

revista do

Ano XXX

Agosto de 2010

nº 109

ADVOGADO



AASP

Associação
dos Advogados
de São Paulo



Temas de Direito Eleitoral



AASP

Associação dos Advogados
de São Paulo

DIRETORIA

Presidente	Fábio Ferreira de Oliveira
Vice-Presidente	Arystóbulo de Oliveira Freitas
1º Secretário	Sérgio Rosenthal
2º Secretária	Cibele Pinheiro Marçal Cruz e Tucci
1º Tesoureira	Dina Dare Ferreira Lima Cardoso
2º Tesoureiro	Roberto Parahyba de Arruda Pinto
Diretor Cultural	Leonardo Sica
Assessor da Diretoria	Luís Carlos Moro

REVISTA DO ADVOGADO

Conselho Editorial: Afranio Affonso Ferreira Neto, Alberto Gossion Jorge Junior, Arystóbulo de Oliveira Freitas, Cibele Pinheiro Marçal Cruz e Tucci, Dina Dare Ferreira Lima Cardoso, Eduardo Reale Ferrari, Eliana Alonso Moysés, Fábio Ferreira de Oliveira, Fernando Brandão Whitaker, Leonardo Sica, Luís Carlos Moro, Luiz Antonio Caldeira Miretti, Luiz Périssé Duarte Junior, Marcelo Vieira von Adamek, Nilton Serson, Paulo Roma, Pedro Ernesto Arruda Proto, Roberto Parahyba de Arruda Pinto, Roberto Timoner, Sérgio Rosenthal e Sonia Corrêa da Silva de Almeida Prado

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

Diretor Responsável: Arystóbulo de Oliveira Freitas

Jornalista Responsável: Reinaldo Antonio De Maria
(MTb 14.641)

Coordenação-Geral: Ana Luiza Távora Campi Barranco Dias

Capa: Aline Vieira Barros - AASP

Revisão: Débora Marie Tamayose, Marcela Vaz da Matta, Maria Estela Maiello Modena, Milena Grassmann Bechara e Taís Gasparetti Santos - AASP

Editoração Eletrônica: Altair Cruz - AASP

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

Impressão: Rettec, artes gráficas

Tiragem: 90.800 exemplares

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

© Copyright 2010 - AASP

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

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

Toda correspondência dirigida à Revista do Advogado deve ser enviada à Rua Álvares Penteado, 151 - Centro - cep 01012 905 - São Paulo-SP.

revista do

ISSN-0101-7497

ADVOGADO

Ano XXX N° 109 Agosto de 2010

SUMÁRIO

- 5 Nota do Coordenador.
Geraldo Agosti Filho
- 7 Fidelidade partidária.
Ricardo Lewandowski
- 11 Direito Eleitoral.
Walter de Almeida Guilherme
- 20 Inelegibilidades nas eleições de 2010.
Arnaldo Malheiros
- 25 Considerações acerca das contas eleitorais e do art. 30-A.
Carla Cristine Karpstein
- 31 Parlamentar que assume, temporariamente, o cargo de Governador pode disputar a reeleição para a Assembleia, ainda que a substituição ocorra nos seis meses anteriores à eleição.
Carlos Mário da Silva Velloso
- 36 Investigação judicial eleitoral do art. 30-A da Lei nº 9.504/1997.
Hélio Freitas de Carvalho da Silveira
Marcelo Santiago de Pádua Andrade
- 47 Breves anotações sobre o excesso de doações de recursos para campanhas eleitorais.
Fernando Neves da Silva
- 51 Substituição de candidato às vésperas da eleição: reflexões a propósito do art. 13 da Lei nº 9.504/1997.
Flávio Luiz Yarshell
- 54 Nulidade do voto no Direito Eleitoral.
Leandro de Oliveira Stoco
Rui Stoco
- 61 Sugestões para a reforma do Direito Eleitoral.
Luiz Carlos dos Santos Gonçalves
- 67 A propaganda eleitoral na rede mundial de computadores (Internet).
Luiz Silvio Moreira Salata
- 74 Censura legislativa.
Manuel Alceu Affonso Ferreira
- 81 Observações e comentários ao art. 97-A da Lei nº 9.504/1997.
Oscar Dias Corrêa Júnior
- 86 Doações para campanha eleitoral.
Paulo Henrique dos Santos Lucon
- 100 Captação ilícita de sufrágio à luz da Lei nº 12.034/2009.
Rafael de Medeiros Chaves Mattos
- 111 Notas sobre as novas inelegibilidades.
Ricardo Penteado
- 124 Jornalismo e propaganda no Direito Eleitoral.
Walter Ceneviva

Nota do Coordenador

Geraldo Agosti Filho

Advogado. Membro da comissão instituída
pelo Senado Federal para elaboração de
anteprojeto do Código Eleitoral.

A *Revista do Advogado* apresenta 17 artigos a respeito de temas interessantes e controversos da legislação eleitoral atual.

O processo eleitoral brasileiro nasce da tradição portuguesa de eleger os administradores dos povoados sob o domínio luso.¹ A primeira eleição de que se tem notícia ocorreu em 1532, para eleger o Conselho Municipal da Vila de São Vicente, hoje município no litoral do Estado de São Paulo.

Os bandeirantes paulistas, após chegarem ao local em que deveriam se estabelecer, realizavam como primeiro ato oficial a eleição do guarda-mor regente. Somente após esse procedimento exigido pela Corte Portuguesa, as vilas eram fundadas, já sob a égide da lei e da ordem. Essas eleições ocorreram até a Proclamação da Independência.

Os votos eram a princípio depositados em bolas de cera chamadas de pelouros; depois vieram as urnas de madeira, as de ferro e as de lona. Por fim, implementou-se, em todo o país, o voto informatizado, realizado em urnas eletrônicas que possibilitam a apuração das eleições de forma quase imediata.

A primeira Lei Eleitoral do Império, em 1824, mandava proceder à eleição dos Deputados e Senadores da Assembleia Geral Legislativa e dos membros dos Conselhos Gerais das províncias. Com a Proclamação da República, viveu-se o período denominado mais tarde “República Velha”, com os vícios da “eleição a bico de pena”. Esse ciclo se encerrou com a Revolução de 1930, que buscou introduzir cânones de moralização para o processo eleitoral brasileiro.

Em 1932 surge o Código Eleitoral. Cria-se, então, a Justiça especializada, responsável por todos os trabalhos eleitorais: alistamento, organização das mesas de votação, apuração dos votos, reconhecimento e proclamação dos eleitos. Regularizaram-se, enfim, as eleições federais, estaduais e municipais, em todo o território nacional.

A partir daí, a legislação eleitoral avançou, mas também retrocedeu. Oscilava na exata medida do Estado de Direito vigente na República. Há de se ressaltar, no entanto, que os últimos 25 anos são o maior período ininterrupto de democracia de nossa história, sem quarteladas ou golpes.

A Justiça especializada, julgando rapidamente e, com isso, aperfeiçoando o entendimento a respeito das demandas, cria e altera a jurisprudência. Isso é o resultado da brevidade na investidura do Magistrado nas Cortes Regionais e Superiores, limitada sempre a uma recondução

1. Fonte histórica: A Justiça Eleitoral no Brasil - TSE. Disponível em: http://www.tse.gov.br/institucional/biblioteca/site_novo/historia_das_eleicoes/capitulos/justica_eleitoral/justica_eleitoral.htm.

pelo período de dois anos, o que obriga a uma substituição constante na composição das Cortes.

Assim, em razão da alteração constante no colégio de julgadores, as interpretações da Justiça Eleitoral em anos anteriores não são garantias de entendimento para casos semelhantes no presente. Mesmo a figura da consulta, prevista no inciso XII do art. 23 do Código Eleitoral, não tem efeito vinculante, apenas aponta uma tendência daquela composição da Corte Superior.

Às vésperas das eleições gerais de 2010, o Poder Legislativo promoveu mudanças substanciais na legislação eleitoral com a Lei nº 12.034/2009, que altera o Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965), a Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997), a Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995) e, na última volta do relógio, enviou à sanção presidencial a Lei Complementar nº 135, que altera a questão fulcral das inelegibilidades, criando grande alvoroço na sociedade, que refletirá nos Tribunais.

A Associação dos Advogados de São Paulo dedica a presente edição da *Revista do Advogado* ao Direito Eleitoral e busca contribuir firmemente para o aprimoramento do Estado de Direito Brasileiro.

Espero que a leitura proporcione uma reflexão crítica sobre o complexo tema do Direito Eleitoral, podendo acrescentar um novo olhar diante de suas transformações.

Agradeço a todos que, de alguma maneira, colaboraram para a edição desta *Revista*. Não citarei os nomes para não correr o risco de cometer o pecado da ingratidão. Contudo ressalto que todos os articulistas que aqui trouxeram, com os seus escritos, ideias, pensamentos e reflexões sobre o Direito Eleitoral fizeram-no livremente, sem pauta obrigatória nem regulamentos vários. Esta publicação é uma tribuna livre e democrática.

Fidelidade partidária.

Ricardo Lewandowski

Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF).
Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

Sumário

1. Reflexões acerca dos partidos políticos
 2. O advento da democracia participativa
 3. A importância da fidelidade partidária
- Bibliografia

1 Reflexões acerca dos partidos políticos

É necessário consignar que, em uma democracia representativa como a nossa, os partidos políticos desempenham um papel fundamental, porquanto, no dizer de Canotilho, são “organizações aglutinadoras dos interesses e mundividência de certas classes e grupos sociais impulsionadores da formação da vontade popular” (1998, p. 308).

Com efeito, a partir do advento do Estado Social, no fim da Primeira Grande Guerra, a lei deixou de ser a expressão de uma anônima vontade geral, no sentido rousseauiano da expressão, conforme queriam os ideólogos do Estado Liberal de Direito dos séculos XVIII e XIX, passando a representar o resultado da vontade política de uma maioria parlamentar, formada a partir de vontades fragmentárias preexistentes no seio da sociedade (SILVA, 2005, p. 62).

No Brasil, como se sabe, os partidos políticos sofreram as vicissitudes da alternância cíclica entre regimes democráticos e ditatoriais, o que impediu, com raras exceções, que desenvolvessem uma base ideológica consistente (FLEISCHER, 2004, p. 249), capaz de libertá-los do fenômeno

que Maurice Duverger, trilhando a senda aberta por Robert Michels, identificou como o domínio oligárquico dos dirigentes partidários, cujo apanágio é “o apego a velhas fisionomias e ao conservadorismo” (1970, p. 197).

Hoje, os partidos políticos são indispensáveis ao processo democrático.

Os partidos de quadros e de massas, vinculados às camadas populares, com matizes ideológicos mais pronunciados, surgiram apenas em uma fase mais recente da história do país, como consequência do processo de industrialização, que se acelerou a partir do término da Segunda Guerra Mundial.

Em que pesem, porém, as imperfeições que ainda caracterizam o sistema partidário brasileiro, não há dúvida de que, hoje, os partidos políticos são indispensáveis ao processo democrático, não apenas porque expressam a multiplicidade de interesses e aspirações dos distintos grupos sociais, mas, sobretudo, porque concorrem para a formação da opinião pública, o recrutamento de líderes, a seleção de candidatos aos cargos eletivos e a mediação entre o governo e o povo (SILVA, 2005, p. 62).

2 O advento da democracia participativa

É bem verdade que a participação do povo no poder, atualmente, não ocorre mais apenas a partir do indivíduo, do cidadão isolado, ente privilegiado e até endeusado pelas instituições político-jurídicas do liberalismo, dentre as quais se destacam os partidos políticos (LEWANDOWSKI, 2005, p. 381).

O fim do século XX e o início do século XXI certamente entrarão para a História como épocas em que o indivíduo se eclipsa, surgindo em seu

lugar as associações, protegidas constitucionalmente, que se multiplicam nas chamadas “organizações não governamentais”, voltadas para a promoção de interesses específicos, tais como a proteção do meio ambiente, a defesa do consumidor ou o desenvolvimento da reforma agrária.

Esse fato, aliado às deficiências da representação política tradicional, deu origem a alguns institutos que diminuem a distância entre os cidadãos e o poder, com destaque para o plebiscito, o referendo, a iniciativa legislativa, o veto popular e o *recall*, dos quais os três primeiros foram incorporados à nossa Constituição (art. 14, incisos I, II e III, da Constituição Federal – CF).

3 A importância da fidelidade partidária

Não há negar que a democracia representativa, exercida por meio de mandatários recrutados pelos partidos políticos, por indispensável,¹ subsiste em sua integralidade em nosso ordenamento político-jurídico, embora complementada pelo instrumental próprio da democracia participativa (art. 1º, parágrafo único, da CF).²

Com efeito, segundo a nossa Carta Magna, a soberania popular (art. 1º, inciso I, da CF) é exercida fundamentalmente por meio do sufrágio universal (art. 14, *caput*, da CF), constituindo a filiação partidária *conditio sine qua non* para a investidura em cargo eletivo (art. 14, § 3º, inciso IV, da CF).

Mas, para que a representação popular tenha um mínimo de autenticidade, ou seja, para que reflita um ideário comum aos eleitores e aos candidatos, de tal modo que entre eles se estabeleça

1. John Stuart Mill observa o seguinte:

“desde que é impossível a todos, em uma comunidade que exceda a uma única cidade pequena, participarem pessoalmente tão-só de algumas porções muito pequenas dos negócios públicos, segue-se que o tipo ideal de governo perfeito tem de ser o representativo” (1958, p. 49).

2. “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

um liame em torno de valores que transcendam os aspectos meramente contingentes do cotidiano da política, é preciso que os mandatários se mantenham fiéis às diretrizes programáticas e ideológicas dos partidos pelos quais foram eleitos.

“Sem fidelidade dos parlamentares aos ideários de interesse coletivo” – ensina Goffredo Telles Júnior –, “definidos nos respectivos programas registrados, os partidos se reduzem a estratégias indignas, a serviço de egoísmos disfarçados; e os políticos se desmoralizam” (2005, p. 117).

A fidelidade partidária, porém, conquanto represente um passo importante para o fortalecimento do sistema partidário brasileiro, não constitui, ao contrário do que imaginam alguns, uma panaceia universal, cumprindo ter presente a lúcida

advertência feita pelo Ministro Nelson Jobim, em conferência que proferiu sobre o assunto:

“Falar-se em fidelidade partidária, sem ter a consciência real do que se passa no processo de escolha dos candidatos é um equívoco. Precisamos ter noção do que se passa, para colocar sobre a mesa a discussão de temas como distrito eleitoral, sistema de eleições mistas etc.; debater claramente esse tipo de situação para entendermos o que se passa em termos político eleitorais no País” (JOBIM, s/d, p. 195).

Como se sabe, a sanção de perda de mandato por infidelidade partidária foi introduzida no Brasil pela Emenda Constitucional nº 1, editada pela Junta Militar, em 17/10/1969, que alterou a redação do art. 152 da Constituição de 1967.³

A fidelidade partidária não constitui uma panaceia universal.

Mas recordemos também que, em 1985, de forma consentânea com o clima de redemocratização que imperava no país, a Emenda Constitucional nº 24 deu nova redação ao mencionado dispositivo constitucional, suprimindo as hipóteses de perda de mandato por infidelidade partidária, assegurando, ademais, a mais ampla liberdade de criação de partidos políticos, respeitados o regime democrático, o pluralismo partidário e os direitos fundamentais, dentre outros valores.⁴

A Assembleia Constituinte de 1988 não se afastou do espírito que presidiu a elaboração da EC nº 24/1985, adotada no ambiente de redemocratização, deixando de incluir no rol do art. 55 da Carta Magna, que trata da perda de mandato de Deputado e Senador, qualquer sanção por infidelidade partidária.⁵

Isso levou José Afonso da Silva a concluir que a Constituição de 1988

3. “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.”

4. “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 (...).”

5. “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 voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. § 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.”

“não permite a perda do mandato por infidelidade partidária. Ao contrário, até o veda, quando no art. 15, declara vedada a cassação dos direitos políticos, só admitidas a perda e a suspensão deles nos estritos casos indicados no mesmo artigo” (1995, p. 386-387).

É que o dispositivo em comento proíbe, de forma expressa, a cassação de direitos políticos, estabelecendo, taxativamente, as hipóteses de sua perda ou suspensão, sem nenhuma referência à hipótese de infidelidade partidária.⁶

Na mesma linha de entendimento, Clèmerson Merlin Clève afirma que, no sistema constitucional brasileiro, a circunstância de o parlamentar

“não perder o mandato em virtude de filiação a outro partido ou em decorrência do cancelamento da filiação por ato de infidelidade é eloqüente. Ainda que doutrinariamente o regime do mandato possa sofrer crítica, é indubitado que, à luz do sistema constitucional em vigor, o mandato não pertence ao partido” (1998, p. 217-218).

