidade partidária ou transfuguismo político. Todavia, esse entendimento começou a ser modificado em 2007, tendo como marco o momento em que o TSE, respondendo a duas consultas formuladas, decidiu que o mandato parlamentar pertence ao partido político. O entendimento foi confirmado pelo STF, nos Mandados de Segurança n. 26.602-3, 26.603-1 e 26.604-0, e, em seguida, o TSE elaborou a Resolução n. 22.610, criando regras para a perda de mandato por desfiliação partidária e o processo de justificação de desfiliação, tendo o STF, em 2015, por meio da ADI n. 5081/DF, declarado que tais regras não se aplicariam para os cargos majoritários.

Do estudo que foi feito, entende-se que as decisões do STF e do TSE e a Resolução n. 22.610 apresentam vícios de inconstitucionalidade formal, procedimental ou orgânico e material. O vício procedimental ou orgânico deriva da falta de competência para “legislar” ou criar regras de direito eleitoral e processual, o que claramente foi feito na Resolução n. 22.610. O vício formal verifica-se no “modo” e nos “procedimentos” realizados para criação de tais regras. Já o vício material existe porque o conteúdo da Resolução contraria as normas e princípios da Constituição, pois, a nosso ver, esta não deixa margem para que sejam criadas regras de perda de mandato por desfiliação partidária.





Verificou-se também que é possível afirmar que houve “ativismo judicial” (nos termos do conceito apresentado) nas decisões dos dois tribunais e, principalmente, na Resolução n. 22.610. Os tribunais se utilizaram de princípios supostamente implícitos e de uma interpretação lógica e sistemática para declarar a existência do princípio da fidelidade partidária, criando norma impossível de ser extraída da Constituição, ante o seu silêncio. E nessa linha, com a edição da Resolução n. 22.610, criou-se direito *ex novo* e *ex nihilo*.

O Judiciário, na jurisprudência analisada no presente trabalho, com a devida vênia, afastou-se das suas funções e deixou de lado a Constituição. É bem verdade que o Brasil precisa urgentemente de uma reforma política, mas casos como o que está em tela mostram que não é o Judiciário o mais legítimo e melhor *locus* para discuti-la e realizá-la. As normas criadas pelo TSE não impediram o transfuguismo ou a infidelidade partidária, ao contrário, institucionalizaram e intensificaram a ocorrência desses dois fenômenos.⁸⁸

Por fim, improvisando uma parábola – que talvez nem oportuna seja – o Judiciário, no caso em tela, equiparou-se talvez a um jogador de futebol que, em busca de aplausos “joga para a torcida”, esquece-se do seu time e o vê ser vencido. No que foi analisado, a torcida compreende os cidadãos que esperam por uma reforma política e por melhoria na representatividade política dos parlamentares, dos políticos em geral e na política em sentido amplo, e o time “vencido” foi o princípio da separação de poderes ou o próprio texto constitucional.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ARAS, Augusto. Considerações gerais das ações de fidelidade partidária. *Revista Populus*, Salvador: Tribunal Regional Eleitoral, n. 1, p. 25-46, set. 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁸⁸ Prova disso, é o momento e a forma de surgimento do Partido Social Democrático, primeiro partido registrado após a Resolução, quando parlamentares de muitas legendas diferentes, e principalmente de oposição, criaram um novo partido como forma de fugir das regras de “infidelidade partidária” criadas pelo TSE, utilizando-se das exceções previstas para atingir seus interesses. Os parlamentares se utilizaram de uma exceção prevista na Resolução n. 22.610 do TSE e formaram um partido novo, que, com 55 deputados, já nasceu como a terceira maior bancada da Câmara dos Deputados. Muito forte politicamente, mas quanto à “ideologia”, pelo menos em linhas gerais, não apresentando nada de tão novo ou original ou diferente dos outros já existentes. É de se referir que o próprio presidente do PSD, Gilberto Kassab, chegou a afirmar, em entrevista coletiva concedida em março de 2011, que o partido não seria “Nem esquerda, nem direita, nem de centro”.

Além do exemplo dessa agremiação, a assertiva do parágrafo anterior pode ser confirmada também com o surgimento de mais 07 (sete) partidos, bem como pelo constante movimento de migração de parlamentares de um partido para outro, com a intenção de adequar-se ao que lhes for mais conveniente em termos eleitorais, quanto a estrutura pessoal e financeira e possibilidades de formação de conjuntura política favorável à manutenção do mandato e ao sucesso eleitoral, em detrimento muitas vezes dos valores que devem reger o regime democrático, do fortalecimento dos partidos e da própria soberania popular.





BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. *Emenda Constitucional n. 1, de 17, outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. *Emenda Constitucional n. 11, de 13 de outubro de 1978*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc11-78.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. *Emenda Constitucional n. 25, de 15 de maio de 1985*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc25-85.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. *Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. *Lei n. 9.096, de 19 de setembro 1995*. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.999-7*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=364514>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.086-3*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=364652>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.081*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5081.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. *Mandado de Segurança n. 20.927-5-DF, de 11.10.89*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85369>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. *Mandado de Segurança n. 26.602-3-DF, de 4.10.07*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms26602CB.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. *Mandado de Segurança n. 26.603-1-DF, de 9.8.07*. Relator Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/ms26603liminar.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. *Mandado de Segurança n. 26.604-0-DF, de 4.10.07*. Relatora Min. Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta n. 1.398, Resolução n. 22.526, de 27.3.07*. Relator Min. Cesar Asfor Rocha. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 24 ago. 2016.





BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 22.600, Consulta 1.407, de 16.10.07*. Relator Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. *Resolução n. 22.610, de 25.10.07*. Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-22-610>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2010.

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

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra, 2010. v. 2.

DIAS, Bruno Palloni Costa. *Representantes versus partidos: o fenômeno do transfuguismo político no Brasil*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2009.

MALLÉN, Beatriz Tomás. *Transfuguismo parlamentário y democracia de partidos*. Prólogo de Luís Lopes Guerra. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Jorge. Divisão do poder e partidos políticos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, vol. 51, n. 1/2, 2010.

_____; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra, 2006. tomo 2, Artigos 80º a 201º.

NEVES, Antônio Castanhera. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983.

ROCA, Javier García. Representación política y transfuguismo: la libertad de mandato. *Cuadernos de Derecho Público*, Madrid: Instituto Nacional de Administracion Pública, n. 32, p. 25-68, set./dez. 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

URBANO, Maria Benedita. “Criação judicial” e “ativismo judicial”: as duas faces de uma mesma função? In: TRIBUNAL Constitucional: 35º aniversário da Constituição de 1976. 1. ed. Lisboa: Coimbra, 2012. v. 2.







CASSAÇÃO DE MANDATO ELETIVO PELA PRÁTICA DE CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO: A (IN)EXISTÊNCIA DE UMA UNIFORMIDADE JURISPRUDENCIAL QUANTO A CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA COMPRA DE VOTOS

André Francisco Gomes de Oliveira*

RESUMO

Este artigo tem como objetivo traçar os principais aspectos que determinam a cassação de mandatos eletivos em razão da prática de captação ilícita de sufrágio. Almeja-se expor a (in)existência de critérios que, quando utilizados pelo Poder Judiciário, ocasionam a prolação de decisões com o condão de cassar registros ou diplomas de candidatos, determinando, indiretamente, a cassação dos mandatos daqueles que se valeram da ilicitude e vieram a ser eleitos. Ao longo de seu desenvolvimento, busca-se definir a figura da captação ilícita de sufrágio, em seus aspectos históricos, sociais e jurídicos, ao tempo em que se faz um cotejo com as definições paralelas conferidas pela jurisprudência e doutrina especializada na seara eleitoral. Ao fim, apresenta a ausência jurisprudencial de critérios objetivos para a caracterização da conduta ilícita, considerando a manifestação de vontade do eleitor de forma individual e coletiva, frente à (des)necessidade de pedido expresso de votos como requisito indispensável para a aplicação das penalidades previstas no art. 41-A da Lei n. 9.504/97.

Palavras-chave: Captação ilícita de sufrágio. Compra de votos. Corrupção eleitoral. Divergência jurisprudencial. Lei n. 9.840/99. Art. 41-A da Lei n. 9.504/97. Lei da Compra de Votos. Lei dos Bispos. Cassação de registro do diploma. Cassação de mandato eletivo.

ABSTRACT

This article aims to outline the main aspects that determine the cancellation of elective mandates due to the suffrage of illicit funding activities. We aimed to expose the (in) existence of criteria which, when used by the judiciary, cause the delivery of decisions with the power to revoke records or candidates diplomas, determining indirectly the revocation of the mandates of those who took advantage of unlawfulness and they came to be elected. Throughout its development, seeks to set the figure of illicit capture of suffrage in its historical, social and legal aspects, to the time when you make a comparison with the parallel definitions conferred by the jurisprudence and doctrine specialized in electoral harvest. At the end, it presents the jurisprudential

* Graduado em Direito pela Universidade Salvador-UNIFACS. Especialista em Direito Eleitoral pela FUNDACEM/Maurício de Nassau. Técnico Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral na Bahia, nele detendo domicílio funcional. Ex-chefe de Cartório. Atualmente, exerce a função de Assistente em Zona Eleitoral.





absence of objective criteria for the characterization of the offending conduct, given the manifestation of the will of the voter individually and collectively, in front of (dis) need to express request of votes as an essential requirement for the application of penalties in art. 41-A of Law n. 9.504/97.

Keywords: Illegal capture of suffrage. Vote buying. Electoral corruption. Divergence jurisprudential. Law n. 9.840/99. Art. 41-A of Law n. 9.504/97. Law of Vote Buying. Law of Bishops. Cassation elective office.

1 INTRODUÇÃO

Historicamente, o processo eleitoral em nosso país sempre foi acompanhado de notícias de fraudes, compra de votos e corrupção eleitoral. Comprovadamente ou não, o certo é que, não raro, são publicadas denúncias a respeito de um resultado viciado das urnas eleitorais. E, nesse ponto, tem-se como tema nevrálgico a liberdade de manifestação de vontade que o eleitor tem no ato de votar, frente à busca desenfreada pelo poder desenvolvida por candidatos e seus patrocinadores, neste jogo que tem (ou deveria ao menos ter) como objetivo maior o exercício da democracia.

O processo eleitoral, entendido como o conjunto de atos promovidos por Partidos Políticos, Candidatos e Justiça Eleitoral, objetiva a proclamação dos candidatos, livremente, frise-se, escolhidos pelo povo. Intrínseca é a sua relação com os princípios democrático e republicano, sendo bastante conhecido o postulado constitucional que determina que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, nos termos da Constituição da República. O povo sufraga e exprime, livremente, frise-se de novo, a sua vontade quanto ao pleito que lhe é submetido, devendo a sua opinião majoritária ser respeitada, sendo soberana na definição que aprovou.

Ocorre que as eleições dos representantes do povo sempre foram marcadas, como dito antes, por notícias e especulações de todo o gênero: desde o voto de “curral” à fraude no resultado, desde a primeira eleição, ainda enquanto Colônia portuguesa, onde não se sabia quem era ou seria eleitor da Vila de São Vicente, passando pelo Brasil Império e República, onde o voto de cabresto era utilizado pelos antigos “coronéis” em troca de empregos e benesses à sua clientela, assim como pelas eleições “a bico de pena”, amplamente conhecidas pelos eleitores da República do “Café com leite”.

Apenas no sentido de ilustrar tais momentos, faz-se oportuna a citação de um trecho da obra de Belisário Soares de Souza que assim descrevia o ato de votar:

Pedro está qualificado; mas é realmente o Pedro qualificado o indivíduo desconhecido que ali está presente com uma cédula na mão? Os mesários o desconhecem, bem como a maior parte dos circunstantes. Entretanto, o cabalista que lhe deu a cédula declara que é o próprio; os mesários seus partidários esposam-lhe a causa, e pela mesma razão os outros esposam o contrário. É! Não é! Grita-se de todos os lados. Interroga-se o cidadão. Justamente os ‘invisíveis’, os ‘fósforos’, na gíria cabalista, são os mais ladinos em responderem, segundo os dados constantes da qualificação: tem 30 anos, é casado, carpinteiro, etc. A maioria da mesa decide: está acabado; não há nem pode haver recurso. Outras vezes, Pedro





é conhecido, é o verdadeiro Pedro da qualificação. Negam-lhe, porém, a identidade: Pedro atrapalha-se, intimida-se com aquela vozeria; o seu voto é rejeitado.¹

O sufrágio, exercido pelo voto do eleitor, sempre teve como razão de existir o ato de exprimir a manifestação de vontade quanto ao processo democrático de escolha que é submetido ao eleitorado. No entanto, por razões e circunstâncias diversas, essa manifestação de vontade é ofuscada, dando lugar à vontade de outrem, não raro, interessado no pleito eleitoral para a satisfação de seus interesses particulares.

Com o objetivo de influir no resultado das eleições, a liberdade de escolha do eleitor era comprada (e ainda o é) em troca de dinheiro, favores, empregos, terrenos, promessas, presentes, entre outros tipos de vantagens. Oportuna é a lembrança que se faz do curioso caso (para não se qualificar como emblemático) em que o Tribunal Superior Eleitoral reconheceu a prática de compra de votos em razão de candidato ter oferecido trinta unidades de telhas e dois quilos de pregos a eleitor, em troca de seu voto e de sua esposa.²

Preciso foi o registro de Norberto Bobbio ao definir a evolução (melhor seria involução) do sistema de escolhas democráticas, em cotejo com os fatores e as variantes que compõem o jogo de interesses da população de sua nação italiana, estabelecendo inafastável semelhança com o processo democrático brasileiro:

Nos regimes democráticos, como é o italiano, onde a percentagem dos votantes é ainda muito alta (embora diminua a cada eleição), existem boas razões para se acreditar que esteja em diminuição o voto de opinião e em aumento o voto de permuta (voto di scambio), o voto, para usar a terminologia mais crua, mas talvez menos mistificadora, o voto clientelar, fundado (frequentemente de maneira ilusória) sobre o *do ut des* (apoio político em troca de favores pessoais).³

E é nesse contexto de compra de votos, através das mais variadas formas, que advém a Lei n. 9.840/99. Denominada de “Lei dos Bispos” ou de “Lei da Compra de Votos”, este diploma tipifica a primeira lei de iniciativa popular de nosso ordenamento jurídico, embora não tenha sido o primeiro projeto de lei de iniciativa popular, registre-se, já que tal fato é atribuído ao projeto de lei de iniciativa popular do ano 1992 que se destinou a criar o Fundo Nacional de Habitação Popular.

Não poderia deixar de ser registrado um breve comentário sobre essa passagem histórica. Para alguns, a promulgação da lei da compra de votos apenas configura nada mais que um acaso ou coincidência com o fato de ser a primeira lei de iniciativa popular após a promulgação da Constituição Federal vigente. No entanto, este articulista possui opinião diferente, na medida em que visualiza o fato da aludida lei ser oriunda de um momento histórico não-ocasional, no qual a população revelou a sua indignação com a prática deslavada e impune da compra de votos, contra ela se revoltando, e se utilizando do instrumento constitucional que lhe é facultado para

¹ SOUZA, Belisário Soares de. *O sistema eleitoral no Império*. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 45.

² Sob a relatoria do então Ministro Fernando Neves, o Tribunal Superior Eleitoral no Recurso Especial Eleitoral n. 21.248, publicado no Diário da Justiça de 8.8.2003, p. 155, além de reafirmar a constitucionalidade do art. 41-A da Lei n. 9.504/97, reformou decisão do Egrégio Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, no sentido de, reconhecida a conduta de doação de benesses em troca de votos através de prova testemunhal, determinar a cassação dos beneficiários da referida conduta ilícita.

³ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 54.





exercer, de forma direta, a democracia, tornando ilícita a conduta da captação de votos por dadas vias.