Não foi esse, contudo, o entendimento fixado

pelo Tribunal Superior Eleitoral ao responder afirmativamente à Consulta nº 1.398-DF, consubstanciada na seguinte indagação:

“Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?”

Feitas essas considerações, observo que é inegável o esforço pelo fortalecimento da democracia no Brasil, tanto do Poder Legislativo como do Poder Judiciário, e, principalmente, dos partidos políticos, que são atores centrais do processo eleitoral. Que a soberania popular seja exercida de forma cada vez mais plena e consciente. ■

6. “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, inciso VIII.”

Bibliografia

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Novo regime constitucional dos partidos políticos. Fidelidade partidária vinculando votação em processo de *impeachment*. Revisibilidade dos atos partidários pelo Judiciário. Competência da Justiça Eleitoral. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 24. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

FLEISCHER, David. Os partidos políticos. In: AVELAR, Lucia; CINTRA, Antonio Otávio (Orgs.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. São Paulo: Unesp, 2004.

JOBIM, Nelson. Direito e processo eleitoral no Brasil. In: MALHEIROS, Antônio Carlos et al (Coords.). *Inovações do novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, s/d.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coords.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra Martins*. São Paulo: Lex, 2005.

MILL, John Stuart. *Considerações sobre o governo representativo*. São Paulo: Ibrasa, 1958.

SILVA, Daniela Romanelli da. *Democracia e Direitos Políticos*. Campinas: Editor-Autor, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. A democracia participativa. In: *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo, v. 100, 2005.

Direito Eleitoral.

Walter de Almeida Guilherme
Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (TRE-SP). Desembargador do Órgão Especial do Tribunal de Justiça. Conselheiro, Professor e Coordenador da área de pesquisa da Escola Paulista de Magistratura (EPM). Acadêmico titular da Academia Paulista de Magistrados (APM). Ex-Promotor e Procurador de Justiça.

O fenômeno eleitoral constitui o ápice do regime democrático. Disse-se mesmo configurar a eleição verdadeira festa cívica (embora, creio, o povo, de um modo geral, assim não considere), com os eleitores caminhando alegremente para as urnas para exercer o direito e cumprir a obrigação de votar.

Bem se sabe que a democracia não se esgota no ato de escolha popular dos representantes, fazendo-se necessária a presença de outros tantos atributos para que se qualifique um regime como democrático. Há quem pense – e não se lhe nega razão – que o **direito à informação** é “componente fundamental de uma série de reflexões-chave para uma boa governança democrática”, como assinalam Vincent Defourny (Doutor em Comunicação e Representante da Unesco no Brasil) e Guilherme Canela (Cientista Político e Coordenador de Comunicação e Informação da Unesco no Brasil), em artigo publicado na *Revista Eletrônica Conjur*,¹ lembrando que há 244 anos a Suécia apresentava ao mundo o primeiro marco legal de garantia de um direito a ter acesso às informações produzidas pelo Estado, e que, quase dois séculos depois, em 1948, as Nações Unidas reconheciam o direito à informação no art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. A síntese dos valores democráticos foi bem exposta pelo Legislador constituinte brasileiro de 1988, ao descrever

1. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com/fsp/opiniao/fz0305201008.htm>. Acesso em: 27/7/2010.

os fundamentos da República Federativa do Brasil no art. 1º da Constituição Federal (CF), avultando, a meu ver, o da **dignidade da pessoa humana**, por não fazer sentido que o Estado, criado pelo homem, afronte sua dignidade ou não estabeleça normas legais que coíbam o mútuo desrespeito.

Mas o voto nas eleições, como exercício da **soberania popular**, assume mesmo papel essencial para a caracterização da democracia, esta como movimento de desconstituição da autocracia, ou seja, como regime que concebe o povo como protagonista e destinatário. Recordando **Abraham Lincoln**, no célebre e curto discurso proferido em 19 de novembro de 1863, na cerimônia de inauguração do Cemitério Militar de Gettysburg, a definição de democracia, que remonta, aliás, ao significado grego da palavra:

“que todos nós aqui presentes solenemente admitamos que esses homens não morreram em vão, que esta Nação com a graça de Deus venha gerar uma nova Liberdade, e que o governo do povo, pelo povo e para o povo jamais desaparecerá da face da terra.”

Dizer de democracia e eleição popular é dizer de Direito Eleitoral.

Ainda que a democracia tenha os defeitos genéticos de não oferecer proteção eficaz contra o discurso inverídico (a bem conhecida demagogia e a falsa ou irrealizável promessa) e contra o uso de procedimentos democráticos (como as eleições) contra ela própria, não há outro que fale mais sobre a **busca da felicidade** do que o regime democrático, o que faz lembrar a afirmação de **Winston Churchill**, em sua fala no Parlamento britânico, de ser a democracia o pior dos regimes, com exceção de todos os outros...

A busca da felicidade, em rápida digressão, é o

movimento do ser humano mais consistente com a natureza de que ele é dotado. Homens e mulheres existem para ser felizes. Indo além de Descartes: “penso, logo existo para ser feliz”. É intuitivo, embora, para adornar a afirmação com o peso de um clássico, deva-se citar **Aristóteles**, na obra *Ética e Nicômano*, para quem a felicidade é um bem supremo que a existência humana deseja e persegue. Mas também é de trazer à tona, de dois outros clássicos, estes do nosso tempo e brasileiros, que “a felicidade é como a pluma que o vento vai levando pelo ar. Voa tão leve mas tem a vida breve, precisa que haja vento sem parar” (JOBIM; MORAES, 2002). A felicidade deixou de ser um direito natural a partir da Declaração do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1776, considerada pelos positivistas o marco do nascimento dos direitos humanos, ganhando seu reconhecimento justamente porque, como sintetiza **Fábio Konder Comparato**,

“a busca da felicidade, repetida na Declaração de Independência dos Estados Unidos (...), é a razão de ser imediatamente aceitável por todos os povos, em todas as épocas e civilizações. É uma razão universal, como a própria natureza humana”(apud MONTEIRO, 2010).²

Dizer de democracia e eleição popular é dizer de Direito Eleitoral. E não mais como uma especialização do Direito Constitucional, mas sim como **ramo autônomo** do Direito Público, tal o conjunto de institutos e disposições legais, incluídas aí as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que lhe é peculiar na atualidade.

Penso que, completando o art. 1º do Código Eleitoral (CE), pode-se afirmar constituir o Direito Eleitoral um conjunto de normas destinadas a regulamentar os direitos políticos dos cidadãos, alusivamente ao parágrafo único dos arts. 1º e 14 da Constituição da República, o processo eleitoral,

2. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-mai-29/pec-felicidade-positivacao-direito-reconhecido-resto-mundo>. Acesso em: 27/7/2010.

incluídos os sistemas eleitorais, a constituição e funcionamento dos partidos políticos e a organização e funcionamento da Justiça Eleitoral.

Inerentes ao Direito Eleitoral são o Princípio Republicano, traduzido na eletividade e na periodicidade dos mandatos, na responsabilidade dos representantes e na fiscalização do exercício do poder; o Princípio da Universalidade e Igualdade do Voto, o do Equilíbrio dos Candidatos em Disputa; o Princípio da Moralidade, da Anterioridade da Lei Eleitoral, da Celeridade e da Preclusão e o Princípio da Legalidade.

É verdadeiro que a Justiça Eleitoral – e, mais do que ela, o Direito Eleitoral – clama por reformas.

Ponto de destaque no Direito Eleitoral é a Justiça Eleitoral.

Na Constituição da ex-Tchecoslováquia, de 1918, inaugurou-se a técnica de constitucionalizar a Justiça Eleitoral mediante previsão de órgãos específicos para esse fim, modelo que foi seguido pela Constituição austríaca de 1920, ressoando a pregação de Hans Kelsen em prol da **lisura dos pleitos políticos**.³ A função dos Juízes e dos Tribunais Eleitorais, então, é a de assegurar a **pureza** do voto, reprimindo os atos de coerção e de deturpação da vontade dos eleitores, tanto quanto os de fraude na apuração e consagração dos eleitos.

No Brasil, a Justiça Eleitoral foi instituída pelo CE de 1932 (uma das pregações de Getúlio Vargas ao liderar a Revolução de 1930) e constitucionalmente institucionalizada pela Constituição de 1934. Sua criação visou substituir o então sistema político de aferição dos poderes (feito pelos órgãos legislativos) pelo sistema jurisdicional, em que

se incluiriam todas as atribuições referentes ao Direito Político-Eleitoral. É o que se denomina contencioso eleitoral.

Há quem se mostre divergente quanto à conveniência de uma Justiça Eleitoral. De fato, não são muitos os países que deferem a um órgão especializado do Poder Judiciário, como no Brasil, tudo aquilo que se refira ao fenômeno eleitoral, desde o alistamento dos eleitores até a diplomação dos eleitos. Sustentam alguns que entregar os atos de administração da eleição ao Poder Judiciário não se faz condizente com sua intrínseca atribuição de exercício da jurisdição, sendo mais lógico que a organização e a realização das eleições, como um todo, fato medularmente político, sejam cometidas a um órgão que se pautar por **critérios políticos**, ficando à competência do Judiciário, isso sim, dirimir os **conflitos jurídicos** que dela derivem.

Acredito, todavia, que, diante do nosso histórico de eleições e do prestígio de que desfruta a Justiça Eleitoral entre nós (é um Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo e atual Presidente do TRE-SP que está a escrever...), eliminá-la não é solução satisfatória. Repensá-la, em pontos específicos, sim. Em termos gerais, não se pode negar que a Justiça Eleitoral trouxe condicionamentos benéficos a hábitos políticos arraigados na mentalidade predominante.

A Justiça Eleitoral, segundo as prescrições da Constituição e da lei, forra-se de **especificidades**, a saber: a) órgão da Justiça Federal especializada, ao lado da Justiça do Trabalho e da Justiça Militar da União; b) não possui um quadro fixo e exclusivo de Juízes, que, pertencentes a outros órgãos do Poder Judiciário, integram-na, no grau superior, com investidura por tempo certo, e, em 1ª Instância, constituindo-se pelos Juízes de Direito, que são Juízes Estaduais; c) exerce, de par com a jurisdicional, função administrativa/executiva que, aliás, prepondera sobre a primeira, considerando que é de sua competência a administração, planejamento e

3. Cf. Kelsen, 1995.

execução das eleições, incluindo a elaboração e administração do cadastro nacional de eleitores, apuração e totalização dos resultados, proclamação e diplomação dos eleitos; d) possui poder normativo, consistente na edição de resoluções que disciplinam assuntos relacionados à área administrativa; e) responde a consultas sobre matéria eleitoral.

O voto facultativo é mais autêntico. Mais refletido. Consciente. Contribui para a qualidade do pleito.

Organizando as manifestações populares, por plebiscito, referendo e iniciativa popular, e, no que concerne ao exercício do poder pelo povo por meio de representantes eleitos, garantindo e formalizando o exercício dos direitos políticos, a Justiça Eleitoral se converte em **instrumento basilar da democracia**.

É verdadeiro que a Justiça Eleitoral – e, mais do que ela, o Direito Eleitoral – clama por **reformas**. Leis defasadas (o CE é de 1965), com dispositivos não mais condizentes com os tempos atuais, antinômicos e descosidos, reclamam alteração. As chamadas leis gerais das eleições necessitam de uma consolidação, ou melhor, de integração em um novo CE, incorporadas as prescrições das resoluções do TSE, de sorte a não se ter constantes modificações a cada pleito, alcançando-se **estabilidade e segurança jurídicas**.

Mas, num crescendo, mais do que reforma da Justiça Eleitoral, do CE, urge uma verdadeira **reforma política**. Pensou-se que, agitado o tema no Congresso Nacional e na mídia em geral, dispusesse-se aquele a debater e deliberar sobre o financiamento das campanhas políticas, a introdução do voto distrital, a desincompatibilização dos exercentes da chefia do Executivo candidatos à reeleição, a existência de um Vice-Presidente e

congêneres e eventuais funções, a existência de suplentes de Senador, o voto facultativo e outras tantas matérias.

Aliás, a propósito de ser o voto obrigatório ou facultativo, sendo primordialmente um **direito** (o direito político mais vistoso), qualifica-se também como uma **obrigação**, na forma do art. 14, § 1º, inciso I, da Constituição. Mas deveria ser um dever **imposto por lei**?

Já pensei que sim, como uma forma de obrigar o cidadão a participar, de um modo geral, da formulação do Estado. Hoje, nos estritos termos do regime democrático, creio que o voto deve ser concebido apenas como um direito. Acredito que o povo brasileiro já está suficientemente maduro para não ser tutelado pelo Estado no sentido de ser obrigado a escolher. Não que o eleitor esteja já totalmente conscientizado da importância de escolher bem o candidato (não estou dizendo que o povo não sabe votar...), mas o nosso estágio democrático permite conferir a ele a **opção de não votar**. O voto facultativo é mais autêntico. Mais refletido. Consciente. Contribui para a qualidade do pleito.

“Se não fosse a obrigação, o voto seria mais pensado. Hoje em dia, o cidadão que vai às urnas acaba votando em uma pessoa cujas propostas nem conhece. Só vota porque é um dever, e não porque pensou naquele voto.”⁴

Que seja um dever, mas **moral**, não imposto pela lei.

Mas, voltando ao tema da reforma, é verdade que, premido pelas circunstâncias (iniciativa popular do projeto de lei e pressão da sociedade), o Congresso Nacional acabou por aprovar projeto de lei que, sancionado pelo Presidente da República, converteu-se na chamada Lei “Ficha Limpa” (ou seria ficha suja...), de inegável importância no que concerne à reforma política (se recobre ou não

4. David Fleischer, Professor de Ciência Política da Universidade de Brasília, em entrevista dada ao jornal *Folha de S. Paulo*, publicada em 29/5/2010.

de inconstitucionalidade, em face do Princípio da Não Presunção de Culpabilidade, se incide ou não, desde já, alcançando as eleições deste ano, à vista do disposto no art. 16 da CF, e se é ou não aplicável somente aos que forem condenados por um Tribunal e não obtiveram efeito suspensivo depois de sua vigência, são questões que caberá à Justiça decidir, e que bem poderão ser objeto de possível outro artigo desta *Revista*).

Fez-se, sim, uma reforma. Uma pequena reforma pontual pela Lei nº 12.034/2009, que altera as Leis nºs 9.096/1995 – Lei dos Partidos Políticos –, 9.504/1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737/1965 – CE.

Cito algumas alterações, a meu ver importantes, no que concerne à Lei nº 9.096/1995 e à Lei nº 9.504/1997.

No que se refere à primeira Lei, consigne-se a exclusão da solidariedade de outros órgãos de direção partidária, carreando-se a responsabilidade, inclusive civil e trabalhista, ao órgão partidário municipal, estadual ou nacional que tiver dado causa ao não cumprimento da obrigação, à violação de direito, a dano de outrem ou a qualquer ato ilícito (art. 15-A).

No tocante à suspensão das quotas do fundo partidário ou qualquer outra punição por ação das esferas regionais e municipais, estabelece a Lei a não responsabilização do órgão nacional, bem como no que diz respeito às despesas realizadas por aquelas (art. 28, §§ 3º a 6º).

De seu turno, o § 4º do art. 37 dispõe, contrariamente ao que vinha entendendo o TSE, que cabe recurso, a este ou aos Tribunais Regionais Eleitorais, com efeito suspensivo, da decisão que desaprova total ou parcialmente a prestação de contas dos órgãos partidários, ao passo que os §§ 3º, 5º e 6º criam a proporcionalidade da sanção de suspensão do repasse das quotas do fundo partidário, enfatizando o caráter jurisdicional do exame da prestação de contas.

O § 5º do art. 39 autoriza os partidos políticos, em ano eleitoral, a aplicar ou distribuir pelas diversas eleições os recursos financeiros recebidos

de pessoas físicas ou jurídicas, com observação das regras previstas nos arts. 23, § 1º; 24 e 81, § 1º, da Lei nº 9.504/1997, que limitam a 2% as doações recebidas de pessoas jurídicas e a 10% de pessoas físicas do faturamento e do rendimento bruto, respectivamente, em relação ao ano anterior, bem como excetua as fontes vedadas para doação, e também determina os critérios definidos pelos respectivos órgãos de direção e pelas normas estatutárias.

No que respeita à Lei nº 9.504/1997, observo, pelos §§ 2º, 3º e 4º do art. 7º, que as alterações promovidas objetivam fortalecer a direção nacional dos partidos políticos, evitando a divergência e discussão de nível inferior, enfatizando a hierarquização dos órgãos partidários.

De se notar que o § 3º do art. 10, modificando a redação anterior, conferiu força impositiva à determinação ao utilizar a expressão “preencherá”, em que pese não haver sanção pelo seu descumprimento. Embora a redação preserve percentual mínimo a cada sexo, por certo que o Legislador procurou garantir a participação efetiva das mulheres no processo eleitoral e na política, sobretudo diante das outras alterações verificadas que conduzem os partidos políticos a essa finalidade.

Lembro aqui que o Procurador-Geral da República anterior emitiu parecer pela improcedência da ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo PSC contra a lei com a redação anterior, que reservava uma cota mínima de 30% para cada sexo na composição das listas de registro de candidaturas. Na ação, o partido invocou o Princípio da Isonomia, mas, segundo o Procurador-Geral, a visão formalista do PSC não levou em conta o compromisso democrático assumido pela Constituição de ampliar a inserção e o direito à participação das mulheres na vida institucional do país, afirmando que a norma questionada não só é constitucional, como imperiosa é a importância de se reconhecer legítima a adoção da medida afirmativa em questão.

Mas o debate se travará mesmo em torno da consequência do não preenchimento pelo partido político do percentual da Lei.

O conhecimento, pelo eleitor, da vida pregressa do candidato é fundamental para que ele possa, conscientemente, votar.

Outrossim, pela Lei nº 12.034/1997, tendo em conta as disposições do art. 11 e §§ 1º, 6º e 7º, não mais é de ser negada a certidão de quitação eleitoral na hipótese de desaprovação das contas do candidato, e o eleitor terá acesso aos documentos apresentados por aquele por ocasião do registro de sua candidatura, especificamente as certidões criminais e as outras constantes dos incisos do § 1º.

O conhecimento, pelo eleitor, da vida pregressa do candidato é fundamental para que ele possa, **conscientemente**, votar, não significando, em absoluto, como chegaram a proclamar alguns políticos e Juristas, que a Justiça Eleitoral estaria a interferir na escolha, induzindo o eleitor a não sufragar candidato que apresentasse maus antecedentes. **Mais adequado e justo** que fique a tarefa com a Justiça Eleitoral do que com associações, partidos políticos e candidatos.

Essas e outras tantas alterações introduzidas pela Lei nº 12.034/1997 são importantes para o processo eleitoral. Quero, todavia, reservar o final deste artigo para um comentário mais alentado a respeito de um fato absolutamente novo e de repercussão trazido pela Lei: **o uso massivo da Internet nas eleições**.

Antes de tudo, o uso da rede mundial de computadores (Internet), seja qual for o setor da atividade humana, há de se fazer de forma a preservar a **dignidade da pessoa humana**, que, já dito, é fundamento da República Federativa do Brasil, e a permitir o **cumprimento dos objetivos** da República Federativa do Brasil (art. 3º da CF).

Sobre a Internet, parece-me oportuno reproduzir, em grandes linhas, a crônica de **Carlos Heitor Cony**, publicada, dias atrás, no jornal *Folha de S. Paulo*.

“Um astronauta montava guarda na cabine de uma nave espacial quando viu o Diabo caminhando pelo cosmos, aparentemente procurando alguma coisa. Entrando em contato com o Príncipe das Trevas, após considerações gerais sobre os destinos da humanidade, o astronauta quis saber sobre o destino do próprio Diabo, o que ele fazia ali sozinho, aparentemente perdido no espaço, desorientado e deprimido. O Diabo, apesar de ser considerado o inventor da mentira, falou a verdade. Estava deixando o planeta Terra, onde, desde a revolta dos anjos, antes da criação do mundo, decidira implantar o mal e a desgraça na obra de Deus. O astronauta quis saber a razão de tão humilhante retirada. Seria uma derrota diante das forças do bem? Nada disso, informou o Diabo. Ele ia embora da Terra porque sua atividade tornara-se supérflua com o advento da Internet e do Twitter. Procurava agora um planeta em estágio tecnológico menos avançado, sem um tipo de comunicação onde qualquer um pode fazer um estrago bem maior do que ele na comunidade internacional e na vida de cada um. Disse ainda que, com a vulgaridade das informações e comunicações ao mesmo tempo em que tudo devia ficar melhor, a tendência será complicar cada vez mais a já complicada humanidade” (Caderno Opinião, de 2/5/2010).

É preciso refletir a respeito de ser ou não esse extraordinário incremento da comunicação propiciado pela Internet aos seres humanos um mal (*Words, words, words*, de Hamlet) e acerca da poluição opinativa que grassa (como já disse alguém, uns pelos outros, acho que todos somos assim, queremos ouvir o que pensamos. Dificilmente mudamos de opinião por conta de argumentos contrários).

Na Internet, temos um falando para todos, e todos falando para um. E o que por intermédio dela é veiculado, salvo raros casos, torna-se **indelével**.

O *ombudsman* da já mencionada *Folha de S. Paulo*, domingo desses, sob o título “Injustiças”, asseverou que o eternizado em arquivos digitais de jornais é o principal dilema ético em encontro anual de *ombudsmans*, relatando que um garoto de 12 anos escreveu a um jornal inglês, pedindo que seja apagada reportagem que o citava como vítima de *bullying*. O depoimento, dado seis anos atrás, era da própria mãe do menino, que procurou o jornal na esperança de que as ofensas cessassem. Graças ao Google, os colegas do garoto, agora em outro colégio, descobriram a história e começaram a atormentá-lo.

Na Internet, temos um falando para todos, e todos falando para um.

Não creio que o sucesso da campanha presidencial do Presidente Obama na Internet, sobretudo na captação de recursos, possa se repetir no Brasil, em função da diversidade de cultura do povo e de um aparente maior interesse do americano nas eleições (é preciso, em contraponto, lembrar, contudo, que, sendo facultativo o voto nos Estados Unidos, dificilmente o comparecimento às urnas supera 50% dos eleitores).

A força das redes sociais é imensa. Em 2006, havia 32 milhões de internautas no Brasil. Em quatro anos, mais que dobrou. Pulou para 66 milhões. De lá para cá surgiram também novos sites de relacionamento, como o Twitter, tendo o Facebook e o Orkut ganhado mais espaço no Brasil, e não faltam sites falsos ou de ofensas a candidatos e que divulgam falsos dossiês. Quem conhece os meandros da política avisa:

“Não há controle. A guerrilha que vai acontecer na Internet será cada vez mais forte daqui até outubro. E se houver algo falso, quem colocar estará sujeito às sanções do Código Penal como ocorre com jornais, revistas, televisão, rádio e outros meios de comunicação.”⁵

Afinal, Internet é um meio de comunicação, comenta o Cientista Político Murilo Aragão.

A Resolução do TSE nº 23.191/2009, que estabelece as regras eleitorais para a Internet, prevê multa de R\$ 5 mil a R\$ 30 mil a candidatos e partidos que fizerem propaganda eleitoral atribuindo indevidamente sua autoria a terceiros. A legislação veda o anonimato de mensagem durante a campanha e garante o direito da resposta. Diz ainda que a propaganda eleitoral só estará permitida a partir de 5 de julho. A norma permite que sejam usados no período das eleições *blogs*, redes sociais e sites de mensagens instantâneas de candidatos e partidos, mas proíbe a propaganda paga na *web*.

Como lidar com as novas mídias, especialmente a Internet?

É uma questão com dois planos: o teórico e o prático. No plano teóricos as dificuldades são menores. Quem cria um *blog* e o torna público tem as mesmas responsabilidades e limites que uma empresa de mídia tradicional. No plano prático, a situação fica mais complicada, porque é mais difícil encontrar o autor. Na teoria, não existem novos direitos ou novas obrigações, são os mesmos. A questão é que, como hoje qualquer um pode ser um jornalista e qualquer um pode ser mídia, há uma pluralidade maior de agentes; também os políticos, os candidatos que desconhecem os meandros técnicos: o endereço de IP, onde o *blog* está hospedado. Tudo isso causa dificuldades práticas que, se espera, aos poucos vão se resolver pela cooperação de todos.

De quem é a responsabilidade do material que está publicado na Internet?

A responsabilidade é do autor, para começar. Há o *blog* que é de um indivíduo, que trabalha sozinho e é responsável por tudo o que publica.

5. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/82/20/0/05/03/politica,i=190080/INTERNET+FICA+SOB+VIGILANCIA.shtml>. Acesso em: 27/7/2010.

Fica mais difícil quando há páginas de Internet mais complexas, como as empresas que também hospedam os *blogs* dos seus colonistas. De quem é a responsabilidade? É inegável que o autor de uma ofensa tem responsabilidade, **mas no meu entendimento aquele que abriga a página também tem responsabilidade**. A diferença é só de meio, mas a situação é absolutamente a mesma.

As redes sociais, como Facebook, Twitter e Orkut, e os *blogs* têm atenção especial dos candidatos para a divulgação de seus projetos. Apoios e críticas poderão ser divulgados, entretanto também podem ser cometidos abusos que, apesar dos limites e sanções previstos na Lei, revelam-se com potencial suficiente para prejudicar os candidatos de tal maneira a até mesmo inviabilizar suas candidaturas.

É certo que excessos deverão ser punidos com direito de resposta, retirada do material ofensivo e, ao provedor, portal e serviço de hospedagem, incidirão multas e até suspensão imediata do acesso a todo o conteúdo da Internet por 24 horas.

Atualmente, ainda não existem instrumentos hábeis e ágeis para coibir práticas danosas propagadas pela Internet. Se são postadas informações inverídicas de determinado candidato no Twitter, por exemplo, em que não há representantes legais da empresa no Brasil, uma rápida intervenção no sentido de excluí-las restaria inviabilizada.

É inegável que, durante o processo eleitoral, surgirão muitos problemas decorrentes do uso desvirtuado da Internet, mas, por outro lado, o uso adequado dessa tecnologia trará amadurecimento e maior participação dos cidadãos na disputa eleitoral.

Mais do que nunca, com o uso da Internet nas eleições, cabe ao eleitor escolher quem infunde **confiança e credibilidade**. De forma recorrente e ocupando papel central no confucionismo, em *Analects*,⁶ ressalte-se a importância de uma pessoa ser confiável naquilo que diz, viver de acordo com suas palavras e de ser mais rápida e eficiente nas ações que realiza no uso de seu palavreado que

não deveria variar conforme a audiência e as circunstâncias do momento.

Sem mais espaço, limito-me a referir que o texto original da Lei nº 9.504/1997 apresentava somente duas previsões sobre a Internet: art. 26, inciso XV (“custos com a criação e inclusão de sítios da Internet”); art. 45, § 3º (“As disposições deste artigo aplicam-se aos sítios mantidos pelas empresas da comunicação social na Internet e demais redes destinadas à prestação de serviços de telecomunicações de valor adicionado”) (dispositivo revogado pela Lei nº 12.034/2009). A Lei nº 11.300/2006 incluiu o § 4º no art. 28 da Lei nº 9.504/1997, prevendo a obrigação de prestação de contas pelos partidos políticos, coligações e candidatos pela Internet.

A Lei nº 12.034/2009 introduziu na Lei nº 9.504/1997 previsões substanciais sobre a Internet e regulamentou de forma específica a propaganda eleitoral nesse meio, nos arts. 57-A *usque* 57-I, e mais as seguintes matérias: doações de pessoas físicas para as campanhas eleitorais (art. 23); pesquisas eleitorais (art. 33); propaganda eleitoral antecipada (art. 36-A); poder de polícia (art. 41); propaganda na imprensa escrita e sua reprodução na Internet (art. 43); direito de resposta (arts. 58 e 58-A). Por sua vez, o art. 7º dispõe:

“Não se aplica a vedação constante do parágrafo único do art. 240 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (CE), à propaganda eleitoral veiculada gratuitamente na Internet, no sítio eleitoral, *blog*, sítio interativo ou social, ou outros meios eletrônicos de comunicação do candidato, ou no sítio do partido político ou coligação, nas formas previstas no art. 57-B da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.”

Aí está. Não tenho um mundo prodigioso em minha cabeça, ao contrário de Kafka (2003), em *O fogaista de Amerika*, por isso, ao escrever, não me liberto e, nem ao libertá-lo, faço-me em pedaços. ■

6. Cf. BiblioBazaar, LLC, 2008.

Bibliografia

CONY, Carlos Heitor. O diabo no espaço. In: *Folha de S. Paulo*. Caderno Opinião, 2/5/2010. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0205201005.htm>. Acesso em: 27/7/2010.

DEFOURNY, Vincent; CANELA, Guilherme. Pedra fundamental da democracia. In: *Folha de S. Paulo*. Caderno Opinião, 3/5/2010. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0305201008.htm>. Acesso em: 27/7/2010.

JOBIM, Antônio Carlos; MORAES, Vinicius. A felicidade. *Live in Buenos Aires*, 2002.

KAFKA, Franz. *O desaparecido ou Amerika*. São Paulo: Editora 34, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

MONTEIRO, Juliano Ralo. PEC da felicidade positivará direito na CF. In: *Revista eletrônica Consultor Jurídico*, 20/5/2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-mai-29/pec-felicidade-positivacao-direito-reconhecido-resto-mundo>. Acesso em: 27/7/2010.

ROTHENBURG, Denise; ABREU, Diego; LUIZ, Edson. Internet fica sob vigilância. In: *Correio Braziliense*, 3/5/2010. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia182/2010/05/03/politica,i=190080/INTERNET+FICA+SOB+VIGILANCIA.shtml>. Acesso em: 27/7/2010.

I nelegibilidades nas eleições de 2010.

Lei Complementar nº 135, de 4/6/2010: inaplicabilidade no mesmo ano por força do art. 16 da Constituição.

Arnaldo Malheiros

Advogado em São Paulo (Turma de 1950 da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP). Especialista em Direito Eleitoral.

Sumário

1. À guisa de introdução
2. A edição da Lei Complementar nº 135
3. A interpretação do TSE
4. O conceito de “processo eleitoral”
5. A natureza das normas de inelegibilidade
6. Breve conclusão

1 À guisa de introdução

Quando fui honrosamente convidado para escrever um artigo destinado à publicação nesta *Revista*, procurei identificar um assunto que pudesse ser interessante para o eventual leitor e bastante atual para não constituir fastidiosa variação sobre um mesmo tema, antes abordado por outros mais habilitados e competentes do que eu.

Na ocasião achava-se em tramitação no Congresso Nacional o projeto da lei de iniciativa popular que acabou sendo batizado de “Lei da Ficha Limpa”. Tramitação é um modo de dizer, porque o projeto em questão, não obstante haja sido apresentado com o apoio de mais de um milhão de eleitores, diversas organizações não governamentais de prestígio e mesmo de setores religiosos, dormitava há sete anos nos escaninhos das comissões legislativas da Câmara dos Deputados, e, pelo andar da carruagem, tudo indicava que não estava sendo levado a sério, nem por ele morria de

amores a maioria dos parlamentares, que, muito ao contrário, preferia ignorar o assunto.

O TSE, respondendo a uma consulta, manifestou no dia 10/6/2010 seu entendimento de que a Lei em questão não altera o processo eleitoral.

Ainda assim, talvez valesse a pena emitir algumas considerações pessoais sobre a matéria versada no aludido projeto, quando mais não fosse para servir de estímulo à discussão das questões que o texto suscitava – que, aliás, não eram poucas. Para mim, profissionalmente, não haveria problema ético algum na abordagem do delicado tema, porquanto o escritório de que faço parte não responde por qualquer processo envolvendo cliente que seja potencialmente alcançável pelas normas propostas no referido projeto. Mas o interesse sobre um projeto de lei que não vingara até então desanimou qualquer intenção minha a respeito.

2 A edição da Lei Complementar nº 135

Aconteceu, então, o que poucos poderiam prever: o projeto de iniciativa popular, transformado em projeto de lei complementar, de uma hora para outra, passou a ser alvo de tremenda pressão da mídia, que assumiu o papel de transmissora do temido “clamor das ruas”, e sua vacilante caminhada transformou-se em tramitação acelerada, vindo a ser aprovado em poucos dias pela maioria absoluta das duas casas legislativas, para reformar substancialmente a legislação que há 40 anos regia toda a matéria de inelegibilidades, desde antes da Constituição de 1988 (Lei Complementar nº 64/1970).

Ainda havia dúvida, no entanto, sobre a oportunidade de comentar e criticar as proposições que se aglutinaram para compor a Lei Comple-

mentar nº 135/2010, ou mesmo de emitir simples observações sobre elas, tendo em conta que o art. 16 da Constituição estatui:

“A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.”