No dizer de Márlon Jacinto Reis, a promulgação da “Lei dos Bispos” adveio de uma multiplicidade de circunstâncias:

Muitos fatores deram motivo à mobilização social inédita, entre os quais se pode destacar a inexistência, até então, de instrumentos normativos capazes de prevenir e reprimir de modo eficaz a “compra de votos” e o uso eleitoral da máquina administrativa. Junto a isso, consolidava-se uma jurisprudência conservadora, que restringia ainda mais o pequeno alcance da lei no atinente à garantia da lisura nos pleitos eleitorais.⁴

Em uma rápida análise histórico-social nota-se que a população, diretamente, faz acontecer o que os seus representantes democraticamente eleitos para lhe representar não fizeram. De uma forma organizada e liderada por mais de sessenta entidades associadas, entre elas a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, a Associação Brasileira de Imprensa e a Ordem dos Advogados do Brasil, lançou-se um projeto de lei de iniciativa popular que mais tarde se tornaria a Lei n. 9.840/99, a qual introduziu o art. 41-A na Lei n. 9.504/97, como forma de impedir a captação ilícita de sufrágio.

Reconhecer as condutas que configuram a incidência do citado dispositivo legal, assim como suas consequências jurídicas, é o que se propõe fazer a partir desta etapa, ao tempo em que se persegue uma definição objetiva para aferir a ocorrência da captação ilícita de sufrágio como causa para a cassação do registro ou diploma conferido a candidato eleito.

2 NATUREZA JURÍDICA E DISTINÇÃO DE OUTRAS INFRAÇÕES LEGAIS

A definição legal de captação ilícita de votos está expressa no art. 41-A da Lei n. 9.504/97, o qual traz uma conceituação analítica acerca do tipo:

Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive sob pena de multa de mil a cinquenta mil UFIR, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990.⁵

Definiu o legislador que as condutas destinadas a influir, subtrair e/ou reduzir a vontade do eleitor no tocante às suas escolhas nos pleitos eleitorais serão consideradas ilícitas se resultarem em um proveito (ou um retorno, ainda que apenas na esfera de uma oferta ou promessa) ao eleitor alvo da malsinada conduta.

Note-se que a regular captação de votos é permitida. O que se veda é a captação através da utilização de meios que, ainda que reconhecidamente sutis, sejam

⁴ REIS, Márlon Jacinto. *Uso eleitoral da máquina administrativa e captação ilícita de sufrágio*. Rio de Janeiro: FVG, 2006. p. 17.

⁵ BRASIL. Lei n. 9.504/97, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º out. 1997.





capazes de interferir na livre (ou melhor, independente) vontade expressada pelo eleitor no momento da escolha. Nesse sentido, diz Marcos Ramayana:

A captação lícita diz respeito à própria disputa eleitoral, faz parte da essência da propaganda político-eleitoral. Todavia, a ilicitude é que merece reprimenda. Não são alvos da captação ilícita de sufrágio promessas de melhorias em educação, cultura, lazer etc. O que a lei pune é a artimanha, o “toma lá dá cá”, a vantagem pessoal de obter voto.⁶

É possível depreender do conceito legal algumas características.

De início, note-se que o dispositivo legal estipula condutas comissivas de forma taxativa, ou seja, a subsunção depende da prática de um daqueles núcleos nele previstos. Tais núcleos serão, adiante, analisados com maior profundidade, questionando-se a respeito das condutas omissivas que gerem uma vantagem pessoal para o eleitor.

Em seguida, observe-se que a conduta deve ser guiada com a finalidade de obtenção do voto do eleitor, o que, em uma interpretação restritiva, levaria à conclusão que a obtenção da abstenção do eleitor não tipificaria a incidência do aludido dispositivo. Porém, este não tem sido o posicionamento dominante em nossa jurisprudência, como será exposto adiante.

Logo após, conquanto o legislador tenha adotado aquela noção restritiva quanto à finalidade da conduta não permitida, estabelece, desta vez, uma noção ampliativa no que tange à vantagem conferida em contraprestação, constituindo um verdadeiro rol aberto de possíveis condutas que atrairiam para si a incidência do dispositivo em comento, contemplando desde doações a promessas de empregos.

Ainda naquela esteira, determina o período de vedação das condutas nele descritas, qual seja, a data do registro da candidatura, como termo inicial e o dia da eleição, como termo final para a configuração da ilicitude na captação de votos (o que não se confunde com o lapso franqueado para a respectiva Representação, qual seja, a data da diplomação, nos termos expressos do § 3º do citado art. 41-A).

Por fim, estabelece as sanções para o seu descumprimento, quais sejam, a cassação do registro de candidatura ou do diploma, caso o candidato já tenha sido efetivamente diplomado e, cumulativamente, a aplicação de multa nos parâmetros de mil a cinquenta mil UFIR, devendo-se observar o rito procedimental de apuração estipulado no art. 22 da Lei Complementar n. 64/90.

Muito embora este trabalho tenha outro enfoque, faz-se necessário um aprofundamento da análise conceitual para que se alcance o seu real objetivo.

Corriqueira é a confusão que se faz entre os conceitos de captação ilícita de sufrágio e outros tipos a ela assemelhados (mas não iguais, frise-se), como corrupção eleitoral, “boca-de-urna” e abuso de poder econômico. Extremamente esclarecedoras são as lições de Francisco de Assis Vieira Sanseverino e de Márlon Jacinto Reis, que dispensam maiores comentários, acerca de tais distinções:

A captação vedada de sufrágio, pode-se afirmar, de forma geral, tem origem exatamente nas condutas da corrupção eleitoral, ou compra de voto dos eleitores. Entretanto, há diferenças relevantes. A primeira, já afirmada, reside na natureza jurídica; a captação

⁶ RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 252.





vedada de sufrágio se constitui em infração político-administrativa; já o art. 299 do CE estabelece crime eleitoral.

Quanto à autoria, a captação vedada deve ser praticada por candidato de forma direta; ou, se praticada por terceiro (por exemplo, o cabo eleitoral), ter a sua participação. O crime de corrupção eleitoral pode ser praticado por qualquer pessoa, candidato ou não.⁷

Essa distinção é essencial para afastar qualquer confusão entre os conteúdos jurídicos da captação ilícita de sufrágio e do abuso do poder econômico. Aqui o desequilíbrio entre o patrimônio do candidato e do eleitor favorece a utilização das formas de expressão econômicas, como meio para influir sobre o resultado dos pleitos. Ali, na compra de votos, sequer é necessário esse desequilíbrio, já que mesmo candidatos de poucos recursos podem oferecer ou prometer dádivas capazes de gerar alterações eleitorais significativas (como no exemplo da homenagem, antes mencionado, ou na promessa de assistência material futura em caso de eleição etc.).⁸

Feitas essas considerações a respeito da distinção da compra de votos frente a outros institutos jurídicos é importante saber que a captação ilícita é aquela que retira (ou reduz) a liberdade de escolha que o eleitor teria se a ele não lhe fosse dirigida uma daquelas condutas previstas no dispositivo em debate, sendo desnecessário que a contraprestação a ser atribuída ao eleitor venha, de fato, ocorrer.

Isto porque a mera oferta (ainda que não venha a se concretizar) já é capaz de produzir modificações na vontade daquele que dela precisa. É o que ocorre, indubitavelmente, com aqueles que precisam de empregos. É inquestionável que, ao ser oferecida uma proposta de emprego ao eleitor que dele precise para a sua subsistência, a sua liberdade de escolha restará, ainda que parcialmente, comprometida com o resultado da eleição, ou seja, a vontade do eleitor lhe é retirada para que dê espaço à sua sobrevivência, pois, ainda que simpatize com outro candidato, deverá destinar seu voto para aquele que lhe ofertara ou prometera algum benefício ou vantagem pessoal, em função da necessidade da sua subsistência.

Nesse sentido, denota-se que a real intenção da Lei n. 9.840/99 foi coibir aqueles que, se utilizando das mais variadas formas de cooptar votos, praticavam abusos que interferem na liberdade de escolha dos eleitores, gerando um resultado das eleições que não condiz com a real vontade de seu eleitorado, e pondo em risco o Estado democrático no qual vivemos.

O dispositivo não busca apenas punir aquele que abusa do seu poder econômico (ou faz uso do poder econômico de outros), mas também resguardar a liberdade do eleitor em promover a sua escolha no pleito que lhe é submetido, como outrora o fez o legislador constituinte ao estabelecer o voto secreto, de forma a impedir que quaisquer outros saibam qual escolha tenha sido feita pelo eleitor votante.

Assim, nessa linha deve ser interpretada a redação do mencionado art. 41-A, especificamente no trecho em que faz referência a “obter-lhe o voto”, isto é, onde o dispositivo faz expressa referência à necessidade de resguardar a livre manifestação (real vontade) do eleitor.

⁷ SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. *Compra de votos: análise à luz dos princípios democráticos*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 258.

⁸ REIS, 2006, p. 29.



Este articulista defende essa posição porque nem sempre tem sido esse o entendimento das Cortes Eleitorais, já tendo ocorrido casos em que se exigiu para a configuração do citado art. 41-A que o eleitor votasse no candidato que o comprara, pois, tendo sido reputado insuficiente a distribuição de combustível que tivera como finalidade a afixação de adesivos (do candidato) em veículos.⁹

3 ENUMERAÇÃO LEGAL TAXATIVA DAS CONDUTAS E CONCEITO ABERTO DA JURISPRUDÊNCIA

Em que pese a lei apresentar os núcleos das condutas comissivas alvo de punição, tendo em conta uma pretenciosa tentativa de se reconhecer como *rol numerus clausus* o quanto disposto no art. 41-A da Lei n 9.504/97, esse não tem sido o entendimento adotado pelas Cortes da Justiça Eleitoral brasileira.

O art. 41-A define que o ato de doar, oferecer, prometer ou entregar bem ou vantagem pessoal ao eleitor com o propósito de obter-lhe o voto configura captação ilícita.

Apesar de tais núcleos (condutas) não apresentarem maiores dificuldades quanto à sua assimilação e compreensão, oportuna é a lição de Francisco de Assis Vieira Sanseverino que estabelece distinção sobre eles:

Doar e entregar têm significados muito próximos, mas parece adequado estabelecer sua distinção. Doar significa o ato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra pessoa. A doação, para os fins eleitorais, tem sentido e alcance mais abrangente daquele estabelecido no Direito Civil. Entregar significa passar às mãos ou à posse de alguém. Dessa forma, distinguem-se no ponto em que, a entrega envolve a execução do ato material de passar às mãos de outro um bem ou vantagem material; enquanto, a doação pode incluir, ou não, aquele ato de execução, bem como pode ser de bem ou qualquer vantagem ou benefício.

Oferecer tem o sentido de pôr à disposição, apresentar para que seja aceito. Já prometer significa obrigar-se, comprometer-se a fazer ou dar bem ou qualquer vantagem.¹⁰

Em outras palavras: quando o candidato doa um conjunto de estofados para conviventes recém-casados, a título de presente de matrimônio, se, ainda que sutilmente, declarar o seu propósito eleitoral (obter-lhes o voto), tipificado estará o mencionado dispositivo que veda a captação ilícita de sufrágio.

O mesmo ocorre quando o candidato oferece ou promete, desta vez, um terreno para construção de uma casa a este mesmo casal, caso venha a ser eleito.

Denotam-se dois importantes prismas: primeiro que, de acordo com o art. 41-A já mencionado, as condutas são sempre positivas, ou seja, têm que ser praticadas, cometidas. O segundo que, na configuração de quaisquer dos núcleos, é possível o enquadramento de uma gama de condutas, desde que destinadas à compra do voto do eleitor. Nesse sentido, diz Márlon Jacinto Reis:

⁹ Sob a relatoria do Ministro Henrique Neves da Silva, o Tribunal Superior Eleitoral julgou a Ac. de 12.8.2014 no AgR-AC n. 97.732, em 12.8.2014, no sentido da impossibilidade de reconhecimento da captação ilícita do sufrágio do eleitor que afixara os aludidos adesivos.

¹⁰ SANSEVERINO, 2007, p. 263.





A descrição objetiva da hipótese fáctica sobre a qual incide a lei para sujeitar o autor da captação ilícita de sufrágio às medidas punitivas que prevê é suficientemente clara para indicar qual a ação indesejada pelo legislador, mas é também ampla o bastante para contemplar todas as formas sociais da compra de votos acima analisadas. Isso importa dizer que todos os sentidos sociológicos emprestados à ação dirigida a comprar votos são abrangidos e reprimidos pelas normas provenientes da iniciativa popular, que tratam da captação ilícita de sufrágio, como veremos a seguir.¹¹

Em nossa visão, para a configuração do citado dispositivo legal, mister se faz a compra, a captação velada de forma ilícita, ainda que o seu resultado pretendido não venha a ocorrer. Para Francisco de Assis Vieira Sanseverino “deve haver a compra, a negociação do voto do eleitor, com promessas de vantagens mais concretas e específicas, de forma a corromper a consciência do eleitor.”¹²

E, conforme se analisara logo acima, verificou-se dois importantes prismas da captação ilícita de votos aos quais a jurisprudência empresta definição e alcance variáveis.

É o que ocorre com o núcleo “prometer” do artigo em comento, ao qual a jurisprudência empresta um conceito aberto (maleável). Através de uma interpretação literal, pode-se afirmar que a promessa dirigida a eleitor com o fito de obter-lhe o voto mediante o oferecimento de um bem ou uma vantagem pessoal configuraria a infração descrita no art. 41-A, redundando em suas consequências legais.

Entretanto, algumas Cortes passaram a estabelecer uma necessária (sic!) distinção entre promessas ilícitas (alvo do art. 41-A) e promessas de campanha eleitoral (de apoio político), tendo como pretenso fator distintivo que aquelas se constituem quando representem vantagens concretas e específicas, enquanto essas se constituíam quando detivessem caráter mais genérico.

Apenas a título de ilustração, cite-se o caso do Recurso Especial n. 19.176-ES, onde o Tribunal Superior Eleitoral, utilizando-se daquela distinção, decidiu que a promessa de atendimento de reivindicações expressamente descritas em um protocolo de intenções formalizado entre candidatos e eleitores, incluindo a doação de um imóvel do patrimônio municipal, não caracterizaria a infração do art. 41-A.¹³

Em outro julgado, o Tribunal Superior Eleitoral foi ainda mais longe nesta esteira de conferir um conceito aberto quanto aos núcleos do art. 41-A (seja para a sua configuração, seja para a descaracterização da vedação nele contida). Nesse último julgado, a Corte Superior estabeleceu, por analogia, a equiparação entre os núcleos de “obter ou dar voto” aos de “conseguir ou prometer abstenção”, de forma a também compreender o leque de condutas proibidas e configurar a captação ilícita de votos:

Tenho que, se a conduta imputada aos autores da cautelar está tipificada no art. 299 do CE, no qual ‘o obter ou dar voto’ e ‘conseguir ou prometer abstenção’ são fins equiparados, que decorrem da ação de ‘dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem’, é lícito ao intérprete do art. 41-A da Lei n. 9.504/97, por analogia, entender que ali, se cogita, também, da dádiva de dinheiro em

¹¹ REIS, 2006, p. 27.

¹² SANSEVERINO, 2007, p. 264.

¹³ É inegável que o Tribunal Superior Eleitoral tenha emprestado outro conceito ao núcleo “prometer” do art. 41-A, de forma que, ao utilizar a distinção entre promessas ilícitas e promessas de campanha, reconheceu presente o aludido núcleo, sem contudo, aplicá-lo a consequência jurídica.





troca da abstenção. Caso em que se indeferiu liminar que visava assegurar o exercício de mandato.¹⁴

É inquestionável que as condutas descritas no art. 41-A são, não raro, conceituadas de forma aberta pelo Tribunal Superior Eleitoral que, ao fazê-lo, contribui para a insegurança jurídica que reside na seara eleitoral.

E, diante dessa inafastável ausência de uniformidade quanto ao alcance do dispositivo legal em comento, não sem surpresa também se encontram julgados nas Cortes Regionais promovendo a aludida distinção entre promessas ilícitas e promessas (supostamente lícitas) de apoio político em troca de cargo na Administração municipal, consoante se extrai do excerto abaixo transcrito, oriundo do voto do Relator Juiz Carlos d'Ávila Teixeira, do Tribunal Regional Eleitoral na Bahia, no julgamento do Recurso Eleitoral n. 222-25.2012.6.05.0187:

[...] 1. Promessa de cargo na Administração Municipal à candidata a vereadora "Nice do Acarajé" em troca da desistência de sua candidatura e apoio político aos recorridos. [...] Não se trata, portanto, de uma vítima cooptada, mas sim, de uma candidata que participou do jogo político habitual, em que buscou apoiar aquele candidato que melhor atendeu aos seus interesses. [...].¹⁵

4 (IN)EXISTÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA CAPTAÇÃO ILÍCITA DE VOTOS

A Lei n. 9.840/99 foi promulgada e não tardou a produzir seus efeitos jurídicos pretendidos quando de sua elaboração. Suas consequências iniciaram o que alguns denominam de "revolução no processo eleitoral brasileiro". No entanto, também não tardou para que o legislador tentasse promover modificações em seu teor.

É que, na derrocada iniciativa de se punir a nefasta e arraigada prática cultural da compra de votos, os julgadores, não raro, não estabeleciam critérios objetivos para que a conduta fosse configurada e a ela aplicada as sanções cabíveis. Oportuno o relato de Chico Whitaker que afirma que "hoje, com mais de 400 casos de cassação pelo TSE do registro ou do diploma de candidatos por força da Lei n. 9.840, ela entrou para a história de nosso direito eleitoral como uma verdadeira e bem-vinda revolução".¹⁶

Nessa esteira, afirma Samuel Carvalho Gaudêncio que a busca pela aplicação do então novel instituto resultou, casuisticamente, em potenciais prejuízos à coletividade:

Os juízes eleitorais, os Tribunais Regionais Eleitorais e o próprio TSE não conseguiram construir jurisprudência de forma unânime, havendo um festival de "cassações" de titulares de mandatos eletivos, principalmente prefeitos, havendo alteração brusca nas gestões municipais, vez que determinado prefeito era afastado pelo juiz eleitoral, recolocado pelo TRE e, mais tarde, afastado pelo TSE.¹⁷

¹⁴ A Corte Superior Eleitoral negou provimento ao Recurso Especial Eleitoral n. 26.118 – Itapeva, MG, Relator Ministro José Gerardo Grossi, acórdão de 1.3.07.

¹⁵ Negando provimento ao mencionado Recurso Eleitoral, o Tribunal Regional Eleitoral na Bahia, em 5.5.2016, por meio do Acórdão n. 293/2016, afastou a alegação de captação ilícita de sufrágio.

¹⁶ WHITAKER *apud* REIS, 2006, p. 14

¹⁷ GAUDÊNCIO, Samuel Carvalho. *Direito Eleitoral*: art. 41-A da Lei das Eleições. São Paulo: Rideel, 2005. p. 10.





Concordando com a ausência de uniformidade de entendimento na Justiça Eleitoral, expôs Marcos Souto Maior Filho que “a jurisprudência não é uníssona, vários Tribunais Regionais Eleitorais e até mesmo os Juízes Zonais vêm dissentindo da construção interpretativa do E. Tribunal Superior Eleitoral”.¹⁸

Tornaram-se frequentes os casos reportados nos mais diversos veículos de imprensa que relatavam (melhor, informavam!) que a população encontrava-se absolutamente “revel” à situação político-jurídica vivida em seu município. E, quando questionada a respeito da titularidade da chefia do executivo municipal, a resposta, não raro, não traduzia a veracidade das informações.

Do ponto de vista jurídico é inegável identificar a ruptura administrativa que é ocasionada com o “festival de troca-troca” nos cargos eletivos. Isso porque, corriqueiros passaram a ser os casos em que, em uma semana, o gestor eleito, que houvera sido afastado em momento anterior, retornava à gestão novamente, seja por meio do manejo de medidas cautelares que emprestem o efeito suspensivo ao julgado que o afastara, seja por meio do julgamento, em grau de recurso, da decisão que o condenara. Porém, na semana seguinte, também por meio de instrumentos processuais outros, a gestão municipal passava a ser titularizada pelo candidato sucumbente no pleito eleitoral.

E, em meio a esta conturbada relação político-jurídica, está a população, que passa a não saber a quem se dirigir para reivindicar seus direitos. É saber: aquele servidor municipal ocupante de cargo em comissão (imensa maioria dos municípios brasileiros) não sabe se com o possível retorno do candidato derrotado receberá seus vencimentos ou permanecer no cargo. E, a partir disso, toda uma cadeia de dependentes também passam a sofrer tal instabilidade, a qual passa a ter um caráter macro, alcançando, de forma inevitável, parcela considerável da população daquele município.

É certo que a divergência jurisprudencial que ocasiona tal instabilidade proporciona insegurança jurídica para aqueles que foram eleitos, para aqueles que querem se valer de tal ausência de uniformidade de pensamento e, último (melhor seria, primeiro) plano, para a população representada (eleitores e não-votantes).

Conquanto já tenham sido citados julgados ao longo desse artigo, com o intuito de demonstrar a inexistência de critérios objetivos em julgados que determinam a cassação de mandatos eletivos, passa-se a expor alguns casos curiosos.

A respeito da necessidade do pedido expresso de votos decidiu o Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte:

No caso da presente ação de investigação judicial eleitoral, o conjunto probatório analisado revela que a vontade do eleitor, protegida pela norma, foi captada ilicitamente. Não procede a alegação dos RECORRENTES, de que a candidata Maria José não teria participado ou anuído com a prática das condutas em tela, uma vez ser pacífica a jurisprudência, no sentido de que uma conduta praticada por candidato majoritário responsabiliza toda a Coligação de que este, porventura, faça parte. Por seu turno, necessário apenas demonstrar o liame subjetivo entre a conduta vedada e o benefício auferido, ou seja, a intenção de captar o voto do eleitor, o que, no presente caso resta caracterizado.

¹⁸ MAIOR FILHO, Marcos Souto. *Direito Eleitoral: lei da compra de votos e a reforma eleitoral*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 21.





Em face de tais considerações, em harmonia com o parecer ministerial, o meu entendimento é que restou evidenciada a captação ilícita de sufrágio, devendo ser decretada a nulidade dos votos dados em favor da Coligação Amor ao Povo nas eleições de outubro de 2004, e determinada a realização de novas eleições, nos termos do art. 41-A da Lei 9.504/97, art. 22 da Lei Complementar 64/90, e artigos 222 e 224 do Código Eleitoral.¹⁹

Note-se que o Relator considerou que a configuração da captação ilícita de votos se deu apenas com a intenção presumida pela presença, na residência dos sucumbentes, de cadernos com anotações de possíveis entregas de bens da mais variada natureza.

Ou seja, não foi determinante para a subsunção da conduta ilícita que o pedido expresso de votos estivesse caracterizado e reconhecido. O resultado proferido pela Corte Regional do julgamento, à unanimidade, reconheceu a captação ilícita do sufrágio.

Em outra linha, todavia, decidiu o Tribunal Superior Eleitoral, no sentido da imperiosa necessidade de demonstração do condicionamento da entrega da vantagem à obtenção do voto do eleitor:

[...] Ação de investigação judicial eleitoral. Distribuição gratuita de cervejas. Evento público de campanha. Captação ilícita de sufrágio. Descaracterização. Provimento. 1. Hipótese em que os fatos delineados no acórdão regional não se prestam para demonstrar a existência do dolo, consistente no especial fim de agir necessário à caracterização do ilícito do art. 41-A, qual seja, o condicionamento da entrega da vantagem - no caso, distribuição de cervejas em praça pública por pessoas ligadas aos candidatos ao pleito majoritário municipal, após a realização de evento público de campanha - à obtenção do voto do eleitor [...].²⁰

Ainda nessa esteira, decidiu o Tribunal Superior Eleitoral que, entre outros fatos, a conduta de ceder celular de uso institucional pela Câmara de Vereadores não se mostra apto a configurar o art. 41-A da Lei n. 9.504/97:

Recurso ordinário. Eleições 2010. Representação. Art. 41-A da Lei n. 9.504/97 [...] Condutas não configuradoras de captação ilícita de sufrágio [...] 3. Os fatos descritos nos autos - aproveitamento da estrutura de igrejas evangélicas para captação de votos dos fiéis, utilização ilegal de emissora de rádio, patrocínio de show artístico e cessão de celular de uso restrito da Câmara dos Deputados - não se amoldam à conduta coibida pelo art. 41-A da Lei n. 9.504/97 [...] 5. Não há nos autos suporte probatório válido para amparar a alegada prática de captação ilícita de sufrágio consistente na distribuição de bens e dinheiro em troca de votos [...].²¹

¹⁹ Sob a relatoria do Des. Dúbel Cosme, o Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte julgou o Recurso Eleitoral n. 6.396/2005 - Classe IV, publicado no Diário da Justiça de 6 jul. 2005, p. 3, no sentido de, reconhecer a compra de votos através de prova documental e determinar a cassação dos mandatos dos beneficiários da referida conduta ilícita.

²⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Ac. de 17.3.2015 no REspe n. 1366059*. Rel. Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. Disponível em: <<http://temasselecionados.tse.jus.br/temas-selecionados/captacao-de-sufragio/caracterizacao>>. Acesso em: 5 maio 2016.

²¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Ac. de 25.3.2014 no RO n. 180.081*. Rel. Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://temasselecionados.tse.jus.br/temas-selecionados/captacao-de-sufragio/caracterizacao>>. Acesso em: 5 maio 2016.



Avançando na ausência de uniformidade jurisprudencial, calha citar o tema relativo ao “pedido” (expresso ou tácito) de votos, o qual possui decisões em direções opostas.

Assim, no sentido da desnecessidade de pedido expresso de votos, decidiu o Tribunal Superior Eleitoral, afirmando ser preciso, apenas, a demonstração do especial fim de agir do candidato na compra de votos:

[...] Cassação. Diploma. Suplente. Deputado estadual. Manutenção. Albergues. Envio. Correspondência. Pedido de voto. Oferecimento. Serviços assistenciais. Continuidade. Período eleitoral. Anuência. Candidato. Configuração. Captação ilícita de sufrágio. 1. A manutenção de serviços sociais no período eleitoral, prestados por candidato, aliada ao envio de correspondência com pedido de voto e oferecimento da continuidade dos serviços a eleitora cujo nome constava do cadastro de pessoas atendidas, demonstra que as práticas assistencialistas tinham como principal objetivo cooptar ilicitamente o voto do eleitor. 2. Para a configuração da captação ilícita de sufrágio não é necessário pedido expresso de votos, sendo suficiente a demonstração do especial fim de agir [...].²²

Não sem surpresa, aquela mesma Corte Superior decidiu, sob a mesma Relatoria, que a configuração da captação ilícita de votos exige, sim, que a vantagem prometida/concedida esteja condicionada à obtenção do voto do eleitor (ou seja, previamente condicionada ao pedido do voto):

[...] 1. O Tribunal de origem assentou que os elementos dos autos são insuficientes para comprovar o caráter eleitoral da conduta, o que afasta a caracterização da captação ilícita de sufrágio. Modificar essa conclusão, implica o vedado reexame dos fatos e provas. 2. A configuração da captação ilícita de sufrágio exige a prova incontestada de que a vantagem concedida estava condicionada ao voto do eleitor beneficiado [...].²³

Tecendo uma curiosa distinção, o Tribunal Superior Eleitoral já decidiu que a doação de combustível (para fins de participação em comício eleitoral) não é, por si só, apta à caracterização da compra de votos, ao passo que o pagamento de inscrição em concurso público atrairia a incidência legítima do art. 41-A da Lei n. 9.504/97.

Doação de combustível - campanha eleitoral *versus* captação de votos. A doação de combustível visando à presença em comício e ao apoio a campanha eleitoral não consubstancia, por si só, captação vedada pelo artigo 41-A da Lei n. 9.504/1997. Abuso do poder econômico - elucidação. A configuração, ou não, do abuso do poder econômico faz-se, considerado o recurso especial, a partir dos parâmetros fáticos constantes do acórdão formalizado.²⁴

²² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Ac. de 22.10.2013 no RO n. 836.251*. Rel. Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://temas-selecionados.tse.jus.br/temas-selecionados/captacao-de-sufragio/caracterizacao>>. Acesso em: 5 maio 2016.

²³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Ac. de 5.9.2013 no AgR-AI n. 65.348*. Rel. Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://temas-selecionados.tse.jus.br/temas-selecionados/captacao-de-sufragio/caracterizacao>>. Acesso em: 5 maio 2016.

²⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Ac. de 16.8.2012 no REspe n. 40.920*. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://temas-selecionados.tse.jus.br/temas-selecionados/captacao-de-sufragio/caracterizacao>>. Acesso em: 5 maio 2016.



Representação. Captação ilícita de sufrágio. 1. A atual jurisprudência deste Tribunal não exige, para a configuração da captação ilícita de sufrágio, o pedido expresso de votos, bastando a evidência, o fim especial de agir, quando as circunstâncias do caso concreto indicam a prática de compra de votos. 2. O pagamento de inscrição em concurso público e de contas de água e luz em troca de votos, com o envolvimento direto do próprio candidato, em face das provas constantes dos autos, caracteriza a captação ilícita de sufrágio prevista no art. 41-A da Lei n. 9.504/97 [...].²⁵

Cabe o registro: como saber que o combustível doado foi exclusivamente suficiente para o deslocamento do eleitor ao comício? E se sobrou alguma quantidade? O julgador obteve, com precisão, que a quantidade doada fora exatamente precisa para o dito deslocamento? Em caso negativo, o eleitor teria, então, a obrigação de proceder a devolução do remanescente ao candidato, sob pena de, em sendo omissão, configurar-se uma doação?

A visualização da mencionada inexistência de critérios objetivos para a caracterização da captação ilícita de sufrágio é, portanto, irrecusável, de modo que, não sem razão, corriqueiras são as críticas (às vezes, ácidas) às Cortes Eleitorais, aqui compreendidas o Tribunal Superior Eleitoral e os Tribunais Regionais Eleitorais.

5 CONCLUSÃO

Passados mais de dezesseis anos desde o início da vigência do art. 41-A da Lei n. 9.504/97, a configuração da captação ilícita de votos ainda se revela um tema sem uniformidade na jurisprudência brasileira, máxime quando levado em consideração o (des)entendimento perfilhado pela Corte responsável pela uniformização jurisprudencial na seara eleitoral.

É preciso recordar que segurança jurídica é princípio que informa não apenas a atuação de jurisdicionados, mas também a prestação da jurisdição. A continuidade desse quadro anacrônico só contribui para o aumento do descrédito quanto à atuação dos órgãos da Justiça Eleitoral.

Ao argumento de se promover justiça “caso a caso”, a Justiça Eleitoral deve compreender que a estipulação de critérios objetivos terá o condão, ao fundo, de também legitimar a atuação dos órgãos do Poder Judiciário dessa seara especializada, ao tempo de possibilitar a todos atores envolvidos (candidatos, partidos políticos e coletividade) a necessária confiança (aqui entendida como um dos primas do princípio da segurança jurídica) que se deve prestar ao Poder cuja função principal é, nos termos pertinentes, a pacificação social por meio da aplicação de princípios e regras prévias democraticamente estabelecidas.

²⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Ac. de 12.6.2012 no RO n. 151.012*. Rel. Min. Gilson Dipp, Red. designado Min. Arnaldo Versiani. Disponível em: <<http://temasselecionados.tse.jus.br/temas-selecionados/captacao-de-sufragio/caracterizacao>>. Acesso em: 5 maio 2016.





REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRASIL. Lei n. 9.504/97, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1 out. 1997.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral (BA). *Recurso Eleitoral, Acórdão n. 293/2016, em 5.5.2016*. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=26118&processoClasse=RESPE&decisaoData=20070301&decisaoNumero=&protocolo=&noCache=0.4791379193775356>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral (RN). *Recurso Eleitoral n. 6.396/2005, Classe IV. Relator Des. Dúbel Cosme. Diário da Justiça*, 6 jul. 2005.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Ac. de 12.8.2014 no AgR-AC n. 97.732, em 12.8.2014*. Relator Ministro Henrique Neves da Silva. Disponível em: <[file:///D:/Usuarios/126050580590/Downloads/BATCH487AC_012%20\(2\).PDF](file:///D:/Usuarios/126050580590/Downloads/BATCH487AC_012%20(2).PDF)>. Acesso em: 20 jun. 2016.

_____. *Ac. de 17.3.2015 no REspe n. 1366059*. Rel. Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. Disponível em: <<http://temasselecionados.tse.jus.br/temas-selecionados/captacao-de-sufragio/caracterizacao>>. Acesso em: 5 maio 2016.

_____. *Ac. de 25.3.2014 no RO n. 180081*. Rel. Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://temasselecionados.tse.jus.br/temas-selecionados/captacao-de-sufragio/caracterizacao>>. Acesso em: 5 maio 2016.

_____. *Ac. de 22.10.2013 no RO n. 836251*. Rel. Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://temasselecionados.tse.jus.br/temas-selecionados/captacao-de-sufragio/caracterizacao>>. Acesso em: 5 maio 2016.

_____. *Ac. de 5.9.2013 no AgR-AI n. 65348*. Rel. Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://temasselecionados.tse.jus.br/temas-selecionados/captacao-de-sufragio/caracterizacao>>. Acesso em: 5 maio 2016.

_____. *Ac. de 16.8.2012 no REspe n. 40920*. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://temasselecionados.tse.jus.br/temas-selecionados/captacao-de-sufragio/caracterizacao>>. Acesso em: 5 maio 2016.

_____. *Ac. de 12.6.2012 no RO n. 151012*. Rel. Min. Gilson Dipp, Red. designado Min. Arnaldo Versiani. Disponível em: <<http://temasselecionados.tse.jus.br/temas-selecionados/captacao-de-sufragio/caracterizacao>>. Acesso em: 5 maio 2016.

_____. *Ac. de 1.3.2007 no Recurso Especial Eleitoral n. 26118 – Itapeva, MG, Relator Ministro José Gerardo Grossi*. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=26118&processoClasse=RESPE&decisaoData=20070301&decisaoNumero=&protocolo=&noCache=0.4791379193775356>>. Acesso em: 20 jun. 2016.



GAUDÊNCIO, Samuel Carvalho. *Direito Eleitoral*: Art. 41-A da Lei das Eleições. São Paulo: Rideel, 2005.

MAIOR FILHO, Marcos Souto. *Direito Eleitoral*: lei da compra de votos e a reforma eleitoral. Curitiba: Juruá, 2007.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

REIS, Márlon Jacinto. *Uso eleitoral da máquina administrativa e captação ilícita de sufrágio*. Rio de Janeiro: FVG, 2006.

SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. *Compra de votos*: análise à luz dos princípios democráticos. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

SOUZA, Belisário Soares de. *O sistema eleitoral no Império*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.





AS CORREGEDORIAS ELEITORAIS COMO INSTÂNCIAS DO PROCESSO DEMOCRÁTICO

Fábio Alessandro Costa Bastos*

Carmen Lúcia Costa Brotas**

RESUMO

O presente trabalho visa refletir acerca do papel desempenhado pelas Corregedorias Eleitorais no Estado Democrático de Direito, demonstrando que, distante de uma atuação fiscalizadora e inquisitorial, estas devem zelar pela efetividade dos direitos fundamentais, notadamente os políticos, os quais são admitidos como pertencentes a esta categoria. Neste desiderato, admite-se que a democracia não pode ser concebida como um processo pronto e acabado, estando, em verdade, em constante construção e prescindindo, para a sua manutenção, de instâncias que visem assegurar a observância dos pilares democráticos, uma vez que o reconhecimento das diretrizes e dos mecanismos pelo ordenamento jurídico não se revelam suficientes para a sua preservação.

Palavras-chave: Democracia. Direitos fundamentais. Corregedorias Eleitorais.

ABSTRACT

The current work focuses on reflecting beyond the performing role of the Electoral Internal Affairs in the democratic state of law, demonstrating that it's distant from a fiscalizing and inquisitorial performance, these must ensure through the effectiveness of the fundamental rights, notably the politicians, which are admitted as belonging in this category. In this desideratum, it admits that the democracy can't be designed as a ready and finished process, being, in true, in constant construction and prescindig, for its maintenance, of instances that focus to assure in observance of the democratic cornerstones, once that the recognition of the guidelines and of the mechanisms through the legal order that doesn't reveal sufficiently for its preservation.

Keywords: Democracy. Fundamental rights. Electoral Internal Affairs.

1 INTRODUÇÃO

A democracia deve ser concebida como regime político em constante (re)construção a fim de que se possa manter a efetividade dos valores que lhe são essenciais e sem os quais acabará por ser descaracterizada. Não se revela suficiente a mera previsão, nas normas positivadas, de institutos jurídico-políticos sem que haja, na

* Juiz de Direito (BA). Corregedor Regional Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia.

** Mestre em Direito e Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia. Coordenadora de Análise Técnica do Tribunal Regional da Bahia.





estrutura do Estado que se identifica como democrático, mecanismos e instâncias que visem assegurar a observância dos ditames caracterizadores deste sistema político.

A qualificação de uma sociedade como democrática exige a previsão e, acima de tudo, a garantia dos direitos fundamentais. Reconhece-se, neste trabalho, a intrínseca relação existente entre estes direitos e o funcionamento regular da democracia. Por conseguinte, admitir uma sociedade, ainda que assim definida em leis fundamentais, como democrática sem que haja o devido respeito aos direitos fundamentais é conceber a existência de “democracia sem democracia”.

O exercício dos direitos políticos, concebidos como fundamentais, também apresenta estreita relação com a ideia de representação, a qual, por mais que haja, nas democracias modernas, problemas na relação entre representantes e representados, é essencial a este regime político.

Desvios no manejo dos procedimentos e mecanismos relativos aos direitos políticos demonstram mácula à representação e, conseqüentemente, ao regime democrático. Destarte, impõe-se às sociedades que buscam serem reconhecidas como democráticas o permanente aperfeiçoamento dos engenhos que visam assegurar o exercício destes direitos de forma efetiva a fim de que o empreendimento decisório da coletividade represente a legítima vontade dos cidadãos.

A previsão e a estruturação de instâncias que visem a identificação e a correção de distorções no manejo dos instrumentos relativos ao exercício dos direitos políticos estão, portanto, em sintonia com a ideia de preservação da democracia, constituindo exemplo elucidativo a existência das Corregedorias Eleitorais.

Assim sendo, este trabalho propõe-se a apresentar o cotejo analítico entre as principais atribuições das Corregedorias Eleitorais com os ditames estabelecidos na Constituição Federal de 1988, a qual estabeleceu o Estado Democrático de Direito, com vias a desconstruir a ideia de que a razão de existência destas instâncias vinculam-se à mera censura de irregularidades detectadas.

2 A IMPORTÂNCIA E A OBSERVÂNCIA DA DEMOCRACIA: UM PROCESSO EM CONSTRUÇÃO

A democracia não se constitui em um modelo fechado, hermético de organização das formas de disputa, ascensão e participação política na sociedade. Algumas definições mínimas, como a proposta por Bobbio¹ defendem a democracia como um conjunto de regras do jogo, ou as indicações para a tomada de decisão e os seus respectivos procedimentos para que a tomada de decisão seja legítima, ajudam a encontrar alicerces que permitem a classificação, o aprimoramento e a defesa da democracia, mas não podem ser avaliadas como algo acabado.

Dahl² defendeu que, durante mais de dois milênios e meio, a humanidade debate a democracia, contudo, o seu processo histórico está distante da linearidade, não guarda equidistância nas experiências da Grécia e de Roma da Antiguidade, tampouco estas experiências dos antigos foram replicadas pelos modernos, na constituição das democracias representativas. Os imensos hiatos históricos dos governos populares apontam para a necessidade de pensá-la enquanto um bem a ser construído continuamente, que depende dos avanços das ideias e costumes democráticos e do número crescente de cidadãos dispostos a defendê-la.

¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Campos, 2000.

² DAHL, Robert. *Sobre democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2009.





A diversidade de experiências e as transmutações pelas quais a democracia foi objeto no processo histórico estão longe de ser um obstáculo na busca para identificar elementos que nos permitam entendê-la e aperfeiçoá-la. As contribuições que uma Corregedoria Eleitoral pode ofertar neste percurso estão inseridas nos esforços da contemporaneidade da construção contínua da democracia, que tem a participação popular e a constituição de governos que reflitam esta vontade da maioria como um de seus alicerces.

Parece haver um consenso entre os estudiosos da democracia, desde os escritos de Aristóteles,³ em “Política”, que a democracia, em suas variadas acepções e formas, é a melhor maneira encontrada pelos humanos, até a atualidade, em relação a sistemas políticos, principalmente em sociedades com milhares de concernidos. As tentativas de exclusão, de constituição de um governo a partir de especialistas não podem servir de anteparo para facilitar a constituição de governos autocráticos, cruéis e corruptos. Dahl defende que “a democracia garante a seus cidadãos uma série de direitos fundamentais que os sistemas não-democráticos não concedem e não podem conceder”,⁴ sendo não apenas um sistema de governo, mas, essencialmente, um sistema de direitos.

Para satisfazer as exigências da democracia, os direitos nela inerentes devem realmente ser cumpridos e, na prática, devem estar à disposição dos cidadãos. Se não estiverem, se não forem compulsórios, o sistema político não é democrático, apesar do que digam seus governantes, e as “aparências externas” de democracia serão apenas fachada para um governo não democrático.⁵

O direito de participação efetiva e a igualdade do voto, associados à inclusão de adultos, constituem-se elementos estruturantes do processo democrático. Some-se a oportunidade que a democracia oferece aos indivíduos de exercerem a liberdade de autodeterminação, cuja consequência é a de viver sob leis que foram resultados de suas próprias escolhas. Importante destacar que esta aversão à autocracia, a regimes autoritários e ditatoriais está no cerne do próprio nascimento da democracia grega, em 509 a.C. Já havia ali, na primeira experiência de democracia, a crença de que os membros da associação podiam se autoconduzir a partir de suas próprias decisões, de suas reflexões e de sua organização. Por isso, nos processos da democracia representativa, as fraudes, violações e falsificações de qualquer dos procedimentos da representação obtida no sufrágio comprometem todo o processo democrático.

Os modernos reinventaram a democracia nacional e internacional, com o Estado Nação. Na sua acepção antiga, a democracia dos gregos era local, restrita às perspectivas da *polis* dos atenienses. Ao reinventar a democracia, os modernos constituíram mecanismos e estruturas que pudessem estabelecer paralelos entre a vontade dos concernidos e a força autocrática do Estado. A representação, desta forma, busca não apenas edificar pontes entre a formação do governo e a opinião dos indivíduos, mas, precisamente, garantir esta rede de proteção dos indivíduos contra a força de seu próprio Estado, dentro de uma concepção liberal. Pensadores liberais como John Stuart Mill apontaram e defenderam a compatibilidade entre democracia e representação política, mediante um conjunto de diretos a exemplo da liberdade

³ ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁴ DAHL, 2009, p. 60.

⁵ *Ibidem*, p. 62.





de pensamento, de religião, de reunião, de imprensa. A liberdade advogada por Mill, por exemplo, não é uma expressão do naturalismo, mas a preservação da esfera das decisões individuais.

Em primeiro lugar, o domínio interior da consciência, a liberdade de pensamento e de sentimento, a liberdade absoluta de opinião e de sentimento em todos os assuntos práticos ou especulativos, científicos, morais ou teológicos. Em segundo lugar, a liberdade de gostos e de ocupações, a de formular um plano de vida que esteja de acordo com o caráter do indivíduo, a de fazer o que se deseja, sujeitando-se às consequências que vierem a resultar, sem qualquer impedimento de terceiros, enquanto o que fizermos não lhes cause prejuízo, mesmo no caso em que nos julguem a conduta insensata, perversa ou errônea. Em terceiro lugar, a liberdade de cada indivíduo resulta a liberdade, dentro de certos limites da combinação entre indivíduos; a liberdade de se unirem para qualquer fim que não envolva danos a terceiros supondo-se que as pessoas assim combinadas são de maior idade e não foram nem forçadas nem iludidas.⁶

A democracia, conforme indicado por Dahl,⁷ tem inúmeras vantagens em relação aos sistemas autocráticos e ditatoriais como evitar a tirania, permitir a garantia de direitos essenciais, a liberdade geral, a autodeterminação, a autonomia moral e o desenvolvimento humano, a proteção dos interesses pessoais essenciais e a igualdade política. Uma democracia representativa, desta forma, precisa garantir e proteger-se de qualquer ameaça relativa às liberdades individuais e a expressão desta vontade, positivada no voto livre e universal. Assegurar a igualdade política, que permite conceber os cidadãos como iguais aos olhos do Estado, ajustando todas as suas instituições e procedimentos para que seja efetivado este princípio.

Ideias liberais e método democrático vieram gradualmente se combinando num modo tal que, se é verdade que os direitos de liberdade foram desde o início a condição necessária para a direta aplicação das regras do jogo democrático, é igualmente verdadeiro que, em seguida, o desenvolvimento da democracia se tornou o principal instrumento para a defesa dos direitos de liberdade.⁸

Decerto que a representação não é a transposição pura e simples das demandas e opinião dos indivíduos dentro do Estado. Bourdieu⁹ já havia alertado que o corpo representativo constitui relativa autonomia em relação aos representados em função da profissionalização da política e das atribuições que estes desempenham nas instituições do Estado, com a vantagem de permitir a continuidade de assembleias de deliberação, com possibilidade de convergência mediante debates e opiniões outrora divergentes. Touraine,¹⁰ por sua vez, corrobora com esta tese ao defender o papel da representação no equilíbrio democrático nas sociedades contemporâneas, com grandes contingentes de eleitores. A representatividade interpretada pelo autor refere-se à

⁶ MILL, John Stuart. *Da liberdade*. São Paulo: IBRASA, 1963. p. 45.

⁷ DAHL, 2009, p. 64

⁸ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 44.

⁹ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

¹⁰ TOURAINE, Alain. *O que é a democracia*. Rio de Janeiro: Vozes, 1996.





representação dos atores sociais pelos atores políticos, que precisam ser capazes de expressar as demandas provenientes dos indivíduos e dos diversos setores sociais, ou seja, capazes de representar a pluralidade. Todavia, para o autor, a representação tem uma dimensão mais ampliada do que a do delegado em uma convenção, uma vez que os representantes são mais que representantes do povo, eles criam leis que valem para todo o território nacional.

A democracia não significa o poder do povo, expressão tão confusa que é possível interpretá-la em todos os sentidos e, até mesmo, para legitimar regimes autoritários e repressivos; mas significa que a lógica que desce do Estado para o sistema político e depois para a sociedade civil seja substituída por uma lógica que vá de baixo para cima, da sociedade civil para o sistema político e daí para o Estado; isso não tira a autonomia do Estado ou do sistema político. Um governo nacional ou local que estivesse a serviço direto da opinião pública teria efeitos deploráveis.¹¹

Ao descrever o percurso histórico da representação política, Pitkin¹² defende que os gregos não tinham um conceito equivalente. O autor relata a diversidade histórica de interpretações sobre a representação, a formação de facções em busca da defesa de interesses privados ou de grupos, sua capacidade de dar conta da representação dos indivíduos e da incapacidade de atender à vontade geral, como advertia Jean-Jacques Rousseau, que a percebia como legitimadora da ordem política e jurídica, por isso, defendia que a não participação direta dos cidadãos nas decisões coletivas era uma forma de usurpação do poder político. Apesar de perceber a democracia como valor intrínseco, Rousseau não concebia a representação como suficiente, nem como caracterizadora da democracia, por considerar a participação direta um dever e um direito irrenunciável. Neste sentido, o representante jamais substitui o representado, podendo apenas ser uma espécie de comissário, obrigado continuamente a calibrar suas decisões à opinião e vontade dos cidadãos.¹³

No que pese as tensões que o tema desperta, Corval demonstra que:

A representação está diretamente relacionada à teoria democrática, oscilando seu sentido a depender da teoria e da abordagem adotada. Os discursos que mais revelam a suposta incompatibilidade entre representação e democracia são aqueles que assumem a representação no seu sentido formalista e descritivo, associado unicamente à teoria elitista e pluralista da democracia.¹⁴

O autor posiciona-se favorável à representação como uma instituição democrática. Entretanto, não a concebe como um ato de simples paralelismo com o voto da democracia clássica direta, que está associado a decisões de questões isoladas.