Pareceu-me que versar o tema no momento não seria oportuno porque não despertaria interesse no leitor algum comentário sobre uma Lei que só seria aplicável dentro de dois anos, nas eleições municipais de 2012. E, assim mesmo, com algumas restrições.

3 A interpretação do TSE

Mas eis que o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), respondendo a uma consulta, manifestou no dia 10/6/2010 seu entendimento de que a Lei em questão não altera o processo eleitoral, e, conseqüentemente, não há por que aguardar um ano de sua vigência, aplicando-se ela desde logo às eleições gerais deste ano de 2010. Um único voto se opôs a essa deliberação: o do Ministro Marco Aurélio Mello, que sustentou que o processo eleitoral já fora deflagrado (e, por conseguinte, a Lei não poderia ser aplicada no próximo pleito), lembrando que até mesmo havia convenção partidária iniciada, razão pela qual sequer deveria ser conhecida a consulta, conforme iterativa jurisprudência daquela alta Corte, que não responde a consultas feitas no curso do processo eleitoral.

Com todo respeito pela relevante maioria que acompanhou o relator da consulta – conquanto a decisão ainda possa submeter-se a eventual apreciação pela Suprema Corte –, acredito ser inatacável o entendimento do Ministro Marco Aurélio. O Presidente do TSE, Ministro Ricardo Lewandowski, acentuou com muita propriedade que a Lei nova

“homenageia os princípios mais caros que representam a própria base do princípio republicano que é a probidade e a moralidade administrativa,

no que tange às eleições e àqueles que pretendem se candidatar a cargos públicos”.¹ É verdade. Como é verdadeiro que esses princípios não irromperam do nada com a Lei nova, mas estão inscritos na Lei Maior desde que a Emenda Constitucional de Revisão nº 4/1994 deu nova redação ao já mencionado § 9º do seu art. 14.² A Lei de que se trata deu – digamos assim – eficácia àqueles princípios, trasladando-os para normas infraconstitucionais relativas à inelegibilidade decorrente de várias hipóteses de ofensa a eles.

Não posso deixar de ponderar, todavia, que a imediata aplicação da Lei nova, que atende a importantes princípios constitucionais, agride frontalmente outro princípio também constitucional, que comentaristas dos mais conceituados consideram cláusula pétrea, que é o do citado art. 16. A Lei é importante, sim. Mais do que isso, ela é necessária, sem dúvida, mas só pode aplicar-se depois de um ano de sua edição porque dispositivos seus alteram o processo eleitoral em curso.

A estabilidade das instituições políticas e administrativas e a segurança das relações jurídicas no plano eleitoral dependem da rigorosa observância da regra salutar do mencionado art. 16 da Constituição, concebido para dar efetividade constitucional à repugnância pelas medidas legislativas de última hora, como as que se editaram às dúzias durante o período da ditadura militar e que vez por outra ressurgiram na era democrática que a sucedeu, muitas vezes para favorecer amigos, outras vezes para arredar da competição adversários indesejáveis. Assim foram os chamados “casuísmos”, sempre condenáveis e combatidos com veemência pelas mesmas categorias sociais que propuseram a alteração da Lei de Inelegibilidades e com apoio da mesma mídia que agora enaltece a vigência imediata da Lei Complementar nº 135, reproduzindo o clamor popular. Bem-intencionados ambos, sem qualquer dúvida, pretendem, porém, que o Judiciário faça letra morta de uma disposição constitucional que assegura a inalterabilidade das regras do jogo depois de iniciado.

O relator da consulta comentada, no TSE, Ministro Hamilton Carvalhido, ilustre integrante do Superior Tribunal de Justiça, argumentou no seu voto que

“o processo eleitoral não abarca todo o Direito Eleitoral, mas apenas o conjunto de atos necessários ao funcionamento das eleições por meio do sufrágio eleitoral.”³

A imediata aplicação da Lei nova agride frontalmente outro princípio também constitucional.

Entretanto, é relevante salientar que o relator da consulta alicerçou seu voto em anterior manifestação do Ministro Moreira Alves, quando da edição da Lei de Inelegibilidades de 1990. Disse, então, S. Exa.:

“A meu ver, e desde que **processo eleitoral** não se confunde com Direito Eleitoral, parte que é dele, deve-se entender aquela expressão não como abrangente de todas as normas que possam refletir-se direta ou indiretamente na série de atos necessários ao funcionamento das eleições por meio do sufrágio universal – o que constitui o conteúdo do Direito Eleitoral –, mas, sim, das normas instrumentais diretamente ligadas a eleições. (...) Note-se, porém, que **são apenas as normas instrumentais relativas às eleições, e não as normas materiais que a elas de alguma forma se prendam. Se a Constituição pretendesse chegar a tanto não**

1. Notícia divulgada no site do TSE, em 10/6/2010.

2. “§ 9º - Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.”

3. Voto na consulta 1120-26.2010.6.00.0000, divulgado no site do TSE. Decisão e votos não publicados no Diário da Justiça.

teria usado da expressão mais restrita que é ‘processo eleitoral’⁴ (o grifo é do original).

4 O conceito de “processo eleitoral”

É necessário a um mero Advogado de província munir-se de muita ousadia para pretender discordar da interpretação que Moreira Alves, com sua autoridade de ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal e Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, deu à expressão **processo eleitoral**, seguida pelo ilustre Ministro Hamilton Carvalhido e acolhida pela maioria do TSE. Peço licença para escudar-me na manifestação do Ministro Marco Aurélio e afirmar que a interpretação dada, por mais respeitáveis que sejam seus seguidores, é estritamente literal. Tomou a locução **processo eleitoral** no seu sentido de conjunto de normas instrumentais quando, a meu ver, com a devida licença, seu sentido verdadeiro, que reflete a intenção do constituinte, é o de “ação continuada, realização contínua e prolongada de alguma atividade; seguimento, curso, decurso” ou “seqüência contínua de fatos ou operações que apresentam certa unidade ou que se reproduzem com certa regularidade; andamento, desenvolvimento, marcha” (*Houaiss*, Dicionário, verbete “processo”).

Merece lembrança, para justificar o que afirmo, o que, no Agravo nº 11630 do TSE, a Ministra Carmen Lúcia, outra eminente participante da decisão ora comentada, escreveu:

“O exame da potencialidade não se prende ao resultado das eleições. Importam os elementos que podem influir no transcurso normal e legítimo do **processo eleitoral**, sem necessária vinculação com resultado quantitativo (RO nº 781, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 24/9/2004; RO nº 752-ES, Rel. Min. Fernando Neves, DJ de 6/8/2004)”

4. Voto na consulta 1120-26.2010.6.00.0000, divulgado no site do TSE. Decisão e votos não publicados no Diário da Justiça.

(Acórdão nº 2346, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 18/9/2009).

Nesse mesmo sentido, decidiu o Ministro Aldir Passarinho Júnior no AgRg nº 36650, citando outros precedentes do TSE: RCED nº 723-RS, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJe de 18/9/2009; e RO nº 1537-MG, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 29/8/2008.

As normas sobre inelegibilidade são de direito material, e não instrumental, e mais óbvio ainda que não são processuais.

No Recurso Especial nº 36718, de São Paulo, o Ministro Arnaldo Versiani, também integrante da maioria formada no julgamento da consulta aqui mencionada, disse:

“se a Justiça Eleitoral tem sua atuação vinculada ao **processo eleitoral**; se o **processo eleitoral** termina com a diplomação dos candidatos eleitos; se o ilícito que a representação aponta ocorreu, em tese, durante o **processo eleitoral**; e se, após a diplomação, a lei prevê apenas duas formas de impugnação: o recurso contra a expedição de diploma e a ação de impugnação de mandato eletivo, que dizem respeito aos principais partícipes do processo (...)”, deixando claro o sentido da expressão.

5 A natureza das normas de inelegibilidade

É cediço que as normas sobre inelegibilidade são de direito material, e não instrumental, e mais óbvio ainda que não são processuais, caso em que vigorariam desde sua introdução no sistema legal.

Esse – perdoem-me a pretensão – é o verdadeiro significado e a correta delimitação do conceito, do qual decorre, com todas as vênias, conclusão contrária à que chegou a douta maioria do TSE. A Lei nova é inaplicável ao próximo pleito

exatamente porque no momento de sua publicação já haviam ocorrido vários “atos necessários ao funcionamento das eleições”.

Que atos? Apenas para exemplificar, podem ser listados os seguintes:

- O alistamento eleitoral encerrou-se no dia 5/5/2010 (150 dias antes da eleição), e só estão aptos a votar os eleitores regularmente inscritos ou que requereram transferência até aquela data.

- Por causa das eleições, desde o começo do ano criaram-se restrições aos Poderes Executivo e Legislativo, que não podem conceder aumento de vencimentos aos servidores públicos, nem gastar com publicidade institucional importância superior aos limites estabelecidos na Lei das Eleições (art. 73, incisos VII e VIII, da Lei nº 9.504/1970).

- Os pretendentes a cargos eletivos que ocupavam determinados cargos ou funções ou exerciam mandatos eletivos no Poder Executivo de qualquer esfera administrativa já se desincompatibilizaram ou estão inelegíveis se não o fizeram.

- Desde 6/4/2010, os órgãos de direção nacional dos partidos políticos teriam de publicar, no

Diário Oficial da União, as normas para a escolha e substituição de candidatos e para a formação de coligações, na hipótese de omissão dos respectivos estatutos (Lei nº 9.504/1997, art. 7º, § 1º).

- Desde essa mesma data e até a posse dos eleitos, ficou vedado aos agentes públicos fazer, na circunscrição do pleito, revisão geral da remuneração dos servidores públicos que exceda a recomposição da perda de seu poder aquisitivo (Lei nº 9.504/1997, art. 73, inciso VIII).

6 Breve conclusão

Enfim, não vale cansar o possível leitor com mais longa enumeração de atos que integram o **processo eleitoral**. A que aqui foi feita serve para deixar claro que anteriormente a 7/6/2010, data da publicação da Lei Complementar nº 135, já se haviam efetivado inúmeros atos necessários ao funcionamento das eleições deste ano.

Por essas razões, expostas com o maior acatamento pela convicção dos que pensam diversamente, o processo eleitoral estava em pleno curso quando a Lei foi publicada, razão por que ela não pode ser aplicada nas eleições de 2010. ■

C

onsiderações acerca das contas eleitorais e do art. 30-A.

Carla Cristine Karpstein

Advogada especialista em Direito Eleitoral. Vice-Presidente da Comissão de Direito Eleitoral da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Paraná (OAB-PR). Professora da Pós-Graduação de Direito Eleitoral do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Professora da Escola da Magistratura e da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR.

Sumário

1. Princípios norteadores
2. Histórico recente
3. O restrito alcance do art. 30-A e a Lei Complementar nº 135/2010

1 Princípios norteadores

O Direito Eleitoral é um dos ramos do Direito brasileiro que mais se modificaram nos últimos anos, até mesmo pela necessidade de regulamentar, quase que anualmente, a realização de eleições alternadas nas três esferas da federação, majoritárias e proporcionais. E ninguém desconhece que, embora o exercício da democracia não se esgote no sufrágio, este é, sem dúvida, sua manifestação mais efervescente.

Nessa linha, as contas de campanha vêm sendo objeto de atenção especial da Justiça Eleitoral já há algum tempo. A própria edição da Lei nº 9.504/1997, com uma série de normas de arrecadação e gastos eleitorais, já destacava a importância de se clarificar a parte financeira das campanhas, visando coibir o abuso de poder econômico e o oferecimento de benesses ao eleitor em troca do voto.

A partir de 2004, as Resoluções que norteiam as eleições editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) a cada ano foram paulatinamente reforçando a análise das contas como meio de se

garantir a lisura da eleição. Tanto que as Leis nºs 11.300/2006 e 12.034/2009 encamparam algumas das inovações trazidas pelo TSE nesse seara.

Porém, deve-se destacar que não se pode restringir a atuação da Justiça Eleitoral a órgão legitimador da administração financeira das campanhas, especialmente as vencedoras. A prestação de contas deve refletir integralmente a campanha eleitoral, sem eufemismos ou interpretações.

O Princípio básico que deve nortear as contas de campanha é o da Verdade Material. Ou seja, deve refletir o que realmente foi empregado, tanto em relação aos valores arrecadados quanto aos gastos efetuados, funcionando a prestação de contas como instrumento de moralização e fiscalização das campanhas eleitorais.

Por outra vertente, é essencial ao exercício livre do sufrágio que o eleitor possua todas as informações sobre aquele candidato em quem pretende depositar o voto. Assim, o Princípio da Transparência também deve nortear as contas de campanha, especialmente no que diz respeito às fontes de financiamento, já que é indiscutível o comprometimento entre financiador e financiado.

A necessidade de controle do abuso do poder econômico nas eleições constitui-se em uma preocupação mundial, de modo a observar-se previsão de normas destinadas ao controle da movimentação econômica de partidos e candidatos em campanha e prestação de contas na legislação de diversos Estados, a exemplo do Canadá, da Espanha, França e Alemanha.

No círculo dessas ideias a serem seguidas pelo Poder Judiciário, deve preponderar o entendimento de que a carga valorativa a ser prestigiada nas relações jurídicas eleitorais, por influência das circunstâncias que estão presentes na situação em análise, deve ser a moral legitimada pelo próprio Direito, isto é, a que esteja contida na coerção de uma norma reconhecida como existente, válida, eficaz, efetiva e em harmonia com os desígnios da Constituição Federal.

A crescente conscientização da sociedade no sentido de ver obedecido o Princípio da Moralidade nas relações jurídicas de qualquer natureza motivou, em face do grave e explícito comportamento de alguns candidatos em relação à arrecadação de valores e aplicação de recursos, o estabelecimento de regras mais rigorosas acerca da administração financeira de uma campanha eleitoral.

Mórton Jacinto Reis, Juiz de Direito, em excelente artigo intitulado “Mercadores de Votos, cerca-igrejas e cacetistas”,¹ faz a seguinte explanação:

“Por mais de 500 anos, um precário Direito Eleitoral vem teimando em tentar provar aos brasileiros que democracia é assunto sério demais para que dele possam cuidar as pessoas do povo.

(...)

São daquela época as ‘eleições a bico de pena’, onde quem de fato escolhia os novos mandatários não eram os eleitores, mas os mesários que, sozinhos ou com o concurso de falsários profissionais, elaboravam as atas reveladoras do ‘resultado’ da eleição.

(...)

Se mesmo após a utilização de alguns ou de todos esses mecanismos o resultado eleitoral não fosse o esperado, restavam outras alternativas: aos da situação, cuja eleição tão esperada não sobreviera, aplicava-se o ‘esguicho’ (ou complementação fraudulenta da votação faltante); aos opositoristas mais indesejáveis restava a ‘degola’ (ou a pura e simples retirada de seus nomes da lista dos eleitos).

Não sem muitas baixas (o combate à fraude eleitoral era uma das principais bandeiras de muitos dos movimentos contestatórios da década de 1920 e da própria Revolução de 1930), surgiu o Código Eleitoral de 1932 e, com ele, a Justiça Eleitoral.

Desde então conseguimos, entre ditaduras e leis eleitorais casuísticas excludentes, trilhar

1. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5324>.

alguns passos rumo ao momento atual, em que sobrepair a possibilidade de uma melhor definição dos rumos de nossa democracia. (...)”

2 Histórico recente

A prestação de contas das campanhas eleitorais no Brasil vem se tornando mais rigorosa a cada eleição, acompanhando a alteração de pensamento dos Tribunais em relação ao abuso de poder econômico na busca do voto.

Nessa linha, tivemos a edição das Leis nºs 9.840/1999 e 11.300/2006, que estabeleceram a punição de cassação de registro e diploma nos casos de captação ilícita de sufrágio, bem como a inclusão do art. 30-A, acerca da arrecadação e dos gastos irregulares de campanha, com aplicação da mesma sanção.

O cerne de toda a questão relativa às finanças de campanha é, indiscutivelmente, a corrupção. Busca-se, com o rigor em relação às contas eleitorais, evitar-se a corrupção. E foi com esse foco que o TSE, já na Resolução que regulamentou as eleições gerais do ano de 2002, estabeleceu a possibilidade de propositura de Ação de Investigação Judicial Eleitoral, Recurso contra Expedição de Diploma e Ação de Impugnação de Mandato Eletivo quando da desaprovação de contas de campanha, quando identificado o abuso de poder econômico, repetindo tal determinação na Resolução TSE nº 21.069, que atendia às eleições municipais de 2004.