A representação, aqui, surge, sem dúvida alguma, como uma instituição democrática, não como uma segunda via alternativa às dificuldades do exercício direto da democracia. Assim, desafia

¹¹ TOURAINE, 1996, p. 64.

¹² PITKIN, Hanna Fenichel. Representação: palavras, instituições e ideias. *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, p. 15-47, 2006.

¹³ URIBES, José Manuel Rodríguez. *Sobre la democracia de Jean-Jacques Rousseau*. Madrid: Dykinson, 1999.

¹⁴ CORVAL, Paulo R. dos S. Democracia representativa: revisitando John Stuart Mill. *Revista de Informação Legislativa*, ano 52, n. 206, abr./jun. 2015. p. 256.





o cognitivismo deliberativo e requer, para sua efetivação ótima, autonomia local, liberdade de expressão e associação, igualdade básica de condições materiais e certa cultura ética de cidadania que possibilite que tanto os representados quanto os representantes não vejam as relações partidárias como irredutivelmente antagonistas e sua defesa como uma promoção incondicional de privilégios sectários contra o bem-estar de todos.¹⁵

A defesa da compatibilidade entre representação e democracia está longe de apontar a solução de problemas, principalmente em democracias com grandes contingentes populacionais. Dahl elenca seis instituições exigidas em uma democracia em grande escala: funcionários eleitos; eleições livres, justas e frequentes; liberdade de expressão; fontes de informação diversificadas; autonomia para as associações e cidadania inclusiva. Em uma democracia representativa, todos os concernidos precisam ter o direito ao voto, igualdade no valor do voto e frequência dos pleitos eleitorais.

Se aceitamos a conveniência da igualdade política, todos os cidadãos devem ter uma oportunidade igual e efetiva de votar e todos os votos devem ser contados como iguais. Para implementar a igualdade no voto, é evidente que as eleições devem ser livres e justas. Livres quer dizer que os cidadãos podem ir às urnas sem medo de repressão; para serem justas, todos os votos devem ser contados igualmente. Mesmo assim, eleições livres e justas não são o bastante. Imagine eleger representantes para um período de – digamos – vinte anos! Se os cidadãos quiserem manter o controle final sobre o planejamento, as eleições também devem ser frequentes.¹⁶

Bobbio também enumerou seis procedimentos mínimos que caracterizam a democracia e que a associam à legitimidade dos representantes, denominados de *universais processuais*: o direito de todo cidadão de gozar de direitos políticos, de expressar sua opinião ou escolher que a expresse, independente de raça, religião, condição econômica ou sexo; voto igualitário; todos os detentores de direitos políticos devem ser livres para votar de acordo com sua própria opinião formada.

Bobbio acrescenta:

[...]

4) devem ser livres também no sentido de que devem ser colocados em condições de escolher entre diferentes soluções, isto é, entre partidos que tenham programas distintos e alternativos; 5) seja para as eleições, seja para as decisões coletivas, deve valer a regra da maioria numérica, no sentido de que será considerado eleito o candidato ou será considerada válida a decisão que obtiver o maior número de votos; 6) nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria, particularmente o direito de se tornar por sua vez maioria em igualdade de condições.¹⁷

Somente em regimes democráticos é possível o exercício da pluralidade. Bueno aponta que esta condição é intrínseca ao sistema procedimental e estabilizado, que

¹⁵ URBINATI *apud* CORVAL, 2015, p. 258.

¹⁶ DAHL, 2009, p. 109.

¹⁷ BOBBIO, 2000, p. 427.





caracteriza a democracia, “mas nunca normativo, taxativo, fechado *ab initio* quanto ao conteúdo”.¹⁸

Esta característica de não fechamento, de abertura, também é identificada no pensamento de Habermas,¹⁹ ao propor uma teoria discursiva, a partir da ação comunicativa, que associa e ultrapassa os paradigmas liberal e republicano, fazendo emergir uma política deliberativa, resultado do processo democrático, que contesta a dicotomia entre direitos humanos e a soberania popular. Do republicanismo, que não percebe uma independência do Estado e Sociedade, valorizando os interesses sociais, o autor mantém a importância do processo de formação da opinião e expressão da vontade, sem relegar o Direito a um plano secundário. Ao contrário, pensa-o enquanto âmbito para institucionalizar as condições de comunicação para o procedimento democrático. Do liberalismo, para o qual o Estado aparece como mediador da sociedade, por isso está fora da mesma, Habermas rejeita a perspectiva do Estado como mero normatizador jurídico-estatal da sociedade econômica, legitimando o exercício do poder político, mediante a representatividade conquistada nas eleições democráticas.

A preocupação de Habermas²⁰ em relação a um modelo deliberativo mediante o uso da racionalidade está presente também nas mudanças que marcaram a esfera pública, com a ampliação do sufrágio e a consequente diluição das fronteiras entre Estado, economia e intimidade. O resultado é o rebaixamento da racionalidade a um plano inferior, inclusive nas esferas de representação. A teoria discursiva de Habermas, alicerçada nos direitos humanos e na soberania popular, pressupõe vínculos internos entre negociações e discursos sobre a justiça. Pressupõe ainda a relação entre a facticidade dos interesses e a validade das ideias e a transformação do poder comunicativo em poder administrativo.

O que distingue a autolegislação moral da política não é apenas a forma jurídica, mas a contingência da forma de vida, dos fins e situações de interesses, que determinam preliminarmente a identidade da vontade que se autodetermina. Enquanto a vontade moral de certo modo se dilui na razão prática, a vontade política fundamentada racionalmente mantém a contingência na medida em que o valor dos argumentos é relativo a contextos casuais. E, por esta razão, a comunhão das convicções obtidas discursivamente pelo legislador político se expressa na figura do poder comunicativo.²¹

Esta transformação de poder comunicativo em poder administrativo pressupõe um discurso amplo, gerado a partir de argumentos pragmáticos, éticos e morais, com negociações justas, que sejam amparadas em ideias que possam se tornar gerais e atendam ao interesse coletivo, um modo deliberativo.

A complexa pretensão da validade das normas jurídicas pode ser entendida como pretensão de levar em conta, em primeiro lugar, os interesses parciais afirmados estrategicamente, de modo que estes se combinem com o bem comum; em segundo lugar, de recuperar princípios universalistas de justiça no horizonte de uma

¹⁸ BUENO, Roberto Pinto. A democracia e seus fundamentos em Norberto Bobbio. *Revista de Filosofia de la Universidad del Norte*, n. 12, p. 110, jun. 2010. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85416266005>>. Acesso em: 20 maio 2016.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

²⁰ HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

²¹ HABERMAS, 2003, p. 197-198.





forma de vida cunhada por constelações particulares de valores. Na medida em que esses princípios de uma moral, de certa forma dessituada e ultrapassado todas as formas concretas de vida, adquirem obrigatoriedade para uma determinada comunidade jurídica, eles também se inserem em domínios de ação abstratos, cuja integração não se dá apenas através dos contextos informais do agir orientado pelo entendimento [...] o conceito de política deliberativa consegue estabelecer um nexos com a realidade empírica, pois faz jus à multiplicidade das formas de comunicação, dos argumentos e das institucionalizações do direito através dos processos.²²

A busca constante por uma saída que aperfeiçoe, melhore a democracia, expandindo seu alcance nos espaços decisórios, demonstra a importância deste empreendimento coletivo que se consolidou na modernidade. A publicidade, a transparência e a visibilidade do poder, mesmo não atingida, são marcas que a democracia exige, principalmente nas grandes decisões públicas. A preocupação de Bobbio²³ com as promessas não cumpridas em relação a democracia – como a persistência das oligarquias e a não ocupação dos espaços de poder, as quais podem gerar frustrações – aponta mais para a necessidade de correções do que de desistência, uma vez que os requisitos mínimos não foram maculados. Neste cenário, a atenção e o trabalho das Corregedorias Eleitorais estão em sintonia com este sentimento de aperfeiçoamento do empreendimento democrático.

3 CORREGEDORIAS ELEITORAIS COMO PROPULSORAS DO PROCESSO DEMOCRÁTICO

248

A Constituição Federal de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito, reconhecendo o povo brasileiro como titular do poder soberano e, por conseguinte, definindo as diretrizes a serem adotadas a fim de que este estabeleça os direcionamentos políticos através dos instrumentos jurídicos pertinentes.

A abordagem trazida por José Afonso da Silva acerca da caracterização do Estado Democrático de Direito, neste contexto, afigura-se como merecedora de transcrição, uma vez que assinala a necessária participação popular para confirmação deste regime político.

A democracia, em verdade, repousa sobre dois princípios fundamentais ou primários, que lhe dão a essência conceitual: (a) o da soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte do poder, que se exprime pela regra de que todo poder emana do povo; (b) a participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que esta seja efetiva expressão da vontade popular; nos casos em que a participação é indireta, surge um princípio derivado ou secundário: o da representação. As técnicas que a democracia usa para concretizar esses princípios têm variado, e certamente continuarão a variar, com a evolução do processo histórico, predominando, no momento, as técnicas eleitorais com suas instituições e o sistema de partidos políticos, como instrumentos de expressão e coordenação da vontade popular.²⁴

²² HABERMAS, 2003, p. 351-352.

²³ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

²⁴ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: 2000. p. 123.





A identificação do Estado como democrático reclama também o necessário reconhecimento da simbiose²⁵ existente entre o regime democrático e a previsão de observância aos direitos fundamentais, a qual se revela como elemento essencial para sua caracterização.

Neste sentido, relevante trazer à baila as considerações de Alain Touraine²⁶ no que diz respeito à vinculação indissolúvel que deve existir entre democracia e direitos fundamentais. O aludido autor ressalta, consoante se verifica a seguir, a necessidade de estabelecimento de arcabouço teórico, mas também da prática dos direitos do cidadão.

A ideia de democracia não pode ficar separada da ideia de direitos [...] Portanto, a democracia não pode ser reduzida a instâncias públicas, a uma definição dos poderes ou, até mesmo, ao princípio da eleição livre, em intervalos regulares, dos dirigentes; é inseparável de uma teoria e prática do direito. Admitindo-se os direitos políticos²⁷ como fundamentais,²⁸ constata-se que os regimentos legais que regem a atuação dos cidadãos no exercício destes direitos demonstram-se imprescindíveis para efetivação dos ditames da Lei Maior notadamente para que os eleitores expressem, conscientemente, a sua vontade política. Assim, há que se admitir que a atuação legítima dos atores sociais no exercício dos direitos políticos é imprescindível para que a democracia seja efetivada.

Sucede que a previsão, no ordenamento jurídico, do reconhecimento dos direitos fundamentais, por si só, não se revela suficiente para que sejam plenamente concretizados na realidade social, acolhendo-se como pertinente a conclusão alcançada por Bobbio ao asseverar que, na atualidade, não há mais que se justificar a existência destes direitos, mas de protegê-los.²⁹

Ao lado do reconhecimento dos direitos surge a necessidade de criação de instâncias que visem assegurar o seu respeito e, por conseguinte, sua concretização. Na seara do exercício dos direitos políticos esta necessidade evidencia-se como imprescindível, uma vez que a sua efetiva atuação poderá ter reflexos imediatos em diversos outros aspectos sociais e políticos.

Oportunas, neste aspecto, as reflexões trazidas por André Ramos Tavares, as quais se transcreve a seguir:

²⁵ BEZERRA, Paulo César dos Santos. *Temas atuais de Direitos Fundamentais*. 3. ed. Ilhéus: Editus, 2012. p. 51.

²⁶ TOURAINE, 1996, p. 38.

²⁷ Relevante assinalar a abordagem de José Afonso da Silva no que diz respeito aos direitos políticos. Este autor analisa estes direitos em duas categorias: direitos políticos positivos e direitos políticos negativos. Os primeiros consistem “no conjunto de normas que asseguram o direito subjetivo de participação no processo político e nos órgãos governamentais. Eles garantem a participação do povo no poder de dominação política por meio das diversas modalidades de direito de sufrágio: direito de voto nas eleições, direito de elegibilidade (direito de ser votado), direito de voto nos plebiscitos e referendos (direito de ser votado), assim como por outros direitos de participação popular, como o direito de iniciativa popular, o direito de propor ação popular e o de organizar e participar de partidos políticos”. Já os direitos políticos negativos são aquelas determinações constitucionais que importam em privar o cidadão do direito de participação no processo político e nos órgãos governamentais. Compõem as regras que privam o cidadão, pela perda definitiva ou temporária (suspensão), da totalidade dos direitos políticos de votar e ser votado, bem como daquelas regras que determinam restrições à elegibilidade do cidadão, em certas circunstâncias: as inelegibilidades. (SILVA, 2000, p. 351-354).

²⁸ Neste sentido, apesar da tipologia estabelecida na Constituição Federal de 1988, adotando-se uma interpretação sistemática e teleológica, não há como se afastar da consideração dos direitos políticos e sociais como fundamentais. Ver SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Dialogo Jurídico*, Salvador, ano 1, v. 1, n. 1, abr. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf>. Acesso em: 10 maio 2016.

²⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24.





É evidente, porém, que o processo eleitoral pode ser desvirtuado, de forma a produzir resultados que podem ser denominados como “antidemocráticos”. Estou me referindo, aqui, ao processo eleitoral fraudulento e injusto, hipótese na qual o maquinário democrático é empregado não para proporcionar democracia, com a escolha legítima do líder, mas sim para legitimar uma democracia fraudada, uma eleição aparente, acolher um líder já escolhido ou eliminar outro já preterido no sigilo de conspirações subversivas à democracia. De rigor, nesses casos, pode-se falar de eleição aparente, levando a um cenário de “democracia sem democracia”, para me apropriar de expressão que toma o título da obra de Massimo Salvadori (2009), que se ocupa justamente do distanciamento entre os objetivos da democracia ideal e a realidade da democracia praticada.³⁰

O desiderato em evitar a configuração da “*democracia sem democracia*”, justifica a existência da previsão de instâncias como as Corregedorias Eleitorais, as quais devem ter o seu papel atrelado a efetivação dos ditames democráticos e não apenas como meras figuras fiscalizadoras em uma postura inquisitorial que se afasta da própria democracia. A análise das atribuições das Corregedorias Eleitorais deve ser realizada, neste aspecto, em cotejo com as diretrizes do regime democrático instituído na Constituição Federal de 1988.

Bobbio ao abordar a definição e característica da democracia traz ponderação merecedora de registro ao afirmar as condições para sua aceitação mínima a qual se coaduna com as reflexões pretendidas no presente trabalho.

No entanto, mesmo para uma definição mínima de democracia, como é a que aceito, não bastam nem a atribuição a um elevado número de cidadãos do direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas, nem a existência de regras de procedimento como a da maioria (ou, no limite, da unanimidade). É indispensável uma terceira condição: é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra.³¹

As Corregedorias Eleitorais são apresentadas como unidades pertencentes aos Tribunais Eleitorais como tendo a atribuição de fiscalizar a regularidade dos serviços eleitorais, bem como expedir orientações acerca de procedimentos e rotinas a serem adotadas pelas unidades cartorárias com vistas a efetivar a legislação pertinente. A indicação das atribuições desenvolvidas por estas instâncias, no entanto, deve evidenciar muito mais do que a simples tarefa de apuração de irregularidades e prática de censura.

No intuito de demonstrar o papel das Corregedorias Regionais, no Estado Democrático de Direito, buscar-se-á, nos parágrafos futuros, apresentar o confronto analítico entre as principais atividades desenvolvidas por estas instâncias e os ditames democráticos.

³⁰ TAVARES, André Ramos. A sociedade perante as mudanças do marco político e eleitoral brasileiro: entre aprimoramento referendário e experimentalismo fraudulento. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. (Coord.) *Revista de Direito Brasileira*. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 381–397.

³¹ BOBBIO, 1986, p. 20.





A atuação desenvolvida pelas Corregedorias em relação à regularidade do cadastro eleitoral harmoniza-se com as diretrizes constitucionais, as quais são regulamentadas pelas leis ordinárias e demais regramentos emanados das instâncias competentes. Este *mister* tem reflexo imediato no exercício da cidadania, visto que incide tanto no desempenho do ato de votar quanto na possibilidade de o cidadão candidatar-se a cargo eletivo.

Assim sendo, a supervisão e o acompanhamento dos serviços de alistamento eleitoral, regularização da situação de eleitor, administração e manutenção do cadastro eleitoral, bem como a verificação dos procedimentos relativos à comunicação dos óbitos pelos Oficiais de Registro Civil à Justiça Eleitoral, consoante determinação legal, apresentam premente relação tanto com a confiabilidade nos mecanismos manejados por esta justiça especializada, quanto no que diz respeito à atuação do cidadão no exercício dos direitos políticos.

Não há, portanto, como se afastar esta atribuição da busca pela efetivação do regime democrático. Partindo-se da premissa trazida pela contribuição de André Ramos Tavares,³² conclui-se ser imprescindível para a manutenção da democracia que o processo eleitoral seja desenvolvido com lisura, constituindo etapa decisiva para que este desiderato seja atingido, que o cadastro eleitoral esteja em sintonia com a legislação vigente.

É possível perceber que a atribuição destinada às Corregedorias relativas ao cadastro eleitoral coaduna-se com os ditames estabelecidos pelo legislador constituinte, sendo, em verdade, essencial à estrutura e manutenção do Estado Democrático de Direito. O acompanhamento dos direitos políticos dos cidadãos através destes registros, portanto, revela-se uma empreitada, que apesar de discreta, deve ser reconhecida como relevante e essencial para o regime democrático.

Ressalte-se, por relevante, que a aludida atuação das Corregedorias relativas ao cadastro eleitoral não deve se limitar à fiscalização e adequação de possíveis inobservâncias ao regramento estabelecido pela legislação, mas também, e sobretudo, à orientação prévia a fim de evitar afastamentos dos anseios democráticos.

Convém ressaltar que a Emenda Constitucional n. 45/2004 acrescentou ao rol de direitos fundamentais e coletivos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Destarte, consoante afirma Gilmar Mendes positivou-se, no direito constitucional, orientação há muito perfilhada nas convenções internacionais sobre direitos humanos e que está implícita na proteção judicial efetiva ao fundamento da dignidade da pessoa humana.³³

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático brasileiro deve ser afastado da nuance meramente individual, uma vez que a sua observância conduz à preservação da própria dignidade social, a qual prescinde da realização concreta dos direitos fundamentais, dentre os quais está o ora analisado.

Não há como se olvidar que a celeridade na prestação de tutela jurisdicional constitui direito inerente à preservação deste fundamento (dignidade da pessoa humana) e do próprio regime democrático. Esta repercussão na efetivação da democracia torna-se ainda mais evidente quando se refere ao processo eleitoral devido ao lapso temporal reduzido em que ocorre e a atuação dos eleitos por prazo determinado.

³² TAVARES, 2012.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 226-227.





Assim, a demora no deslinde dos feitos judiciais que visam apreciar possíveis e supostas violações às leis eleitorais, as quais, frise-se, almejam garantir os ditames democráticos, pode tornar-se inócua, caracterizando, nas palavras de André Tavares, a “democracia sem democracia”.

As Corregedorias Eleitorais, ao exercerem o devido acompanhamento do acervo de processos judiciais apreciados, apontam na direção da preservação dos institutos imprescindíveis à manutenção do regime político eleito pelo constituinte em 1988. Considerando-se a finalidade das ações judiciais que tramitam perante a Justiça Eleitoral, as quais visam analisar as condutas que podem repercutir no resultado legítimo das eleições, fica premente a necessidade de que haja uma instância que busque instar os órgãos jurisdicionais a proferirem decisões que observem o direito fundamental da razoável duração do processo, ainda mais premente nesta seara, e se apresentem oportunas e efetivas para coibir e eliminar os desvios, assegurando a atuação dos atores políticos em consonância com o Estado Democrático de Direito.

Imperativo registrar que o acompanhamento do curso das denúncias relativas a crimes eleitorais também apresenta a nuance democrática, sendo necessário para evitar o sentimento de impunidade em relação a estes ilícitos eleitorais e assegurar o efeito pedagógico da reprimenda a tais condutas. Os comportamentos indicados pelo ordenamento jurídico pátrio como crimes eleitorais revelam mácula a valores caros a democracia, tais como participação livre do cidadão como eleitor e a própria lisura do processo eleitoral, sendo a atuação das Corregedorias, neste aspecto, imprescindível para coibir tais atos com a finalidade de assegurar os postulados do Estado brasileiro enquanto democrático.

Assim sendo, as Corregedorias Eleitorais, ao exercerem o acompanhamento de metas e acervos relativos aos processos julgados, não devem ser, diante da dinâmica democrática em que foi alicerçada a arquitetura do Estado brasileiro, reconhecidas como instâncias inquisitoriais, as quais visam à punição, mas sim como unidades promotoras e colaboradoras dos ditames da democracia contemporânea, bem como intermediárias entre as unidades judiciais competentes para julgamento dos feitos eleitorais e aquelas que poderão atribuir-lhes condições para realização das atividades com eficiência.

Lado outro, ao emanar provimentos e atos normativos relativos à aplicação das diretrizes estabelecidas pelo ordenamento jurídico, as Corregedorias Eleitorais efetivam seu caráter orientador, o qual visa, em verdade, não apenas, de forma imediata, atender ao quanto disciplinado nas normas jurídicas que regem as diversas matérias eleitorais, mas, acima de tudo, garantir que as premissas do regime político estabelecido pelo legislador constituinte para o Estado brasileiro sejam efetivadas.

O estudo analítico das atribuições das Corregedorias Eleitorais em confronto com as determinações do constituinte evidencia a existência de vínculo indissolúvel entre estas instâncias e a preservação do próprio regime político escolhido para a sociedade brasileira: a democracia. Não há como se afastar da conclusão de que a atuação destas Corregedorias deve ser admitida como colaboradora da preservação dos fundamentos constitucionais que conduzem a caracterização da democracia, não havendo, nesta concepção, que se fazer referência à identificação destas instâncias com a finalidade pura e simples de fiscalizar, expor desvios e punir.



4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo-se da premissa de que a democracia está em constante construção e desenvolvimento, ratifica-se a necessidade de instâncias que visem atuar no acompanhamento do manejo dos institutos jurídicos, dos procedimentos e da atuação dos diversos atores sociais no que diz respeito ao exercício dos direitos políticos.

Nesta senda, as atribuições das Corregedorias Eleitorais, distante de caracterizar padrão relativo a simples atividades fiscalizadoras e inquisitoriais que apresentem apenas o intuito de identificar o equívoco na aplicação das normas jurídicas que regem a atuação do cidadão no exercício dos direitos políticos, visam à preservação dos pilares democráticos.

Além disto, não se pode olvidar que o acompanhamento do lapso temporal para o julgamento das ações judiciais na seara eleitoral, além da repercussão inerente a demora no deslinde das demandas judiciais em geral, tem o condão de ensejar resposta inócua do Poder Judiciário na preservação dos fundamentos da democracia. Isto torna-se evidente quando se assinala que o processo eleitoral ocorre em estreito interstício, bem como que a atuação dos cidadãos eleitos para o exercício da titularidade de cargos eletivos ocorre em mandato com prazo determinado.

Quando as Corregedorias Eleitorais realizam o acompanhamento dos indicadores relativos ao julgamento das demandas judiciais pelos devidos órgãos da Justiça Eleitoral, além de observar o direito fundamental da razoável duração do processo, asseguram a própria preservação da democracia, tendo em vista a especificidade das demandas que apreciam, as quais dizem respeito tanto ao gozo dos direitos políticos quanto à lisura do processo eleitoral e da atuação dos candidatos na titularidade dos cargos eletivos no que diz respeito a condutas que poderão repercutir neste cenário.

O confronto analítico das atribuições das Corregedorias Eleitorais com as diretrizes que estruturam o Estado brasileiro ratifica o reconhecimento da intrínseca relação destas com os pilares da democracia.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BEZERRA, Paulo César dos Santos. *Temas atuais de Direitos Fundamentais*. 3. ed. Ilhéus: Editus, 2012.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1990.

_____. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Campos, 2000.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.





BUENO, Roberto Pinto. A democracia e seus fundamentos em Norberto Bobbio. *Revista de Filosofia de la Universidad del Norte*, n. 12, p.110, jun. 2010. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85416266005>>. Acesso em: 20 maio 2016.

CORVAL, Paulo R. dos S. Democracia representativa: revisitando John Stuart Mill. *Revista de Informação Legislativa*, ano 52, n. 206, abr./jun. 2015.

DAHL, Robert. *Sobre democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

_____. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MILL, John Stuart. *Da Liberdade*. São Paulo: IBRASA, 1963.

PITKIN, Hanna Fenichel. Representação: palavras, instituições e ideias. *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, p. 15-47, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Dialogo Jurídico*, Salvador, ano 1, v. 1, n. 1, abr. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf>. Acesso em: 10 maio 2016.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, 2000.

TAVARES, André Ramos. A sociedade perante as mudanças do marco político e eleitoral brasileiro: entre aprimoramento referendário e experimentalismo fraudulento. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. (Coord.). *Revista de Direito Brasileira*. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TOURAINE, Alain. *O que é a democracia*. Rio de Janeiro: Vozes, 1996.

URIBES, José Manuel Rodríguez. *Sobre la democracia de Jean-Jacques Rousseau*. Madrid: Dykinson, 1999.





ASPECTOS DA MUDANÇA LEGISLATIVA E O TEMPO DE PROCESSO NA VISÃO DOS TRIBUNAIS

Roberto Maynard Frank*

RESUMO

O presente ensaio analisará novas leis brasileiras que regulam o processo eleitoral, destacando-se, dentre as mudanças legislativas, no que toca ao sistema político-eleitoral brasileiro, as realizadas a partir do advento da Lei n. 13.165, de 29 de setembro de 2015, que modificou a Lei das Eleições, a Lei dos Partidos Políticos e o Código Eleitoral – Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965, com especial atenção para questões que afetam diretamente o pleito que se realizará neste ano de 2016. Também serão vistos institutos inovadores trazidos pela nova lei relacionados à atividade diária de todos que trabalham com o Direito Eleitoral.

Palavras-chave: Processo Eleitoral. Procedimento. Eleições. Inovações.

ABSTRACT

This essay will analyze the new legislation of Brazil that regulates the electoral procedure, Law n. 13.165/2015, that brought changes to another existing legislations, giving special attention to questions related to legal procedures and procedural celerity, especially on the light of the upcoming electoral poll of this year of 2016. There will also be reviewed innovations stated by the new law concerning the daily basis activity of everyone who works with electoral procedures.

Keywords: Electoral procedure. Elections. Innovation.

1 INTRODUÇÃO

Neste artigo, mantereí o foco em questões processuais que envolvem a atividade do operador do direito em geral, tomando por base as previsões legislativas de legislações que alteraram o processo eleitoral brasileiro.

Serão abordados, ainda que brevemente, temas relativos ao Direito Eleitoral, cuja relevância social e jurídica é indiscutível, tendo em vista que neste ano será realizado pleito eleitoral para o preenchimento de cargos de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador, mediante aplicação das novas regras instituídas a partir de recentes leis promulgadas no ano de 2015.

* Roberto Maynard Frank exerce a atividade principal de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, compondo ainda o Tribunal Regional Eleitoral do Estado da Bahia como Juiz Substituto, pela classe de Desembargador e integra o Instituto Nacional dos Advogados do Brasil, como Membro Honorário.





Destaco, inicialmente, que nos últimos anos o Brasil tem sofrido reviravoltas e mudanças nas regras atinentes ao seu sistema político-eleitoral, tanto pela via legislativa, quanto pela via judicial.

Nestes aspectos, as principais mudanças que merecem destaque foram as realizadas a partir do advento da Lei n. 13.165, de 29 de setembro de 2015, que modificou a Lei das Eleições, a Lei dos Partidos Políticos e o Código Eleitoral – Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965.

É preciso destacar, brevemente, que a referida Lei n. 13.165/2015 é totalmente aplicável às eleições que se realizarão neste ano de 2016.

Publicada no mês setembro do ano de 2015, a referida legislação que inova no processo eleitoral respeita o princípio da anterioridade anual eleitoral, estabelecido no art. 16, da Constituição Federal de 1988.

Passada esta questão inicial, será feita pontual abordagem relacionada a aspectos processuais que, modificados pela via legislativa, podem influenciar na duração dos feitos nos Tribunais, sem deixar de relacionar o tema com o intuito geral das mudanças promovidas pela minirreforma eleitoral.

As mudanças que foram promovidas no procedimento eleitoral são de suma importância para todos os que participam da defesa dos direitos e da seara que envolve as eleições, tanto em relação às partes que representam quanto para a administração da justiça como um todo.

Também serão analisadas outras inovações pontuais de relevância relacionadas à celeridade processual, dando ênfase aos mecanismos utilizados pela lei para agilizar o procedimento e permitir uma prestação jurisdicional mais rápida.

Após, serão pinceladas mudanças pontuais em diversas sistemáticas procedimentais que foram objeto de alteração pela legislação vindoura.

E, ao final, as conclusões indicarão se o novo Código trará um impacto positivo ou negativo na sistemática eleitoral brasileira.

2 O TEMPO INSERIDO NAS RELAÇÕES PROCESSUAIS E A DURAÇÃO DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS

Este primeiro tópico abordará de forma mais ampla alguns institutos, mas tendo como base a ideia central relacionada aos aspectos da mudança legislativa e o tempo de processo na visão dos tribunais.

O tempo como elemento afeito ao processo judicial influencia o Direito em todas as suas áreas, não se excluindo o Direito Eleitoral.

Com efeito, a Constituição Federal é expressa em seu art. 5º, inc. LXXVIII, ao prever que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

O aspecto temporal da prestação jurídica envolve os aspectos de eficiência e efetividade do Poder Judiciário, em razão do que é preciso observar não somente o intervalo de duração do processo como um todo, mas os aspectos de repercussão prática do provimento jurisdicional almejado.

Neste sentido, o celebrado jurista José Joaquim Gomes Canotilho¹ refere que “a protecção jurídica através dos tribunais implica a garantia de uma protecção eficaz e temporalmente adequada”.

¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Almedina: 2003. p. 499.





E complementa que:

[...] ao demandante de uma protecção jurídica deve ser reconhecida a possibilidade de, em tempo útil (adequação temporal, justiça temporalmente adequada), obter uma sentença executória com força de caso julgado – a justiça tardia equivale a uma denegação da justiça.²

Desta forma, compreendo que uma abordagem do tempo de processo na visão dos tribunais, como a proposta, envolve não somente a duração cronológica do feito, mas também aspectos que impliquem numa obtenção de resultado prático mais ou menos célere.

É preciso atentar, no entanto, que a efetivação da justiça e a preservação dos direitos materiais e processuais não podem ser suprimidas por uma desarrazoada busca por velocidade na realização do processo.