Nas eleições gerais de 2006, a Resolução TSE nº 22.250, na linha de tornar mais rígidas as normas eleitorais, estabeleceu que, além da possibilidade de Investigação Judicial Eleitoral no caso de desaprovação de contas, a não apresentação de tais contas implicaria a impossibilidade de obtenção da Certidão de Quitação Eleitoral (documento indispensável para o registro de candidatura) durante o curso do mandato ao qual concorreu o candidato.

Ou seja, aquele que não apresentasse suas contas – e tal situação muito ocorria, já que não existia nenhuma forma de punição para o candidato inadimplente – não poderia registrar candidatura durante quatro anos.

As eleições municipais de 2008 foram as que mais geraram discussão, interesse e receio por parte dos candidatos no que tange à prestação de contas.

Além dessa penalização, também incluiu a vedação de os partidos políticos assumirem as dívidas de campanha não quitadas de seus candidatos, com o objetivo de tornar mais transparente a movimentação financeira.

Porém, no ano de 2006 tivemos eleições gerais no país, nas quais os principais candidatos a Presidente da República deixaram enormes dívidas eleitorais, impossíveis de ser quitadas, o que levou o TSE a relativizar a aplicação da proibição que sua própria Resolução determinou, qual seja a assunção de dívidas eleitorais pelos partidos políticos, interpretando-a no sentido de vigência apenas a partir das eleições municipais de 2008.

Então, no ano de 2008, por meio da edição da Resolução nº 22.715, tivemos o regramento mais rígido no que dizia respeito às contas eleitorais. Nessa Resolução, além da vedação de assunção de dívidas pelos partidos e da impossibilidade de obtenção de quitação eleitoral para aquele que não apresentasse suas contas, também o candidato que tivesse suas contas desaprovadas ficaria impossibilitado de obter a quitação eleitoral durante o curso do mandato ao qual concorreu. Nesse momento, o Direito Eleitoral brasileiro chegou o mais próximo da efetivação dos Princípios da Verdade Real e da Transparência, tendo em vista que o candidato que arriscasse maquiagem financeira em seus

números, ou tivesse ainda utilizado recursos não contabilizados – caixa dois –, ficaria inelegível por quatro anos, no mínimo.

A prestação de contas não fornece dados ou informações que possam ser analisados pelo art. 30-A.

As eleições municipais do ano de 2008 foram as que mais geraram discussão, interesse e receio por parte dos candidatos no que tange à prestação de contas. E o motivo é óbvio: a impossibilidade de reeleição por conta da ausência de quitação eleitoral.

O Poder Legislativo e o TSE, a partir da discussão sobre a verticalização de coligações, vêm estabelecendo uma espécie de competição acerca da elaboração e da interpretação das normas eleitorais. A Lei nº 12.034/2009 é uma prova disso. Em que pese ter incorporado a maioria das disposições previstas nas Resoluções do TSE das últimas três eleições, eliminou justamente aquelas que davam força à prestação de contas da campanha eleitoral.

Além do abrandamento das regras relativas à prestação de contas partidária, não incorporou ao seu texto a grande inovação da impossibilidade de obtenção de quitação eleitoral para aqueles candidatos que tivessem contas desaprovadas, bem como liberou a possibilidade de o partido político assumir as dívidas de campanha de seu candidato.

Assim sendo, qual é a razão que levará o candidato a tratar sua prestação de contas com a seriedade e o rigor que ela necessita, se não existe nenhuma sanção àquele que possui suas contas desaprovadas? Na prática, a aprovação e desaprovacão são equivalentes no texto da Lei nº 12.034, que alterou o regramento da Lei nº 9.504/1997. Assim, temos grande retrocesso na transparência tão necessária aos valores recebidos e aos gastos realizados pelos candidatos e pelos partidos nas

eleições, condição essencial ao exercício livre da cidadania.

Estabeleceu-se grande celeuma acerca da impossibilidade de se obter a quitação eleitoral por desaprovacão de contas, tendo em vista entenderem alguns doutrinadores que tal sanção seria nova forma de inelegibilidade. Ocorre que tal tese não se sustenta, pois a impossibilidade de se obter a quitação eleitoral não é sanção de inelegibilidade, mas sim ausência de condição de elegibilidade, entendimento esse pacificado pelo TSE.

3 O restrito alcance do art. 30-A e a Lei Complementar nº 135/2010

Além das grandes discussões acerca da efetividade da prestação de contas, a Lei nº 11.300/2006 (posteriormente alterada pela Lei nº 12.034) incluiu na Lei das Eleições o art. 30-A, que prevê expressamente a cassação do registro ou do diploma do candidato que praticar condutas em desacordo às normas relativas à arrecadação de campanha e aos gastos eleitorais.

Acerca do alcance do art. 30-A, nos cabem algumas considerações. Quando de sua inclusão na Lei, baseado em projeto de iniciativa popular, tinha como objetivo ser rápido e efetivo em extirpar do cenário eleitoral aquele candidato que cometeu qualquer tipo de abuso ou falsidade na administração financeira de sua campanha. Tanto assim era que sua sanção é a cassação do registro e do diploma, sem imposição de inelegibilidade, o que por si só afastaria a necessidade de se aferir potencialidade à conduta irregular, capaz de alterar a igualdade de oportunidades entre os candidatos em uma eleição.

Inicialmente, ressalte-se que o alcance do art. 30-A é absolutamente restrito; a prestação de contas, ato meramente formal, não fornece dados ou informações que possam ser analisados pelo art. 30-A. Por primeiro, porque as informações ali incluídas são de responsabilidade do próprio

candidato, que certamente não incluirá um eventual caixa dois de campanha ou qualquer gasto em desacordo com a legislação eleitoral, em que pese o Princípio da Boa-Fé.

Por segundo, qualquer irregularidade financeira que possa embasar a Representação do art. 30-A apenas chegará ao conhecimento dos legitimados ativos por denúncia ou peculiaridades do caso concreto. O caso do ex-Deputado Federal Juvenil Alves é pedagógico para entendimento das dificuldades de delineamento do art. 30-A.

No citado precedente,² o então Deputado teve um de seus escritórios alcançado por um mandado de busca e apreensão, resultante de operação específica da Polícia Federal que não tinha vinculação com a campanha eleitoral na qual ele havia concorrido, no qual foram apreendidos computadores e documentos que demonstraram a existência de caixa dois, recursos recebidos de fontes vedadas, bem como gastos irregulares de campanha. Apenas dessa forma chegaram ao conhecimento do Ministério Público Eleitoral as impropriedades perpetradas pelo citado candidato, que só assim pôde ser Representado e cassado.

Da mesma forma, grande parte dos casos de Representação do art. 30-A tiveram como fonte de provas denúncias acerca de caixa dois ou gastos irregulares, em sua maioria de ex-colaboradores das próprias campanhas e já passado tempo razoável da eleição.

Em terceiro, a exigência de proporcionalidade entre o ato ilícito praticado e sua importância no conjunto da administração financeira da campanha torna a efetivação do art. 30-A de difícil realização. Os próprios Tribunais Regionais Eleitorais têm dificuldade em delimitar o alcance e as formas de comprovação da previsão do referido artigo.

A Lei Complementar nº 135/2010 – chamada de Lei da Ficha Limpa – só tornou a situação ainda

mais grave ao estabelecer, além da perda de registro ou diploma já prevista em Lei, inelegibilidade de oito anos para aqueles que forem condenados por arrecadação e gastos irregulares de campanha.

A delimitação do prazo de 15 dias após a diplomação para proposição da Representação do art. 30-A o tornou praticamente inaplicável.

No Direito Eleitoral, as situações de abuso de poder podem implicar cassação de registro ou diploma e imposição de inelegibilidade, mas sempre exigiram do ato abusivo praticado potencialidade suficiente para alterar a igualdade de oportunidade nas eleições. Sua caracterização é mais complexa, e, por tal razão, sua sanção é mais grave.

Com a inclusão dos ilícitos relativos à administração financeira das campanhas eleitorais no rol gravíssimo estabelecido pela Lei Complementar nº 135/2010, a tendência doutrinária e jurisprudencial é estabelecer a necessidade de potencialidade – que a Lei chama de “gravidade do ato” – para aplicação da sanção, o que desvirtua o objetivo inicial da inclusão do art. 30-A (e também do art. 41-A), que era a subtração rápida e eficaz do candidato infrator.

Por derradeiro, a delimitação do prazo de 15 dias após a diplomação para proposição da Representação do art. 30-A o tornou praticamente inaplicável. E tal fato não está vinculado à prestação de contas propriamente dita, já que para a fundamentação dos ilícitos do 30-A sequer necessitamos de desaprovação das contas, mas sim à dificuldade de comprovação das práticas ilícitas previstas no artigo.

Assim, o entendimento do TSE quanto à inexistência de prazo decadencial para propositura

2. TSE - Recurso Ordinário nº 1.596-MG - Rel. Min. Joaquim Barbosa.

da citada Representação – o prazo seria o fim do mandato – nos parece a tese mais correta, como se aplicava até a edição da Lei nº 12.034. Mesmo porque o transcurso de prazo entre a eleição e o aparecimento de indícios e provas acerca do 30-A é sempre bem mais dilatado que os míseros 15 dias de prazo previstos na Lei.

Tendo em vista tal quadro, a importância da existência de sanção para aqueles que tiverem contas de campanha desaprovadas é essencial; o receio da punição – ausência de quitação eleitoral durante o mandato ao qual concorreu – restabeleceria a relevância da prestação de contas como forma eficaz de combate ao abuso nas eleições.

No que diz respeito às finanças de campanha, a Lei Complementar nº 135/2010 traz, ainda, mais uma novidade aterradora: a sanção de inelegibilidade, também por oito anos, para as pessoas físicas e para os administradores de pessoas jurídicas que doarem ilegalmente para as campanhas eleitorais, independentemente da aplicação das punições previstas no art. 81 da Lei nº 9.504/1997.

Inicialmente, cabe ressaltar que a Lei não define o que seria doação ilegal. Seria aquela proveniente de caixa dois? Ou aquela que excedeu os limites

previstos na legislação? Ou, ainda, recebida de alguma das entidades proibidas de doar, ainda que em valor irrisório?

Não nos parece essencial a definição do que seria a doação ilegal, posto que qualquer forma que contrarie as disposições da legislação assim se enquadrará. Mas indiscutível é a necessidade de incorporação dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade na análise do caso concreto para que se aplique a sanção de inelegibilidade, que deverá ficar restrita aos casos de abuso com potencial gravoso suficiente para alterar a igualdade de oportunidades na eleição.

E nesse ponto vemos o que uma “colcha de retalhos” legal acaba ocasionando: para que se possa cassar o registro ou o diploma do candidato que arrecadou ou gastou ilegalmente na campanha eleitoral, o prazo é de 15 dias a contar da diplomação. Já para os doadores de campanha – pessoas físicas e jurídicas que doarem acima do limite previsto em lei –, o prazo para a Representação do art. 81 da Lei nº 9.504/1997 (que aplica multa pecuniária e proíbe as pessoas jurídicas de contratarem com o Poder Público) é o fim do mandato. Caberá ao TSE aparar as injustas arestas. ■

P

arlamentar que assume,
temporariamente, o cargo de Governador
pode disputar a reeleição para a
Assembleia, ainda que a substituição
ocorra nos seis meses anteriores à eleição.

Carlos Mário da Silva Velloso

Ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Professor Emérito da Universidade de Brasília (UnB) e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), em cujas Faculdades de Direito foi Professor Titular das disciplinas Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito Público. Advogado.

Sumário

1. Síntese da matéria
2. A interpretação do § 6º do art. 14 da Constituição Federal
 - 2.1 A Resolução TSE nº 21.026 e o RE nº 366.488-SP
 - 2.2 A lógica do entendimento ou a *ratio legis*
3. Conclusão

1 Síntese da matéria

A questão a perquirir é se o Deputado Presidente de Assembleia Legislativa, que exerce, em substituição temporária, o cargo de Governador, em razão de dupla vacância dos cargos de Governador e de Vice-Governador, poderia disputar a reeleição para a renovação de seu mandato de Parlamentar, ainda que essa substituição tenha ocorrido nos seis meses anteriores à eleição.

2 A interpretação do § 6º do art. 14 da Constituição Federal

A questão diz respeito à interpretação do disposto no § 6º do art. 14 da Constituição Federal (CF):

“Art. 14

§ 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.”

É dizer, os chefes dos Poderes Executivos, federal, estaduais, distritais e municipais, que desejarem concorrer a outros cargos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito.

Essa é a regra.

Primeiro que tudo, é relevante verificar que a Constituição, no citado § 6º do art. 14, refere-se a detentores de mandato de Presidente da República, Governador de Estado e do Distrito Federal e Prefeitos. É o que deflui da parte final do citado dispositivo constitucional – se quiserem concorrer a outros cargos, “devem renunciar aos respectivos mandatos (...)”. Ora, quem não tem mandato de Governador porque simplesmente está exercendo citado cargo em substituição temporária não há que renunciar ao que não tem. E, na verdade, quem apenas substitui, temporariamente, e o faz porque, sendo titular de mandato de Deputado, é Presidente da Câmara e, em tal situação, é posto, pela Constituição, como substituto temporário do Governador, até que se realize a eleição indireta, não tem mandato de Governador.

2.1 A Resolução TSE nº 21.026 e o RE nº 366.488-SP

Matéria semelhante a esta, em que a *ratio legis* é igual, foi apreciada pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

O TSE decidiu que, “havendo o Vice – reeleito ou não – sucedido o titular, poderá se candidatar à reeleição, como titular, por um único mandato subsequente” (Resolução TSE nº 21.026). O acórdão porta a seguinte ementa:

“Registro de candidatura. Vice-Governador

eleito por duas vezes consecutivas que sucede o titular no segundo mandato. Possibilidade de reeleger-se ao cargo de Governador por ser o atual mandato o primeiro como titular do Executivo Estadual” (Precedentes: Res./TSE nºs 20.889 e 21.026).

Foi interposto recurso extraordinário contra esse acórdão, que foi admitido, dado que se trata de matéria constitucional: RE nº 366.488-SP.

Os chefes dos Poderes Executivos que desejarem concorrer a outros cargos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito.

O STF, julgando o citado RE nº 366.488-SP – caso Geraldo Alckmin –, decidiu:

“(…)”

I - Vice-Governador eleito duas vezes para o cargo de Vice-Governador. No segundo mandato de Vice, sucedeu o titular, certo que, no seu primeiro mandato de Vice, teria substituído o Governador. Possibilidade de reeleger-se ao cargo de Governador, porque o exercício da titularidade do cargo dá-se mediante eleição ou por sucessão. Somente quando sucedeu o titular é que passou a exercer o seu primeiro mandato como titular do cargo.¹

“(…)”

Decidiu o STF, confirmando acórdão do TSE: i) o Vice-Governador, eleito duas vezes para o cargo de Vice-Governador, no primeiro mandato substituiu o titular; ii) no segundo mandato, sucedeu ao titular, dado que este faleceu (Governador

1. RE nº 366.488-SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 28/10/2005. Disponível em: www.stf.jus.br.

Covas); iii) somente no segundo mandato de Vice é que veio a exercer o cargo de Governador, na plenitude deste, em sucessão ao titular. Poderia, então, pleitear a reeleição para um segundo mandato de Governador. Esclareceu o Relator, no seu voto:

“(...)

Realmente, o constituinte não foi feliz no redigir o § 5º do art. 14 da CF, na utilização da expressão de ‘quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos.’”

“Havendo o Vice – reeleito ou não – sucedido o titular, poderá se candidatar à reeleição, como titular, por um único mandato subsequente.”

Isso foi bem ressaltado no Voto da Em. Ministra Ellen Gracie, Relatora do acórdão recorrido:

“(...)

No mérito, esta Corte apreciou a matéria em duas oportunidades: por ocasião do julgamento das Consultas nºs 689 e 710, Relator de ambas o Em. Ministro Fernando Neves. As consultas deram origem às Res./TSE nºs 20.889, de 9/10/2001, e 21.026, de 12/3/2002.

Ficou assentado, então, que, ‘havendo o Vice – reeleito ou não – sucedido o titular, poderá se candidatar à reeleição, como titular, por um único mandato subsequente’ (Res./TSE nº 21.026).

Conforme ressaltado pelo Em. Ministro Sepúlveda Pertence na Consulta nº 689, o preceito insculpido no art. 14, § 5º, da CF é de redação infeliz quando trata de quem ‘houver sucedido ou substituído, no curso do mandato’ o titular do Executivo.