Nesta linha de pensamento, invoco novamente as lições da Canotilho³ para deixar claro que “a aceleração da protecção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instâncias excessiva) pode conduzir a uma justiça pronta mas materialmente injusta.”

Delineados estes aspectos gerais, cabe tratar agora das modificações legislativas em si promovidas pela recente legislação eleitoral.

Primeiramente, serão elencadas linhas gerais acerca da reforma eleitoral promovida nos últimos anos; uma análise das mudanças promovidas pela reforma legislativa denota um nítido objetivo de enxugamento em relação aos aspectos de custo e de duração do processo eleitoral como um todo, considerados os procedimentos relacionados desde a definição do candidato pelos partidos e coligações até o período de campanha eleitoral.

Observado o aspecto de tempo, percebe-se que foram reduzidos prazos relacionados com a prática de atos como a escolha dos candidatos pelos partidos e coligações, o que também ocasionou a diminuição do período de campanha eleitoral.

A nova legislação passou a prever que a realização das convenções partidárias para escolha dos candidatos seja feita até, no máximo, o dia 5 de agosto do ano em que se realizarem as eleições.

Cabe aqui o registro de que a referida data limite para o registro de candidaturas antes era definida como o 90º (nonagésimo) dia anterior ao pleito eleitoral, mas foi alterada para a data fixa de 15 de agosto do ano em que se realizarem as eleições, até as 19 (dezenove) horas.

Na mesma linha, o período de campanha eleitoral foi reduzido para 45 (quarenta e cinco) dias, permitindo-se a propaganda eleitoral somente após o dia 15 de agosto do ano da eleição, data fixada como limite para o registro de candidatura, conforme alterações promovidas no art. 240, do Código Eleitoral e no art. 36, da Lei n. 9.504/97.

A repercussão destas mudanças no julgamento de processos e sua duração não pode ser definida com exatidão neste momento, mas, por exemplo, em relação à Ação de Investigação Judicial Eleitoral, diminui-se a janela de possível ajuizamento desta.

² CANOTILHO, *loc. cit.*

³ CANOTILHO, *loc. cit.*





Conforme a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral:

o termo inicial para ajuizamento da AIJE é o registro de candidatura, não sendo cabível a sua propositura se não estiver em jogo a análise de eventual benefício contra quem já possui a condição de candidato, conforme interpretação do art. 22, inciso XIV, da LC n. 64/1990.⁴

No tema, destaca-se, ainda, a possibilidade de apreciação de fatos ocorridos antes deste marco temporal, enquanto, por outro lado, a Investigação Judicial pode ser ajuizada até a data da diplomação.

Conforme exposto, o registro da candidatura foi postergado para o dia 15 de agosto do ano da eleição, o que diminui não somente o tempo de campanha, mas também o tempo no qual é possível o ajuizamento da Ação de Investigação Judicial Eleitoral o que implica em menor prazo para os advogados e, é possível imaginar, que exista uma redução na quantidade de utilização deste meio processual, por conta do tempo mais exíguo para sua utilização.

Isto, no entanto, não retira da apreciação do Poder Judiciário quaisquer fatos que sejam tendentes a desequilibrar o pleito eleitoral, inexistindo ofensa, portanto, ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Devem os juristas observar os prazos específicos para se valer do processo de Investigação Judicial Eleitoral a tempo, além de existirem outros meios para levar eventuais fatos abusivos à análise judicial, mesmo após a diplomação.

Este primeiro ponto revela uma apreciação inicial mais genérica e prognóstica, que apenas pode ser esperada, mas não se está certo quanto a sua efetivação da maneira como aqui prevista.

Mas é possível que um menor número de ações judiciais permita melhor desenvolvimento dos trabalhos nos Tribunais e o julgamento de mais processos, reduzindo, por consequência, o tempo de duração destes.

A nova legislação vem com a melhor das intenções, com o intuito de promover profunda alteração e melhoria no andamento processual do Poder Judiciário e trazer benefícios para todos, mas, para isto, ela deve ser bem compreendida e aplicada pelos envolvidos no processo eleitoral.

3 ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS PONTUAIS E SUA REPERCUSSÃO PRÁTICA

Já adentrando em outros aspectos decorrentes da nova legislação eleitoral, serão analisadas, agora, matérias pontuais que sofreram modificação e a respectiva repercussão prática de cada uma das mudanças promovidas.

Em primeiro ponto, apreciando o tema do julgamento de processos por Juízes e Tribunais, em especial no que toca ao quórum específico para proferimento das decisões, cabível é o comentário em relação a uma novidade legislativa.

Em aspectos procedimentais, a nova legislação passou a prever que decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais sobre ações que resultem em cassação de registro, anulação geral de eleições ou perda de diplomas somente poderão ser tomadas com a presença de todos os integrantes.

⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo Regimental em Recurso Ordinário n. 10.520*. Relator Min. Gilmar Ferreira Mendes. Publicação: 23.2.2016. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=10520&processoClasse=RO&decisaoData=20151215&decisaoNumero=&protocolo=152092015&noCache=0.07372686605469725>>. Acesso em: 30 jul. 2016.





Foi privilegiada a regra do quórum completo para julgar os referidos processos, regra esta que já era aplicável em relação ao Tribunal Superior Eleitoral, conforme previsto no art. 19, parágrafo único, do Código Eleitoral.

Nesta sistemática, caso ocorra o impedimento de algum juiz, será convocado o substituto ou o respectivo suplente.

Deve ser esclarecido que o Tribunal Superior Eleitoral firmava posicionamento no sentido de que “não é necessário que os Tribunais Regionais Eleitorais realizem seus julgamentos com quórum completo, como exigido pelo art. 19 do mesmo diploma para a instância superior”,⁵ entendimento este expressamente revisto pela alteração legislativa.

Destaco que, em respeito ao princípio do *tempus regit actum* esta regra somente se aplica a julgamentos ocorridos após a sua publicação, mantendo-se o posicionamento anterior em relação aos julgamentos prévios à publicação da lei em questão.

Neste sentido, o Tribunal Superior Eleitoral já manifestou que:

Não procede a preliminar de nulidade do julgamento sucedido na AIJE, uma vez que, na redação do artigo 28, *caput*, do Código Eleitoral, vigente à época do julgamento pela Corte de origem (*tempus regit actum*) não era necessário que os Tribunais Regionais Eleitorais realizassem seus julgamentos com quórum completo, como exigido pelo art. 19 do mesmo diploma em relação ao Tribunal Superior Eleitoral. Precedentes.⁶

Em termos práticos, e no que toca ao tempo de duração dos processos, esta alteração legislativa pode implicar na dilatação temporal para o deslinde de uma causa em casos específicos nos quais o impedimento de um julgador implique na necessidade de convocação do substituto para novo julgamento em sessão posterior.

No entanto, caso o impedimento se manifeste previamente, é possível fazer compor a turma julgadora pelo substituto com antecedência, minorando eventuais atrasos que adviriam desta questão procedimental.

Feita esta breve abordagem, muda-se o contexto para a apreciação do tema relacionado à concessão de efeito suspensivo nos recursos eleitorais, na forma do quanto disposto no art. 257, do Código Eleitoral.

Esta outra mudança que cabe ser destacada, afeta não o tempo de julgamento dos processos, mas a própria efetividade da prestação jurisdicional, que é o fim último almejado por um julgamento mais célere.

Neste tópico, cabe referir que os recursos eleitorais não eram dotados de efeito suspensivo, conforme disposição legal expressa do *caput* do art. 257, do Código Eleitoral,⁷ dependendo a execução do acórdão apenas da imediata comunicação ao juízo, mediante ofício, telegrama ou até mesmo cópia do seu teor.

⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo Regimental em Ação Cautelar n. 48.052*. Relator Min. Henrique Neves da Silva, Publicação: 22.8.2012. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=48052&processoClasse=AC&decisaoData=20120801&decisaoNumero=&protocolo=&noCache=0.31002075402756724>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Especial Eleitoral n. 48.369*. Relator Min. Henrique Neves da Silva, Publicação: 26.11.2015. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=48369&processoClasse=RESPE&decisaoData=20151110&decisaoNumero=&protocolo=186002014&noCache=0.3039641822310195>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

⁷ Art. 257. Os recursos eleitorais não terão efeito suspensivo. § 1º A execução de qualquer acórdão será feita imediatamente, através de comunicação por ofício, telegrama, ou, em casos especiais, a critério do presidente do Tribunal, através de cópia do acórdão. (Redação dada pela Lei n. 13.165, de 2015). (BRASIL. Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 28 jul. 2015).



No entanto, a nova disciplina passou a prever efeito suspensivo *ope legis* para os recursos ordinários, interpostos contra decisão proferida por Juiz Eleitoral ou Tribunal Regional Eleitoral, que resultem em cassação de registro, afastamento do titular ou perda de mandato eletivo, garantindo-se preferência ao recurso, ressalvados os *habeas corpus* e mandados de segurança.

Esta é a disciplina conferida na redação dos parágrafos 2º e 3º, do art. 257, do Código Eleitoral, conforme redação da Lei n. 13.165/2015.⁸

Quanto ao tema, cabe destacar, conforme já declarado pelo Tribunal Superior Eleitoral,⁹ que o efeito suspensivo é “regra inaplicável aos recursos de natureza extraordinária”.

O Recurso Especial Eleitoral, portanto, não é dotado de efeito suspensivo, cabendo, à luz de casos específicos, se utilizar de ação cautelar específica para sustar os efeitos de decisões, quando demonstrado o perigo na demora da prestação jurisdicional e a fumaça do bom direito.

Quanto ao tempo de duração dos processos, aqui compreendido a partir da efetiva entrega da prestação jurisdicional, denota-se que o efeito suspensivo por força de lei somente foi conferido a hipóteses específicas, a saber, recursos ordinários contra acórdãos que resultem em cassação de registro, afastamento do titular ou perda do mandato eletivo, não afetando toda e qualquer decisão.

Destaca-se que o efeito suspensivo, por si, não modifica o tempo de julgamento do processo, mas posterga a efetivação do resultado prático da prestação jurisdicional.

Outrossim, os casos específicos eleitos pela nova legislação denotam situações graves que afastam o jurisdicionado da condição de candidato ou de detentor de mandato eletivo, motivo pelo qual já podia se observar, ainda antes desta previsão legal, a possibilidade de concessão de efeito suspensivo pela via judicial.

A novidade que pode implicar em verdadeira mudança no que toca ao tempo de julgamento dos processos pelos Tribunais é aquela, já destacada, que prevê a preferência aos específicos recursos citados sobre quaisquer outros processos, ressalvados os *habeas corpus* e mandado de segurança.

Esta preferência no julgamento cria verdadeira obrigação legal para que os Tribunais apreciem os recursos ordinários, nas hipóteses listadas na lei, de forma antecipada a outras causas, o que se entende que implicará em uma prestação jurisdicional mais célere em relação à generalidade das causas apreciadas pelo Tribunal.

Perpassado também este tema, é pertinente a apreciação da matéria que toca ao julgamento conjunto de demandas fundadas nos mesmos fatos.

Quanto a este tópico, cabe esclarecer que, na seara eleitoral, um único fato pode permitir o ajuizamento de mais de uma demanda, levando a diferentes objetivos, desde a declaração de inelegibilidade, cassação de registro ou do mandato eletivo.

Exemplificativamente, pode ser citada a existência de diversos procedimentos eleitorais aptos a apurar um único fato, como a Ação de Investigação Judicial Elei-

⁸ Art. 257. [...].

§ 1º [...].

§ 2º 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. (Incluído pela Lei n. 13.165, de 2015).

§ 3º O Tribunal dará preferência ao recurso sobre quaisquer outros processos, ressalvados os de *habeas corpus* e de mandado de segurança. (Incluído pela Lei n. 13.165, de 2015). (*Ibidem*).

⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo Regimental em Recurso Extraordinário em Recurso Especial Eleitoral* n. 73.982. Relator Min. José Antônio Dias Toffoli, Publicação: 7.3.2016. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=73982&processoClasse=RESPE&decisaoData=20160202&decisaoNumero=&protocolo=213312015&noCache=0.8386330825861081>>. Acesso em: 30 jul. 2016.



toral - AIJE, Ação de Impugnação de Mandato Eletivo - AIME e o Recurso contra a Expedição de Diploma - RCED.

Neste tema, é preciso destacar que a jurisprudência eleitoral não reconhece a identidade entre estas ações e, por consequência, não caracteriza a litispendência, mas apenas uma possível conexão entre as referidas causas.

Desta forma, à parte é possível ajuizar uma primeira ação e, posteriormente, outra com objetivo diverso, mas com refinamento das provas e motivos apresentados, levando o Judiciário a uma reapreciação de mesmos fatos com objetivos idênticos.

Claro que também se afeta o aspecto relativo ao tempo de julgamento de uma certa situação junto ao Poder Judiciário, posto que mesma questão pode estar numa fase procedimental num primeiro processo e em outra, ainda inicial, em uma segunda ação ajuizada.

Além disto, a reavaliação de fatos pelo Poder Judiciário pode levar ao que se chama de eternização da questão jurídica, evitando a consolidação de uma resposta judicial e interferindo com a efetividade da prestação jurisdicional.

Ao derredor deste tema, foi incluído na Lei das Eleições o art. 96-B,¹⁰ que determina a reunião, para julgamento comum, das ações eleitorais propostas por partes diversas sobre o mesmo fato, sendo competente para apreciá-las o juiz ou relator que tiver recebido a primeira.

A importância desta modificação para o julgamento de processos eleitorais e para o tempo de duração dos mesmos, junto ao Tribunal, se revela a partir da análise do disposto nos parágrafos segundo e terceiro do referido artigo.

Consoante estes, a ação proposta sobre o mesmo fato apreciado em outra não será conhecida caso já exista decisão transitada em julgado, ressalvada a apresentação de outras ou novas provas, ou será apensada ao processo anterior, na instância em que se encontrar, quando não observado o trânsito em julgado de decisão.

A modificação legislativa não inovou a ponto de reconhecer a litispendência entre causas eleitorais que tratam do mesmo fato, mas, ainda assim, permite que a reunião de processos, por força de lei, implique em maior celeridade na prestação jurisdicional e maior efetividade desta, na medida em que se obterá uma resposta única frente a um mesmo fato.

Neste sentido, o Tribunal Superior Eleitoral já explicitou que não se:

[...] exclui a possibilidade de o Tribunal analisar eventual litispendência ou coisa julgada quando o recurso contra expedição de diploma é cópia fiel da ação de investigação judicial eleitoral, prestigiando o art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/1988, segundo o qual, 'a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação'.¹¹

¹⁰ Art. 96-B. Serão reunidas para julgamento comum as ações eleitorais propostas por partes diversas sobre o mesmo fato, sendo competente para apreciá-las o juiz ou relator que tiver recebido a primeira. (Incluído pela Lei n. 13.165, de 2015).

§ 1º O ajuizamento de ação eleitoral por candidato ou partido político não impede ação do Ministério Público no mesmo sentido. (Incluído pela Lei n. 13.165, de 2015).

§ 2º Se proposta ação sobre o mesmo fato apreciado em outra cuja decisão ainda não transitou em julgado, será ela apensada ao processo anterior na instância em que ele se encontrar, figurando a parte como litisconsorte no feito principal. (Incluído pela Lei n. 13.165, de 2015).

§ 3º Se proposta ação sobre o mesmo fato apreciado em outra cuja decisão já tenha transitado em julgado, não será ela conhecida pelo juiz, ressalvada a apresentação de outras ou novas provas. (Incluído pela Lei n. 13.165, de 2015). (BRASIL. *Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.htm>. Acesso em: 28 jul. 2015.).

¹¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 4.303*. Re-





No aspecto prático, observa-se que a existência de ação anterior com decisão não transitada em julgada sobre um fato tornará o juízo prevento para o julgamento de ações futuras, permitindo uma prestação jurisdicional mais segura e rápida.

Uma maior celeridade também pode ser observada na hipótese de existência de decisão transitada em julgado sobre um fato, caso no qual a ação futura será não conhecida de imediato.

Um último e pontual aspecto que pode ter impacto na prática profissional e na celeridade processual está relacionado à prática do ato de intimação por meio de Edital Eletrônico.

Este último exemplo, que será citado nesta breve exposição, se relaciona com os atos de comunicação judicial, em especial aqueles voltados à intimação das partes.

A Lei n. 13.165/2015 acrescentou o parágrafo 5º ao art. 94,¹² da Lei das Eleições, passando a prever, para a possibilidade de intimação de advogados dos candidatos ou partidos e coligações por meio de Edital Eletrônico publicado na página do respectivo Tribunal na internet, em certas hipóteses.

O edital eletrônico poderá ser utilizado como meio de intimação pelos Tribunais Eleitorais, nos casos que não versem sobre a cassação do registro ou do diploma, iniciando-se a contagem no dia seguinte ao da divulgação.

A medida é louvável e refletirá, com um grau considerável de certeza, uma maior celeridade no processamento dos feitos, pois é sabido que as diligências e atos processuais implicam em grande parte da demora para seu julgamento.

São estes apenas alguns exemplos que puderam ser citados e tratados neste trabalho, sem prejuízo da necessidade de minucioso estudo da legislação novel pelos operadores do direito.

4 CONCLUSÃO

Acredita-se, com este panorama, ter sido possível abordar, temas aptos para contribuir com a exposição de importantes temas direcionados ao Direito Eleitoral.

Espera-se, ademais, que as ideias apresentadas causem reflexão sobre o caráter inovador decorrente das mudanças legislativas recentemente realizadas no âmbito do Direito Eleitoral, que merecem a atenção e conhecimento não somente daqueles que participam diretamente do pleito, mas de todos os cidadãos.

As alterações legislativas promovidas inauguram uma nova e histórica sistemática eleitoral, que, pela primeira vez, será aplicada em eleições, o que torna também especial o escrutínio que será realizado em outubro deste ano de 2016, assim como a participação de todos os que dele participarem.

Será exigido dos Tribunais e Juízes Eleitorais, assim como dos partidos, candidatos, e quem mais se envolver em aspectos relacionados às eleições, que se

lador Min. Gilmar Ferreira Mendes, Publicação: 31.5.2016. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/action-GetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=4303&processoClasse=AI&decisaoData=20160503&decisaoNumero=&protocolo=193282015&noCache=0.3279322145516612>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

¹² Art. 94. Os feitos eleitorais, no período entre o registro das candidaturas até cinco dias após a realização do segundo turno das eleições, terão prioridade para a participação do Ministério Público e dos Juizes de todas as Justiças e instâncias, ressalvados os processos de *habeas corpus* e mandado de segurança. [...] § 5º Nos Tribunais Eleitorais, os advogados dos candidatos ou dos partidos e coligações serão intimados para os feitos que não versem sobre a cassação do registro ou do diploma de que trata esta Lei por meio da publicação de edital eletrônico publicado na página do respectivo Tribunal na internet, iniciando-se a contagem do prazo no dia seguinte ao da divulgação. (Incluído pela Lei n. 13.165, de 2015).





atualizem e se adequem às novas previsões, de forma a revestirem de regularidade os atos praticados, as candidaturas e o resultado do próprio pleito.

Daí a importância de que todos se atualizem e acompanhem a aplicação dos novos dispositivos, inclusive em espaços criados para maior deliberação, diálogo e exposição dos temas tais como os tratados aqui.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 28 jul. 2015.

_____. *Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.htm>. Acesso em: 28 jul. 2015.

_____. *Lei n. 13.165, de 29 de setembro de 2015*. Altera as Leis n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13165.htm>. Acesso em: 28 jul. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo Regimental em Ação Cautelar n. 48.052*. Relator Min. Henrique Neves da Silva, Publicação: 22.8.2012. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=48052&processoClasse=AC&decisaoData=20120801&decisaoNumero=&protocolo=&noCache=0.31002075402756724>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

_____. *Agravo Regimental em Recurso Ordinário n. 10.520*. Relator Min. Gilmar Ferreira Mendes, Publicação: 23.2.2016. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=10520&processoClasse=RO&decisaoData=20151215&decisaoNumero=&protocolo=152092015&noCache=0.07372686605469725>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

_____. *Recurso Especial Eleitoral n. 48.369*. Relator Min. Henrique Neves da Silva, Publicação: 26.11.2015. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=48369&processoClasse=RESPE&decisaoData=20151110&decisaoNumero=&protocolo=186002014&noCache=0.3039641822310195>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

_____. *Agravo Regimental em Recurso Extraordinário em Recurso Especial Eleitoral n. 73982*. Relator Min. José Antônio dias Toffoli, Publicação: 7.3.2016. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=73982&processoClasse=RESPE&decisaoData=20160202&decisaoNumero=&protocolo=213312015&noCache=0.8386330825861081>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 4.303*. Relator Min. Gilmar Ferreira Mendes, Publicação: 31.5.2016. Disponível em:





<<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=4303&processoClasse=AI&decisaoData=20160503&decisaoNumero=&protocolo=193282015&noCache=0.3279322145516612>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1998.





Bibliografia



ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA







CIDADANIA

BAPTISTA, Olívia Cerdoura Garjaka. Hannah Arendt e o conceito de cidadania. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 90, jan./mar. 2015. Disponível em: <<http://dspace.xmlui/bits-tream/item/18317/41689.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 26 maio 2015.

JUSTEN, Agatha; GURGEL, Claudio. Participação e cidadania nas sociedades latinoamericanas: experiências de governança democrática. *Revista Brasileira de Estudos Organizacionais*, Curitiba, v. 2. n. 2, p. 249-262, dez.2015. Disponível em: <https://rbeo.emnuvens.com.br/rbeo/article/view/55>>. Acesso em: 27 out. 2016.

KROHLING, Aloísio; FERREIRA, Dirce Nazaré de Andrade; OLIVEIRA, Eduardo Augusto Moscon. (Coord.). *Estado, cidadania e democracia na contemporaneidade*. Curitiba: Juruá, 2016.

NASCIMENTO, Germana Aguiar Ribeiro do; BATISTA, Mércia Rejane Rangel. O direito à consulta prévia dos povos indígenas e cidadania multicultural no Brasil. *Conpedi Law Review*, Oñati, Espanha, v. 2, n. 3, p. 174, jan./jun. 2016.

CIÊNCIA POLÍTICA

ALMEIDA, Jéssica Teles de. Análise da participação política feminina no paradigma do Estado Democrático. *Suffragium: R. Trib. Reg. Eleit. do Ceará*, Fortaleza, v. 7, n. 12, p. 1-174, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://www.tre-rs.jus.br/arquivos/Suffragium_Revista_12_2015_jul_dez.pdf#page=26>. Acesso em: 27 out. 2016.

AMADO, Marco Aurélio Nascimento. O Supremo Tribunal Federal no desempenho da jurisdição constitucional e o ativismo judicial. *Grupo Nacional do Ministério Público - GNMP*, [s.l.], 30.8.2015. Disponível em: <<http://www.gnmp.com.br/publicacao/260/o-supremo-tribunal-federal-no-desempenho-da-jurisdicao-constitucional-e-o-ativismo-judicial>>. Acesso em: 27 out. 2016.

GOMES, Larissa Peixoto Vale. Elegendo mulheres: ideologia partidária, feminismo e inclusão de mulheres na política. *Revista Eletrônica de Ciência Política*, Curitiba, v. 7, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/politica/article/view/45321/28749>>. Acesso em: 27 out. 2016.

MELO, José Octávio de Castro. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2016.





MIGUEL, Luis Felipe (Org.). *Desigualdades e democracia: o debate da teoria política*. São Paulo, SP: Unesp, 2016.

REVISTA ELETRÔNICA DE CIÊNCIA POLÍTICA. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2010- . [semestral].

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Estado Democrático de Direito e Democracia Representativa: será que no Brasil os partidos políticos estão cumprindo sua função constitucional?. *Jusbrasil*, [s.l.], [2015]. Disponível em: <<http://joseherval.jusbrasil.com.br/artigos/244879908/estado-democratico-de-direito-e-democracia-representativa>>. Acesso em: 27 out. 2016.

DEMOCRACIA

ADDOR, Felipe. *Teoria democrática e poder popular na América Latina*. Florianópolis: Insular, 2016.

AMADO, Marco Aurélio Nascimento. Crise da democracia representativa: participação popular e o resgate da confiança. *Grupo Nacional do Ministério Público - GNMP*, [s.l.], 30.8.2015. Disponível em: <<http://www.gnmp.com.br/publicacao/261/crise-da-democracia-representativa-participacao-popular-e-o-resgate-da-confianca>>. Acesso em: 27 out. 2016.

BASTIANI, Ana Cristina Bacega de; PELLENZ, Mayara. Reflexões sobre a crise da Democracia Representativa no Brasil pós Constituição Federal de 1988. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 2, n. 2, p. 87, 2016.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Cidadania ativa e democracia no Brasil. *Rev. Parlamento e Sociedade*, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 21-31, jan./jun. 2016.

CABETE, Eduardo Luis Santos. *Qual democracia?* Curitiba: Prismas, 2016.

CARDOSO, Fernando Henrique. A crise brasileira reflete a morte da democracia representativa no Ocidente. *Huffpost Brasil*, 8.9.2016. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/fernando-henrique-cardoso/crise-brasileira-impeachment_b_11908246.html>. Acesso em: 27 out. 2016.

DALAQUA, Gustavo Hessmann. Democracia representativa, conflito e justiça em J. S. Mill. *Dois Pontos*, Curitiba, São Carlos, v. 13, n. 2, p. 15-37, out. de 2016. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/doispontos/article/view/43067>>. Acesso em: 27 out. 2016.





FARIAS, Lucas. *O papel do judiciário na crise da democracia representativa*. Disponível em: <http://www.academia.edu/21714008/O_PAPEL_DO_JUDICI%C3%81RIO_NA_CRISE_DA_DEMOCRACIA_REPRESENTATIVA>. Acesso em: 27 out. 2016.

MACHADO, Audálio José Pontes. A democracia representativa no Brasil: problemas e questionamentos. *Estação Científica (UNIFAP)*, Macapá, v. 6, n. 1, p. 9-18, jan./abr. 2016. Disponível em: <<https://periodicos.unifap.br/index.php/estacao/article/viewFile/1935/audaliov6n1.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2016.

PARLAMENTO, democracia representativa e democracia participativa. *Revista de Direito e Política*, Itajaí, SC, v. 3, n. 2, p. 180-205, 2015.

PINTO, Júlio Roberto de Souza, GUIMARÃES, Débora Messenberg, BARROS, Flávia Lessa de. A Crise da Democracia Representativa. *E-legis*, Brasília, n. 19, p. 39-48, jan./abr. 2016. Disponível em: <<http://e-legis.camara.leg.br/cefor/index.php/e-legis/article/view/283>>. Acesso em: 27 out. 2016.

RUBIO, David Sanchez. Uma perspectiva crítica sobre democracia e direitos humanos. Tradução de Helena Henkin. *Grupo Nacional do Ministério Público - GNMP*, [s.l.], 8.1.2013. Disponível em: <<http://www.gnmp.com.br/publicacao/171/uma-perspectiva-critica-sobre-democracia-e-direitos-humanos>>. Acesso em: 27 out. 2016.

DIREITO ELEITORAL

AGRA, Walber de Moura. *Manual prático de Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de Direito Eleitoral*. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2016.

ALVIM, Frederico Franco. *Curso de Direito Eleitoral*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016.

BARCELOS, Guilherme. *Processo judicial eleitoral & provas ilícitas: a problemática das gravações ambientais clandestinas*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016.

BARREIROS NETO, Jaime. *Direito Eleitoral*. 6. ed. rev. ampl. Salvador: JusPodium, 2016.

_____. *Reforma Eleitoral: comentários à Lei 13.165/2015*. Salvador: Juspodium, 2016.

BARROS, Francisco Dirceu. *Direito Eleitoral criminal: tomo 1: direito material*. Curitiba: Juruá, 2016.





BARROS, Francisco Dirceu. *Direito Eleitoral criminal*: tomo 2: direito processual. Curitiba: Juruá, 2016.

_____. *Manual de prática eleitoral*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Leme, SP: JH Mizuno, 2016.

BORN, Rogério Carlos. *Ação rescisória no Direito Eleitoral e o novo código de Processo Civil*. 6. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016.

CALDAS, Filipe Ferreira Lima Lins. *Abuso de poder, igualdade e eleição*: o Direito Eleitoral em perspectiva. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. (coord.). et al. *Direito Eleitoral*: aspectos materiais e processuais. São Paulo: Migalhas, 2016.

CASTRO, Edson de Rezende. *Curso de Direito Eleitoral*. 8. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Direito Eleitoral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda Eleitoral*. 13. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*: teoria da inelegibilidade, Direito Processual Eleitoral. 10. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

DUARTE, Michelle Pimentel. *Processo judicial eleitoral*: jurisdição e fundamentos para uma teoria geral do processo judicial eleitoral. Curitiba: Juruá, 2016.

ESMERALDO, Elmana Viana Lucena. *Processo eleitoral*: sistematização das ações eleitorais. 3. ed. Leme, SP: J.H. Mizuno, 2016.

FARIAS, Thélío Queiroz, OLIVEIRA, Roberto Jordão de. *Defesas eleitorais*. 2. ed. Leme, SP: Edijur, 2016.

GOMES, José Jairo. *Crimes eleitorais e processo penal eleitoral*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. *Direito Eleitoral*. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.





GONÇALVES JÚNIOR, Carlos. *Atividade normativa da Justiça Eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LAVAREDA, Antonio; TELLES, Helcimara. (Org.). *A lógica das eleições municipais*. Rio de Janeiro: FGV, 2016.

NISS, Pedro Henrique Távora. *Direito Eleitoral*. São Paulo: Edipro, 2016.

PINTO, Djalma. *Inovações na lei eleitoral e a ilusão da ficha limpa*. Fortaleza: o autor, 2016.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2016.

REIS, Bruno P. W. Sistema eleitoral & financiamento de campanhas: desventuras do poder legislativo sob um hiperpresidencialismo consociativo. *Insight Inteligência*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 42-65, jan./mar. 2016.

REIS, Márton; SAMPAIO JÚNIOR, José Herval; MATEUS, Laudo Natel. *Processo eleitoral e o novo CPC: aplicação imediata*. Salvador: JusPodium, 2016.

SCARPINO JUNIOR, Luiz Eugênio. *Moralidade eleitoral e juristocracia: análise crítica da Lei da Ficha Limpa...* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

271

TAVARES, André Ramos (Coord.). *O Direito Eleitoral e o novo código de processo civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ZÍLIO, Rodrigo López. *Crimes eleitorais: direito material e processual eleitoral: uma análise objetiva: crimes eleitorais em espécie*. 2. ed. Salvador: JusPodium, 2016.

_____. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

ÉTICA

FERREIRA, Maria Suely. Ética na democracia brasileira. *Consciência Política*, Parintins, AM, jun. 2016. Disponível em: <<http://www.portalconscienciapolitica.com.br/products/etica-na-democracia-brasileira/>>. Acesso em: 27 out. 2016.

LISBOA, Marcos José Alves; GASPAS, Renata Alvares (Org.). *Direito globalizado, ética e cidadania*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.





NOGUEIRA, Roberto Wanderley, JARDIM, Carlos Jair de Oliveira. Poder judiciário brasileiro, moralidade e república. *Revista Videre*: revista da Faculdade de Direito e Relações Internacionais - FADIR, Dourados, MS, v. 8, n. 15, jan./jul. 2016. Disponível em: <<http://ojs.ws.ufgd.edu.br/index.php?journal=videre&page=article&op=view&path%5B%5D=5415&path%5B%5D=pdf>>. Acesso em: 27 out. 2016.