Naquela oportunidade, ficou estabelecido que o instituto da reeleição não pode ser negado a quem só precariamente tenha substituído o titular

no curso do mandato, pois o Vice não exerce o governo em sua plenitude. A reeleição deve ser interpretada *strictu sensu*, significando eleição para o mesmo cargo. O exercício da titularidade do cargo, por sua vez, somente se dá mediante eleição ou, ainda, por sucessão, como no caso dos autos. O importante é que este seja o seu primeiro mandato como titular, como de fato o é, no caso do Sr. Geraldo Alckmin. Conforme destacado pelo Ministro Fernando Neves, ‘o fato de estar em seu segundo mandato de Vice é irrelevante, pois sua reeleição se deu como tal, isto é, ao cargo de Vice’ (CTA nº 689).

(...)

Acentua, no ponto, com propriedade, o I. Subprocurador-Geral da República, Dr. Roberto Gurgel Santos, no parecer de fls. 757/761:

‘(...)

7. O texto constitucional não proíbe a candidatura daquele que tenha substituído precariamente o titular do cargo, uma vez que o exercício pleno do mandato somente se dá por meio da eleição, e, no presente caso, o quadriênio 2003-2006 é o primeiro mandato do recorrido como Governador do Estado, não se revelando terceiro mandato consecutivo e não havendo, portanto, impedimento para o seu exercício.

8. Nesse sentido, a jurisprudência desse Eg. STF:

‘Elegibilidade: possibilidade de o Vice-Prefeito, que substitui o titular, concorrer à reeleição ao cargo de Prefeito Municipal (CF, art. 14, § 5º).

1. É certo que, na Constituição – como se afere particularmente do art. 79 –, substituição do chefe do Executivo, ‘nos seus impedimentos’, pelo respectivo Vice, é expressão que se reserva ao exercício temporário das funções do titular, isto é, sem vacância, hipótese na qual se dá ‘sucessão’.

2. No caso, assim – exercício das funções de Prefeito pelo Vice, à vista do afastamento do titular por decisão judicial liminar e, pois, sujeita à decisão definitiva da ação –, o que se teve foi substituição

e não sucessão, sendo irrelevante a indagação, a que se prendeu o acórdão recorrido, sobre o ânimo definitivo com que o Vice-Prefeito assumiu o cargo, dada a improbabilidade da volta da Prefeita ainda no curso do mandato. 3. A discussão, entretanto, é ociosa para a questionada aplicação à espécie do art. 14, § 5º, no qual, para o fim de permitir-se a reeleição, às situações dos titulares do Executivo são equiparadas não apenas a de quem ‘os houver sucedido’, mas também a de quem ‘os houver (...) substituído no curso do mandato’. 4. Certo, no contexto do dispositivo, o vocábulo reeleição é impróprio no tocante ao substituto, que jamais se fez titular do cargo, mas também o é com relação ao sucessor, que, embora tenha ascendido à titularidade dele, para ele não fora anteriormente eleito. 5. RE conhecido, mas desprovido’ (RE nº 318.494-SE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 3/9/2004 – sem grifos no original).

9. Não se verifica a alegada violação à CF, uma vez que o Vice-Governador apenas substituiu o Governador no primeiro mandato, sucedendo-lhe no mandato seguinte, em razão de seu falecimento. A sucessão não retira a elegibilidade do recorrido para o cargo de Governador no pleito de 2002, pois sua eleição não ocasionaria o exercício do cargo de titular do Executivo Estadual pela terceira vez consecutiva, sendo permitido que o Vice – reeleito ou não – que tenha sucedido o titular se candidate à reeleição, como titular, por um único mandato subsequente.

(...) (fls. 759/761).’

(...)”

2.2 A lógica do entendimento ou a *ratio legis*

A lógica dos acórdãos do STF e do TSE, ou a *ratio decidendi*, forte na *ratio* da Constituição, é isto: somente quem se investe na plenitude do cargo de Governador, por eleição ou por sucessão, é que é titular do mandato de Governador. A mera substituição não significa investir-se na

plenitude do cargo. Por isso, o TSE e o STF decidiram i) que o Vice-Governador, eleito duas vezes para o cargo de Vice, exerceu, no primeiro mandato, o cargo de Governador, em substituição; ii) no segundo mandato, sucedeu ao Governador; iii) poderia, então, candidatar-se à reeleição. É que o fato de apenas substituir o Governador, no primeiro mandato, não o fez titular do mandato de Governador. Isso somente ocorreu no seu segundo mandato, quando se investiu no cargo de Governador, por sucessão, em razão do falecimento deste.

Somente quem se investe na plenitude do cargo de Governador, por eleição ou por sucessão, é que é titular do mandato de Governador.

A mesma lógica há de ser aplicada – porque a *ratio legis* é a mesma – no caso do Deputado, Presidente da Câmara, que, em razão de dupla vacância, investe-se, em substituição, temporariamente, no cargo de Governador. E a mesma lógica aplicar-se-á, na hipótese, com maior razão, dado que o § 6º do art. 14 não menciona ou não contém a palavra **substituição**, tal como faz o § 5º, numa redação infeliz. O § 6º do art. 14, de que aqui cuidamos, dispõe que

“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.”

Dúvida não há de que a Constituição, no ponto, está se referindo aos respectivos titulares dos cargos indicados, ou aos titulares dos “respectivos mandatos”. Ora, quem está no exercício temporário do cargo de Governador, como substituto, não é titular do mandato desse cargo. É, vale

repetir, mero substituto no exercício temporário do cargo, até que ocorra a sucessão mediante eleição, que, no caso, é indireta.

Então, ao Deputado que está exercendo o cargo de Governador, em caráter de substituição temporária, em razão da dupla vacância, não seria aplicável a regra do § 6º do art. 14 da CF. É dizer, poderá ele disputar a reeleição para a Câmara, ainda que essa substituição temporária tenha ocorrido nos seis meses anteriores à eleição.

3 Conclusão

Ao Deputado, portanto, que exerce o cargo de Governador, em caráter de substituição temporária, em razão da vacância dos cargos de Governador e de Vice-Governador, não seria aplicável a regra do § 6º do art. 14 da CF. Assim, poderá ele disputar a reeleição para a Assembleia, ainda que a substituição temporária tenha ocorrido nos seis meses anteriores ao pleito. ■

Parlamentar que assume, temporariamente, o cargo de Governador pode disputar a reeleição para a Assembleia, ainda que a substituição ocorra nos seis meses anteriores à eleição.

I

nvestigação judicial eleitoral do art. 30-A da Lei nº 9.504/1997.

Celeridade e preclusão como instrumentos a serviço da
lógica da consolidação dos processos eleitorais.

**Hélio Freitas de Carvalho da
Silveira**

Advogado em São Paulo. Coordenador do Curso
de Direito Eleitoral da Sociedade Brasileira de
Direito Público (SBDP).

**Marcelo Santiago de Pádua
Andrade**

Advogado em São Paulo. Mestre em Processo
Civil pela Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo (PUC-SP).

Sumário

1. Visualização da questão
2. Estruturação do processo eleitoral em etapas
3. Necessidade de afirmação de termos finais para a propositura das ações eleitorais
4. Celeridade e preclusão como instrumentos a serviço da lógica da consolidação do pleito eleitoral
5. Da efetividade do direito de ação e a fiscalização da lisura e normalidade das eleições
6. Conclusão

Bibliografia

1 Visualização da questão

Entre o final de 2009 e o início de 2010, ganhou repercussão a cassação (decorrente da procedência em 1ª Instância de ações movidas com base no art. 30-A da Lei nº 9.504/1997) de mais de duas dezenas de vereadores de São Paulo, bem como do próprio Prefeito da Capital. Em todas essas demandas, entendeu-se no julgamento da instância originária pela ilegalidade de doações ocorridas nas campanhas eleitorais, o que resultaria na prática de captação ilícita de recursos e atrairia a incidência da sanção contida no art. 30-A, § 2º, da Lei das Eleições. E para se tanger o mérito

dessas demandas, superou-se objeção processual consistente na falta de interesse de agir decorrente do fato de que essas ações foram propostas muitos meses após a diplomação dos eleitos.¹

As teses expostas nas defesas dessas ações indicavam, em síntese, que a diplomação dos eleitos seria o marco final para o ajuizamento da ação prevista no art. 30-A da Lei nº 9.504/1997, à semelhança do que sempre se decidiu no que toca às Investigações Judiciais Eleitorais. Ainda em defesa dos vereadores e do Prefeito, diziam algumas dessas defesas que, mesmo que não se tomasse a diplomação como termo *ad quem* para a propositura da ação, não se poderia admitir o ajuizamento da ação após a fluência do prazo previsto no art. 14, § 10, da Constituição Federal (CF)/1988 (tomado por analogia), visto que a norma constitucional asseguraria a estabilidade do mandato eletivo após o decurso do prazo de 15 dias a contar da diplomação para o ajuizamento da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo.

Após a adequada tramitação de alguns desses recursos, houve manifestação do Tribunal Regional Eleitoral (TRE) sobre a matéria. A despeito

de reconhecer a legalidade das doações questionadas, não hesitou a 2ª Instância em anotar a intempestividade dessas demandas, que, a seu sentir, deveriam ser ajuizadas até o prazo de 15 dias a contar da diplomação dos eleitos (prazo este que, com o advento da Lei nº 12.034, restou positivado).²

A decisão da 2ª Instância repercutiu, de imediato, nos mais variados veículos de imprensa. Jornais, revistas, rádios e televisões passaram, então, a difundir a ideia de que o entendimento consolidado significava frouxidão no julgamento realizado pela 2ª Instância, que, servindo-se de aspectos técnicos, deixava de visualizar ilícitos eleitorais que seriam de clareza meridiana na visão do órgão acusador e impedia, por consequência, a atividade de fiscalização dos processos eleitorais que estaria a cargo dos entes legitimados para as ações eleitorais, dentre eles o Ministério Público Eleitoral.

Conforme se exporá melhor adiante, essa não foi a primeira vez que a Justiça Eleitoral, à mínima de norma positivada e expressa, estipula prazos finais para a propositura de ações eleitorais. Já agiu assim com relação às Investigações Judiciais Eleitorais, às ações tendentes a apurar a prática de condutas vedadas aos agentes públicos, bem como com relação às irregularidades ocorridas na propaganda eleitoral gratuita de rádio e televisão e na propaganda eleitoral em geral.

Também no curso do corrente ano, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) externou posição no sentido de que as demandas tendentes a apurar doações ilícitas (arts. 23 e 81 da Lei nº 9.504/1997) devem ser ajuizadas até o prazo final de 180 dias a contar da data da diplomação dos eleitos.³ E contra tal decisão igualmente difundiram os veículos de imprensa a concepção de que a Justiça Eleitoral estaria **anistiando** mais de 3.000 doadores que afrontaram os limites para doações eleitorais trazidos pelas regras de regência das eleições.^{4 e 5}

1. Apenas para ilustrar os fundamentos do MD. Juízo da 1ª Zona Eleitoral do Estado de São Paulo, menciona a sentença exarada nos Autos do Processo nº 76/2009 que, em certo instante, sobre a matéria, anota: “E não há como se reconhecer a decadência apontada pelo representado. A prevalecer tal tese estar-se-ia emprestando ao ato de diplomação, ainda que em nome da segurança jurídica, efeito jurídico imutável que não se coaduna com a interpretação sistemática que se reclama no capítulo da prestação de contas de campanha”.

2. Ilustra essa posição do TRE-SP o v. Acórdão no Recurso Eleitoral nº 34.386, Rel. Juiz Flávio Yarshell, DJ de 20/4/2010, que será melhor abordado ao longo deste trabalho.

3. Nesse sentido, o julgamento concluído pelo TSE, em 6/6/2010, no REsp nº 36552 (notícia divulgada no site do TSE: <http://agencia.tse.gov.br/sadAdmAgencia/noticiaSearch.do?acao=get&id=1301457>).

4. Em 7/5/2010, constava do site do Jornal *Folha de S. Paulo* matéria que ostentava a seguinte manchete: “Decisão do TSE abre caminho para ‘anistiar’ 3.000 doações ilegais”.

5. O entendimento do TSE dissente ligeiramente do entendimento do TRE-SP, que, para os casos de doações acima do limite estabelecido pelos arts. 23 e 81 da Lei das Eleições, entendeu pelo cabimento da ação até a data da diplomação dos eleitos (conferir, por exemplo, o Acórdão nº 169.332, Rel. Juiz Flávio Yarshell, DJ de 3/11/2009).

A despeito do sentimento de impunidade que a recente decisão judicial pode fomentar no leigo, não se pode deixar de considerar que ela encontra lastro exatamente em dois princípios que são basilares do Direito Eleitoral, a saber, a **Celeridade** e a **Preclusão**.

As práticas democráticas foram sempre alteradas e aperfeiçoadas.

2 Estruturação do processo eleitoral em etapas

A leitura de doutrina sobre a democracia indica alguma incerteza quanto ao momento de criação das práticas democráticas. Alguns autores anotam que o berço da democracia seria a Grécia ou a Roma Antiga há mais de 2.500 anos, ao passo que outros veem na democracia um fenômeno muito mais recente e cunhado nos Estados Unidos há cerca de 200 anos (DAHL, 2009, p. 18). Essa divergência justifica-se pela constatação de que a democracia não foi algo linear, concebido em momento determinado no tempo e no espaço. A democracia, quanto ao seu advento, é como o fogo, a pintura ou a escrita, vez que teria sido **inventada** mais de uma vez e em mais de um lugar (DAHL, 2009, p. 19).

Considerando essa peculiar característica, pode-se dizer com tranquilidade que as práticas democráticas, apesar de inequívocos momentos de retrocesso, foram sempre alteradas e aperfeiçoadas, num longo caminhar que nunca cessa.

Hoje, é consenso afirmar que a transformação do voto em mandatos eletivos deve ser feita por uma fórmula previamente conhecida que tenha lastro em valores como o da igualdade de oportunidade entre os candidatos e a universalidade de acesso aos cargos públicos eletivos.⁶ E para se

garantir o respeito a esses valores é que os pleitos eleitorais foram estruturados em etapas sucessivas e coordenadas entre si, tendentes a possibilitar, ao final desse processo, a livre escolha do mandatário popular.

Há, assim, estreito liame entre democracia e processo democrático, que é a conjugação de todos os atos e esforços que conduzem à eleição dos representantes populares. Não é por outra razão que Norberto Bobbio anota que o conceito substantivo de democracia não pode se afastar da

“definição de democracia como via, como método, como conjunto de regras do jogo que estabelecem como devem ser tomadas as decisões coletivas e não quais decisões coletivas devem ser tomadas” (2000, p. 426).

E nesse jogo há o momento de escolha de candidatos em convenção e os pedidos de registro de candidatura perante a Justiça Eleitoral, seguidos do período de concentração dos meios de propaganda eleitoral. Posteriormente à eleição, há a fase das prestações de contas de campanha, terminando o processo eleitoral com a diplomação dos eleitos e o escoamento dos prazos para a propositura de Recurso contra Expedição de Diploma, Ação de Impugnação de Mandato Eletivo e de Demanda que apure o ilícito do art. 30-A da Lei nº 9.504/1997.

De fato, desde o advento da Justiça Eleitoral e da concepção do primeiro Código Eleitoral (CE), fez o Legislador brasileiro uma clara opção pelo regime da celeridade e da preclusão das questões eleitorais. Apenas à guisa de ilustração, anota-se que o CE/1932 (Decreto nº 21.076) indicava que

6. Luis Virgílio Afonso da Silva, em dissertação de mestrado sobre sistemas eleitorais, serve-se de uma locução para dizer tudo o que objetivam as normas que buscam a lisura do processo eleitoral: **eleições competitivas**. Para o autor, “Eleições competitivas podem ser consideradas como um dos alicerces dos regimes democráticos contemporâneos, pois representam uma das únicas formas de participação do povo no processo decisório. Pode-se muito bem afirmar que, pela ótica da democracia liberal, onde não há eleições competitivas, não há democracia” (1999, p. 37).

os recursos contra as decisões, resoluções e despachos deveriam ser interpostos no prazo de cinco dias, o que indicava a urgência com a qual as questões relacionadas com o pleito eram tratadas. No vigente CE (Lei nº 4.737/1965), o art. 259 é indicativo claro da máxima preclusão que rege os processos eleitorais. Ademais disso, normas processuais contidas na Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997) evidenciam a celeridade que rege o Direito Eleitoral, o mesmo acontecendo com disposições que repousam na Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64/1990).

Essa preocupação com a rapidez na prestação jurisdicional das questões eleitorais não é nota peculiar do ordenamento jurídico brasileiro.

Basta uma leitura do art. 96 da Lei nº 9.504/1997 para ver que se cobra celeridade não só dos componentes dos polos ativo e passivo das ações eleitorais, mas também de todos os órgãos que devem entregar a prestação jurisdicional. Em casos de direito de resposta, por exemplo, deve a decisão ser prolatada em até 72 horas a contar do ajuizamento da demanda. Nas representações eleitorais em geral, deve o Magistrado sentenciar em até 48 horas da apresentação da defesa. Descumpridos os prazos pelo Ministério Público Eleitoral e pelos julgadores, são cabíveis providências como as indicadas no art. 96, § 10, e art. 97, ambos da Lei nº 9.504/1997.

Considerando que os debates eleitorais concentram-se no tempo e devem ser pautados pela máxima isonomia possível entre os contendores, o conjunto das regras previstas no CE e na legislação de regência das eleições denota que a adequada

prestação jurisdicional, em matéria eleitoral, vai além da extirpação da patologia que é o desrespeito às normas de conduta que pautam a atuação de partidos e candidatos e passa pela tempestiva entrega da prestação jurisdicional.

Essa, em verdade, não é uma opção exclusiva do Direito brasileiro, mas sim uma decorrência da natureza do Direito que se visa resguardar pelos preceitos primários em matéria eleitoral. Essa preocupação com a rapidez na prestação jurisdicional das questões eleitorais não é nota peculiar do ordenamento jurídico brasileiro. Os Direitos português e o espanhol, tanto quanto o brasileiro, preveem que as demandas eleitorais não podem eternizar-se.

O art. 109 da Lei Eleitoral Espanhola (Ley Orgánica nº 5/1985) prevê o recurso contencioso eleitoral cujo prazo para interposição é de três dias, havendo indicação no art. 114, inciso I, de que o seu julgamento ocorrerá até 30 dias após o pleito, não cabendo recurso de tal decisão na forma do item 2 do mesmo artigo. O art. 116 do mesmo diploma legal, indicando mais uma vez o compromisso com a celeridade e com a preclusão, normatiza que o recurso contencioso eleitoral terá urgência e preferência sobre as demais questões. Ainda nesse compromisso, indica o art. 119 que os prazos indicados pela Lei Eleitoral são sempre improrrogáveis.

Em Portugal, há o Decreto-Lei nº 319-A/1976 (de 3 de maio), que em seu art. 14 prevê o momento de apresentação das candidaturas, com previsão ainda de recurso da decisão sobre a apresentação de candidaturas, a ser interposto nas 24 horas seguintes à publicização de tal decisão. O art. 114, item 1, da referida Lei prevê também a existência de um recurso contencioso, desde que as irregularidades existentes tenham sido objeto de apreciação ou protesto no ato em que se verificaram, com julgamento em até dois dias, o que também é indicativo da lógica da preclusão dos processos eleitorais.

3 Necessidade de afirmação de termos finais para a propositura das ações eleitorais

Pode-se dizer, sem peias, que dois são os traços característicos e marcantes no processo eleitoral: **celeridade** e **preclusão** (JARDIM, 1998, p. 127).

Dizem Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra que

“Pela premência do processo eleitoral, que tem que ser todo ultimado para que o eleito tome posse no começo do ano vindouro, o Direito Eleitoral, em seus procedimentos, adotou o Princípio da Celeridade” (2009, p. 252).

E outra não é a posição de Wilson Pedro dos Anjos, que já pontuou que

“O processo eleitoral, por suas características e campo de atuação, tem de chegar rapidamente ao final da demanda, utilizando o mínimo de tempo possível para a proclamação dos candidatos eleitos e solução das controvérsias surgidas no desenrolar da campanha eleitoral. Daí a indispensabilidade da celeridade e da brevidade no âmbito eleitoral, exigidas por todos que do pleito participam. Daí o instituto da preclusão ser de aplicabilidade essencial à prática de atos processuais eleitorais, não se permitindo que o interesse e o clamor advindos de infrações às normas eleitorais sejam perdidos pelo decurso do tempo.”⁷

Certamente por isso a jurisprudência em matéria eleitoral, visando conferir efetividade ao processo eleitoral e adequá-lo aos cânones e aos princípios que o informam, foi e vem sendo renovada de forma salutar e dinâmica. De fato, é sentimento de todos os órgãos do Poder Judiciário Eleitoral que as demandas eleitorais não podem eternizar-se. Elas devem confinar-se no tempo, não se admitindo que entre os fatos questionados e a propositura da demanda haja lapso temporal injustificável. Inertes os legitimados por tempo excessivo, haverá o processo de ser julgado extinto por falta de interesse de agir.

Em conformidade com o entendimento de que a competência da Justiça Eleitoral inicia-se com as convenções partidárias e o registro de candidaturas e exaure-se com a diplomação,⁸ de longa data já se tinha como certo que, à exceção da Aime, do RCD e agora da demanda para apuração do ilícito do 30-A da Lei nº 9.504/1997 (demandas que têm a diplomação como pressuposto para o ajuizamento), as demandas eleitorais deveriam ser ajuizadas até a data da diplomação dos eleitos, sendo intempestivas as demandas aforadas após o advento daquele ato.

A jurisprudência em matéria eleitoral foi e vem sendo renovada de forma salutar e dinâmica.

Sobre a Investigação Judicial Eleitoral, reiteradas vezes anotou o TSE que a propositura da ação tem como termo final a diplomação dos eleitos.⁹ e ¹⁰ De fato, a falta de texto de lei expresso quanto ao termo final para o ajuizamento da Investigação Judicial Eleitoral não impossibilitou que o TSE, em interpretação sistemática das normas eleitorais, fixasse prazo final a fim de resguardar a segurança jurídica e dar estabilidade aos mandatos eletivos.

7. Artigo publicado em: votoonline.vilabol.uol.com.br/paper4html.

8. Tito Costa esclarece: “A competência da Justiça Eleitoral cessa com a expedição dos diplomas. A partir daí, qualquer questão relativa ao exercício do mandato tem seu deslinde confiado à Justiça Comum” (2000, p. 37).

9. Nesse sentido, as palavras do Exmo. Min. Nelson Jobim lançadas por ocasião do julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 15.263, publicado na JTSE, v. 11, n. 3, a páginas 149:

“A ação de investigação judicial prescrita no art. 22 da LC nº 64/1990 pode ser ajuizada até a data da diplomação dos candidatos eleitos” (ac nº 15.099C, de 7/5/1998, Rel. Maurício Corrêa).

10. Também do C. TSE é o v. Acórdão nº 628, de 17/12/2002, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, que deixou consignado na ementa do julgado: “A ação de investigação judicial do art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990 pode ser ajuizada até a data da diplomação”.

O TSE, no curso do processo eleitoral realizado no ano de 2002, firmou orientação no sentido de que se opera a decadência, no que tange ao direito de representar por violação às normas referentes à propaganda em rádio e televisão, no prazo de 48 horas contadas da veiculação da publicidade.¹¹ Justificou a aplicação daquele prazo, não obstante inexistir previsão legal expressa para tanto, a peculiar situação do Direito Eleitoral que não admite que as representações sejam armazenadas e estocadas como munição a serem usadas no momento em que aprouvessem aos partidos políticos. No pleito de 2006, o TSE reafirmou seu compromisso com essa orientação, tal como se infere do v. Acórdão nº 1.034, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, publicado em sessão de 31/8/2006; bem como do v. Acórdão nº 1.037, Rel. Min. Ari Pargendler, publicado em sessão de 5/9/2006.¹²

E a jurisprudência eleitoral passou a cobrar celeridade por parte dos autores das demandas não só em temas de propaganda eleitoral em rádio e televisão. Seria de se exigir celeridade também em condutas vedadas aos agentes públicos e captação ilícita de sufrágio. Com efeito, desde a questão de ordem resolvida nos autos do RO nº 748, entende-se que as representações por condutas vedadas aos

agentes públicos deveriam ser ajuizadas em prazo razoável (de início, cinco dias a contar do fato e, posteriormente, até a data das eleições, em conformidade com o decidido no REsp nº 25.935), devendo se reconhecer a falta de interesse de agir quando extrapolados os prazos fixados pela Jurisprudência deste C. TSE. Nas eleições que ocorrerão neste ano, em razão do que dispõe o art. 20, parágrafo único, da Resolução TSE nº 23.193, admite-se o ajuizamento de ação que tenha como causa de pedir a prática de condutas vedadas até a data da diplomação dos eleitos.

A democracia e o processo democrático podem ser comparados a jogos.

A mesma preocupação com a tempestividade das demandas eleitorais fez o TSE demarcar também a data das eleições como termo *ad quem* para o ajuizamento de Representações por propaganda eleitoral irregular. É o v. Acórdão exarado nos Autos de Representação nº 1.348-DF da lavra do Exmo. Min. Carlos Alberto Menezes Direito,¹³ que indica que é cabível a ação para responsabilização por ilícitos na propaganda eleitoral em geral até a data das eleições.

4 Celeridade e preclusão como instrumentos a serviço da lógica da consolidação do pleito eleitoral

Servindo-se da lição de Norberto Bobbio já transcrita neste trabalho, parece apropriado dizer que a democracia e o processo democrático podem ser comparados a jogos. Se é certo que todo jogo deve ter suas regras preestabelecidas, também é certo que ele deve ter o seu término.

No jogo da democracia, o que está em causa, em verdade, é a devida representação popular e a

11. Nesse sentido, o Acórdão do TSE na Representação nº 443, Rel. designado Sepúlveda Pertence, publicado em sessão de 19/9/2002.

12. Nesse julgado, o Exmo. Relator deixou claro que “(...) o prazo para o ajuizamento da representação por invasão de propaganda de candidato às eleições presidenciais em espaço reservado à divulgação de candidatos em pleito estadual é de 48 horas, contadas do ato impugnado.”

13. É do voto do aludido aresto que se extrai que “tenho que merecer reconhecida a circunstância da falta de interesse processual considerando que o ajuizamento da representação ocorreu muito tempo depois de anunciado o resultado da eleição. Encerrado o período da propaganda eleitoral, na minha compreensão, esgota-se a capacidade de ajuizamento da representação em torno da propaganda eleitoral. Essa orientação foi adotada pela Corte no REsp nº 25.935-SC (Rel. p/ o ac o Em. Min. César Peluzo, sessão de 2/6/2006), mencionando, ainda, precedente de que foi Relator o Em. Min. José Delgado (REsp nº 25.803-RR, sessão de 31/10/2006), alcançando o art. 73 da Lei nº 9.504/1997. Não vejo razão para solução diversa em relação ao art. 37, que também se refere à propaganda eleitoral. Acolho a preliminar apresentada pela defesa e não conheço da representação.”

legitimidade dos mandatos eletivos. E após a apresentação das candidaturas, o desenrolar dos atos de propaganda eleitoral e a votação e apuração dos votos, devem os eleitos assumir seus cargos imbuídos de tranquilidade e paz de espírito que lhes fraqueie a tomada desembaraçada de decisões administrativas.

Certamente por visualizar na **eleição** não um fim em si mesmo, mas sim um verdadeiro instrumento em favor da consolidação da democracia substantiva como forma de garantia do direito fundamental à boa administração pública (FREITAS, 2007, p. 20),¹⁴ há vozes que sempre defenderam a necessidade de se colocar termo ao processo eleitoral, evitando assim a sua perpetuação.

Daí a necessidade de se colocar a preclusão e a celeridade – as notas marcantes do processo eleitoral – a serviço da lógica da consolidação dos pleitos eleitorais. Waldir Sebastião de Nuevo Campos Júnior, sobre a questão, já anotou que

“(…) Para que se possa viabilizar condições mínimas para o efetivo exercício do mandato eletivo, em especial, no âmbito do Executivo, no desenvolvimento das ações políticas estabelecidas como de campanha eleitoral, é indispensável que o sistema político-eleitoral seja concebido e estruturado de modo a permitir, dentro do possível e razoável, a consolidação do pleito eleitoral, num ambiente mínimo de estabilidade jurídica e política”. Segue o autor consignando:

“O sistema eleitoral atual está concebido e estruturado a partir dessa lógica, pressuposto para que, consolidado o pleito, haja um mínimo de estabilidade jurídica e política, de modo a permitir, não é demais repetir, o exercício, com efetividade, dos mandatos eletivos, quer no âmbito legislativo, quer no que se refere às diversas instâncias do Poder Executivo, cuja estruturação apresenta complexidade diferenciada.”¹⁵

De fato, o sistema político-eleitoral brasileiro estruturado baseado no CE e de legislação esparsa

como a Lei nº 9.504/1997 é concebido a partir da exigência de que, ultimado o pleito e conhecidos os eleitos, os mandatários possam exercer os seus mandatos livres de embaraços. Essa opção, de modo algum, significa frouxidão nos instrumentos de controle da lisura do processo eleitoral. Há suficientes regras de Direito Material que buscam modular a atuação dos atores do processo eleitoral e confinar seus atos aos parâmetros da isonomia, moralidade e legalidade. E há, de igual modo, diversos instrumentos processuais tendentes a resguardar a isonomia que, muitas vezes, podem conduzir até mesmo ao afastamento do vencedor do certame eleitoral do exercício do mandato eletivo.

Como já anotou Flávio Luiz Yarshell ao judicar perante o TRE-SP:

“A necessidade de consolidação do pleito impõe a exigüidade dos prazos que regem o processo eleitoral. Isso não limita o acesso à Justiça e menos ainda viola a moralidade administrativa. Todas as matérias versadas nas supra-referidas demandas são relevantes, sua apuração, contudo, há de observar a lógica que preside o sistema eleitoral. No limite do confronto entre o escopo jurídico da jurisdição – de atuação da vontade concreta da lei – e de seu escopo social – a opção do Legislador, sem obstar o controle jurisdicional, foi em prol do segundo.”¹⁶

Não se pode perder de mira que, consideradas as peculiaridades da Justiça Eleitoral – criada para gerir as eleições guiadas pelo Princípio da

14. Nesse ponto da obra citada, define o autor o direito fundamental ora examinado:

“(…) trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional e cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.”

15. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-out-01/irregularidade-campanha-nao-compromete-ele...>

16. ac TRE-SP no Recurso Eleitoral nº 34.386, (38581-40 2009 6 0001), DJ de 20/4/2010.

Isonomia –, não se justifica a existência de uma demanda ajuizada, muito após o término das eleições com o fim exclusivo de se impor uma sanção que já não traz benefícios ao corpo social e somente contribui para manter em níveis elevados os antagonismos de cada pleito.

Em acórdão do TRE-SP¹⁷ no qual se examinou o prazo final para o ajuizamento de demandas voltadas apenas a doações realizadas em violação aos limites trazidos pelos arts. 23 e 81 da Lei nº 9.504/1997, lembrou-se da lição de Cândido Rangel Dinamarco (1997, p. 405), que indica que o interesse processual deve ser legítimo, considerando-se nesse juízo razões de ordem pública e o custo social do processo, indicando-se que deve haver uma “coincidência entre o interesse do Estado e do demandante”. É dizer, para que haja interesse legítimo, deve o processo gerar o benefício que adviria do provimento jurisdicional demandado e, ainda, trazer vantagens ao Estado na sua tarefa de promover, através da jurisdição, a pacificação social.

Considerando que a finalidade da Justiça Eleitoral não é arrecadar valores em razão da aplicação pura e simples de multas, mas sim possibilitar que pleitos justos e legítimos ocorram em fortalecimento do Estado Democrático de Direito, é adequado que, com o advento da diplomação dos eleitos, cessem as demandas de competência da Justiça Eleitoral exatamente para que a pacificação social seja alcançada.

É somente com a lógica da consolidação do pleito (que se serve da celeridade e da máxima preclusão) que os vencedores passam a exercer seus mandatos, e os derrotados passam a integrar as fileiras da oposição, exercendo também a missão que a urna lhes confiou, qual seja, a de fiscalizar o vencedor.

5 Da efetividade do direito de ação e a fiscalização da lisura e normalidade das eleições

De fato, o ponto central da crítica daqueles que se voltam contra a fixação de prazos para o exercício do direito de ação nas questões eleitorais (especialmente no que toca ao ilícito do art. 30-A da Lei das Eleições) diz respeito à lesão ao direito de ação e à violação ao poder-dever de se fiscalizar os atores do processo eleitoral. E na formulação de tal ponto de vista, certamente foi de capital importância o teor do Acórdão TSE nº 1.540, que, numa leitura apressada e sem considerar as manifestações orais dos Ministros, poderia indicar a possibilidade de se ajuizar a ação de que se ocupa da captação ilícita de recursos até o término do mandato eletivo.

Contudo, a limitação trazida pelo art. 30-A, § 2º, da Lei nº 9.504/1997 não viola o direito de ação nem tampouco significa impossibilidade de se fiscalizar adequadamente os processos de escolha dos mandatários populares.

Necessário consignar que, desde a retomada da Democracia Brasileira, empenhou-se o Legislador constitucional e infraconstitucional em criar um rico sistema processual de controle da lisura e da normalidade das eleições. O antigo Recurso contra Expedição de Diploma ganhou a companhia da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, sobrevivendo ainda ações como a Investigação Judicial Eleitoral e demandas tendentes a apurar a prática do ilícito de captação ilícita de sufrágio (art. 41-A da Lei nº 9.504/1997), de condutas vedadas aos agentes públicos (art. 73 da Lei nº 9.504/1997) e, mais recentemente, de captação ilícita de recursos e gastos eleitorais (art. 30-A da Lei nº 9.504/1997). E para se dar concretude a esse leque de demandas e possibilitar efetiva fiscalização das eleições, optou o Legislador eleitoral por conferir legitimidade ativa a vários colegitimados.

Essa distribuição de legitimidade ativa a vários entes, em verdade, é uma das contrapartidas ofertadas pelo Legislador eleitoral à lógica da consumação dos pleitos eleitorais. Se é verdade que as peculiaridades do sistema eleitoral exigem que se

17. ac TRE-SP nº 169.332, Rel. Flávio Luiz Yarshell, DJ de 3/11/2009.

provejam os mandatários da segurança necessária ao bom exercício do *munus* público para os quais eleitos através da adoção de um sistema altamente preclusivo, é necessário que se confira a possibilidade de fiscalização da lisura e da normalidade das eleições a um rol mais extenso de atores.

Sempre comprometido com a defesa do interesse público na forma do art. 129 da CF/1988, o Ministério Público em geral ganhou musculatura com o advento da vigente ordem constitucional, passando a ostentar, nos termos de sua lei orgânica, consideráveis poderes de investigação, que, bem exercidos, podem conduzir à elucidação de ilícitos eleitorais de diversas estirpes. O Ministério Público Eleitoral, em especial, tem capilaridade e estrutura para defender a contento o legítimo interesse público e, no cenário eleitoral, não deixaria de buscar a atuação do Estado-Juiz diante de hipóteses de abuso de poder em sentido lato.

Ainda que por qualquer razão possa haver a inação do Ministério Público, deve-se considerar que todos os atores do processo eleitoral exercem fiscalização e controle uns sobre os outros. De fato, é o olhar daquele que também é destinatário do Princípio da Igualdade de Oportunidades um considerável parâmetro para a atuação da Justiça Eleitoral. O candidato, partido ou coligação porventura prejudicados por atos violadores dos preceitos contidos nas normas de regência das eleições certamente levam suas razões ao Poder Judiciário Eleitoral, o que, somado à legitimação ativa do Ministério Público, deixa evidente que o rol de legitimados é suficiente para se possibilitar que os descumprimentos à Lei Eleitoral sejam submetidos ao exame da Justiça Eleitoral a tempo e modo.

Se o rol de legitimados faz presumir a efetiva fiscalização dos processos eleitorais a despeito da celeridade da preclusão máxima, os mecanismos e procedimentos exigidos pela lei tampouco deixam dúvidas sobre a possibilidade de ampla fiscalização e do adequado exercício do direito de ação.

Nos julgamentos realizados pelo TRE-SP, a Procuradoria Regional Eleitoral alegou a inconstitucionalidade do art. 30-A da Lei nº 9.504/1997 no que toca à fixação do prazo de 15 dias a contar da diplomação dos eleitos para a propositura da ação. Anotava o *Parquet* que o prazo de 15 dias a contar da diplomação seria insuficiente na medida em que exíguo em demasia para que o Ministério Público (e os demais colegitimados) analisassem documentos, promovessem diligências e ajuizassem a demanda de modo consistente.

O Ministério Público ganhou musculatura com o advento da vigente ordem constitucional.

Todavia, o raciocínio peca por considerar que seria no momento da diplomação que teriam acesso os colegitimados às informações necessárias à propositura da ação prevista no art. 30-A da Lei nº 9.504/1997.

É bem verdade que as resoluções do TSE sobre prestação de contas admitem excepcionalmente a arrecadação de recursos após as eleições. Contudo, não se pode olvidar que as regras sobre prestação de contas impõem que os processos dos candidatos eleitos devem ser apreciados, invariavelmente, até oito dias antes da diplomação. A norma regulamentar ainda veda a diplomação do candidato que não tenha tido suas contas julgadas.

Assim, não persiste o argumento de que algum candidato poderia postergar a apresentação de suas contas para frustrar a fiscalização quanto à incidência do art. 30-A da Lei das Eleições. Não é ocioso lembrar que o art. 27, *caput* e § 1º, da Resolução TSE nº 22.715 marca prazo para a prestação de contas, contendo ainda o Judiciário, em virtude do que consta do art. 27, § 4º, da Resolução já indicada, poderes para obrigar o candidato a prestar suas contas.

Nesse contexto, impossível que um candidato seja diplomado sem ter suas contas apreciadas pela Justiça Eleitoral. E enquanto não diplomado, viável é o uso da IJE do art. 30-A da Lei nº 9.504/1997.

Ademais disso, é importante se ter em mente que as contas de campanha são prestadas até 30 dias a contar das eleições¹⁸ e devem estar julgadas as contas dos eleitos até o prazo máximo de oito dias antes da diplomação dos eleitos.¹⁹ Ademais, antes que ocorra o julgamento das contas, o Ministério Público Eleitoral deve ter tido vistas dos autos para exarção de seu parecer,²⁰ oportunidade em que tem acesso à realidade das contas e pode examinar a necessidade de adotar as providências previstas no art. 30-A da Lei das Eleições.

Os demais colegitimados, em razão da publicidade ampla das contas de campanha, têm acesso irrestrito aos autos e podem amealhar informações necessárias ao eventual ajuizamento de ação voltada a responsabilizar o eleito pela infração ao art. 30-A da Lei nº 9.504/1997.

Assim, não é verdadeira a premissa de que a colheita de informações e a propositura da ação hão de se dar num prazo exíguo de 15 dias (no qual há os feriados de fim de ano). Em verdade, se as prestações de contas ocorrem até 30 dias após as eleições (que têm seus dois turnos realizados, impreteri-

velmente, no mês de outubro por força de norma constitucional), parece certo que jamais haverá prazo inferior a 45 dias para que os colegitimados proponham a ação eleitoral ora discutida.

De fato, não se pode negar que o Legislador eleitoral, no estado de tensão entre a fiscalização dos pleitos e a lógica da consumação dos pleitos eleitorais, fez a sua opção por esta última, servindo-se para tanto da celeridade e da preclusão. Contudo, a opção não significou, em instante algum, afronta ao direito de ação ou frouxidão dos mecanismos de fiscalização da lisura das eleições.

Esses mecanismos de controle jurisdicional da legalidade e da legitimidade das eleições existem e são colocados à disposição de um rol relativamente extenso de pessoas que, no entanto, deverão convergir seus esforços para que promovam todos os questionamentos até a consumação do prazo de 15 dias a fluir da diplomação prevista no art. 30-A da Lei nº 9.504/1997 e no art. 14, § 10, da CF/1988.

6 Conclusão

A Celeridade e a Preclusão são Princípios basilares do Direito Eleitoral destinados a garantir a consolidação dos pleitos, sem a eternização das disputas, permitindo a estabilidade dos mandatos eletivos. Tais princípios não inviabilizam os instrumentos de controle do processo eleitoral nem significam frouxidão na fiscalização dos pleitos, tendo em vista o conjunto de ações eleitorais à disposição dos legitimados no processo eleitoral, bem como a existência de prazos temporais razoáveis para exame das questões e proposições das demandas eleitorais. ■

18. É o que se infere do art. 29, incisos III e IV, da Lei nº 9.504/1997.

19. Conferir, a esse propósito, o art. 30, § 1º, da Lei nº 9.504/1997.

20. A abertura de vistas ao MPE é prevista no art. 37 da Resolução TSE nº 23.217. Nessa abertura de vistas, e conforme estabelece a resolução de regência da matéria, já constará dos autos parecer conclusivo do setor de contas, o que facilita a fiscalização a fim de franquear o ajuizamento da demanda prevista no art. 30-A da Lei nº 9.504/1997.

Bibliografia

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campos, 2000.

COSTA, Tito. *Recursos em Matéria Eleitoral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. trad. Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. São Paulo: Malheiros, 1997.

FREITAS, Juarez. *Discrecionabilidade administrativa e o direito*

fundamental à boa administração pública. São Paulo: Malheiros, 2007.

JARDIM, Torquato. *Direito Eleitoral Positivo*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Sistemas Eleitorais: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1999.

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

B

reves anotações sobre o excesso de doações de recursos para campanhas eleitorais.

Fernando Neves da Silva

Advogado. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Eleitoral (Ibrade). Ministro do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) de 1997 a 2004.

Ponto nevrálgico das campanhas eleitorais, seu financiamento sempre foi – e certamente sempre será – objeto de debates; seja para definir novas formas, seja para aperfeiçoar os mecanismos de controle dos recursos para elas arrecadados e nelas utilizados.

Comissão instituída no fim do ano de 2004, pelo então Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), o notável Ministro Carlos Mário Velloso, deteve-se sobre o assunto e apresentou diversas sugestões.

Uma das ideias então debatidas foi adotada pela Secretaria de Receita Federal, que introduziu, nos formulários de informações àquele órgão, um campo específico para os contribuintes indicarem valores doados a partidos políticos e a seus candidatos. Buscou-se, com isso, fornecer meios à própria Receita para aferir se os limites estabelecidos nos arts. 23, § 1º, e 81, § 1º, da Lei nº 9.504, de 1997, estavam efetivamente sendo respeitados.

Em paralelo, o TSE firmou com a Secretaria da Receita Federal um convênio para o controle desses mesmos limites. Em razão do acordo, após consolidar todas as doações declaradas à Justiça Eleitoral, os totais, por contribuinte, são comunicados à Receita, que, em seguida, efetua as conferências devidas, relacionando quais doadores

podem ter extrapolado os limites legais, o que é feito com base nas informações relativas aos exercícios fiscais anteriores ao do ano da eleição.

O Ministério Público Eleitoral pode apenas indagar à Receita Federal se determinada pessoa física ou empresa ultrapassou o limite fixado na legislação eleitoral.

Recebendo a relação dos contribuintes que, nas eleições de 2006, teriam doado acima dos limites previstos, deu-se que o Ministério Público Eleitoral, em vez de requerer judicialmente acesso aos números pertinentes aos rendimentos brutos das pessoas físicas que destinaram recursos para campanhas eleitorais ou, no caso de pessoas jurídicas, ao faturamento bruto delas, optou por requisitar tais informações diretamente à Receita Federal e, com base nelas, iniciar procedimentos contra os referidos doadores, buscando impor-lhes elevadas multas e, em alguns casos, a proibição de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com o Poder Público pelo período de cinco anos, sanção de questionável constitucionalidade, na medida em que parece não ser razoável, nem respeitar o Princípio da Proporcionalidade.

Evidentemente tais pessoas, logo que citadas, arguiram a ilicitude da prova, na medida em que o Ministério Público Eleitoral utilizou-se de informações protegidas pelo sigilo fiscal sem a necessária autorização judicial.

Após inúmeros julgados de Tribunais Regionais reconhecendo a ilicitude do procedimento do Ministério Público, a questão chegou ao TSE, merecendo, de imediato, decisões monocráticas (entre outras, cabe destacar a do Em. Ministro Ricardo Lewandowski, atual Presidente da Corte,

no Recurso Especial Eleitoral nº 28.362, publicada no Diário da Justiça eletrônico em 5/8/2009), reafirmando a inviabilidade de o *Parquet* Eleitoral obter, direta e independentemente de autorização judicial, informações protegidas pelo sigilo fiscal e, com base nelas, iniciar ações buscando a imposição de elevadas e graves sanções.

Depois de intensos debates, o Tribunal, ao julgar o Recurso Especial Eleitoral nº 28.756, de Goiás, reconheceu que o Ministério Público Eleitoral não pode requisitar diretamente à Secretaria da Receita Federal informação sobre o valor do faturamento de empresa para demonstrar que ela não respeitou o limite previsto na Lei das Eleições.

Conforme imediatamente divulgado pela assessoria de imprensa do TSE, para a doughty maioria formada por ocasião do julgamento e na linha da proposta apresentada pela Em. Ministra Cármen Lúcia, o Ministério Público Eleitoral pode apenas indagar à Receita Federal se determinada pessoa física ou empresa, em razão das doações que fez, ultrapassou o limite fixado na legislação eleitoral. E, se a resposta for positiva, deve pedir autorização judicial para obter, com a mesma Receita, informações sobre rendimentos ou faturamento bruto.

Entretanto, considerando o convênio firmado entre o TSE e a Secretaria da Receita Federal, essa etapa preparatória pode ser desnecessária, na medida em que tal informação, ou seja, a de que determinado contribuinte não respeitou o limite estabelecido pela legislação em vigor, é fornecida automaticamente pela Secretaria da Receita Federal ao TSE, que a compartilha com o Ministério Público especializado.

De qualquer forma, o que vale destacar é que, se o Ministério Público resolver tomar a iniciativa de pleitear, em Juízo, a imposição de sanções por excesso de doação, deve ter o cuidado de pedir autorização judicial para afastar o sigilo que protege as informações encaminhadas à Receita Federal pelos contribuintes.

Como muito bem registrado na decisão

monocrática referida linhas acima, “embora o sigilo fiscal e bancário não sejam direito absoluto, exige-se, mesmo em defesa do interesse público, a requisição ao Juízo competente” (REsp Eleitoral nº 28.362).

Entendo não ser correta a afirmação de que quem resolve doar a um candidato admite, também, abrir mão de seu sigilo.

Essa garantia assume maior vulto e importância quando diz respeito a doador pessoa física, que não pode ter sua intimidade invadida nem violada pelo simples fato de haver resolvido contribuir para o financiamento de uma campanha eleitoral.

Com o devido respeito a quem pensa diferente, entendo não ser correta a afirmação de que quem resolve doar a um candidato admite, também, abrir mão de seu sigilo.

A meu ver, são coisas diferentes, que merecem tratamentos diferentes. Participar, como financiador, de campanhas eleitorais é direito de todo cidadão e também das empresas, observadas as condições e os limites legais. Outra coisa é a garantia à manutenção do sigilo de dados fiscais protegidos, que, ainda que relativa, só pode ser afastada por autorização judicial.

Além disso, a prevalência de tal posição poderia acabar por desestimular doações para as campanhas eleitorais, atitude que, desde que adotada de acordo com a lei e com completa transparência, contribui sobremaneira para o aperfeiçoamento do processo democrático e para a divisão das responsabilidades, pela desconcentração da origem dos recursos.

Consequentemente, por mais nobres que possam ser as intenções dos ilustres membros do Ministério Público, eles não têm o direito de requisitar diretamente à Administração Pública informações protegidas, cujo conhecimento por

terceiros é condicionado à obtenção de autorização judicial. Ter Poder não é tudo poder.

Constatada a ilicitude da prova que deu início ao procedimento judicial intentado pelo *Parquet*, aquele se encontra ferido de morte, pouco importando que o acusado tenha, no exercício de seu sagrado direito de defesa, trazido aos autos informações sobre seus rendimentos ou faturamento.

Isso porque há de se aplicar, sem dúvida, a teoria dos frutos da árvore envenenada, segundo a qual a ilicitude da prova original contamina as demais, produzidas em sequência e por consequência daquela primeira.

Desse modo, irrelevante que algum acusado, em sua defesa, tenha aceitado ou reconhecido os números indicados pelo Ministério Público, pois é direito seu apresentar a defesa mais ampla possível, explorando todas as vertentes admissíveis.

Sobre a aferição dos limites de doações de pessoas jurídicas, interessante abordagem do tema foi realizada pelo Eg. Tribunal Regional Eleitoral do Amazonas, por ocasião do julgamento da Representação nº 57, de 2009 (Acórdão nº 137/2010). Para o Juiz Federal Márcio Luiz Coelho de Souza, cujo voto prevaleceu, faturamento bruto não se confunde com receita bruta, que é o resultado comumente solicitado e fornecido pela Receita.

Assim, o Ilustre Magistrado teve por insuficientes, naquele caso, as informações relativas aos rendimentos da representada, tendo em vista a posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 357.950-RS, 358.273-RS, 390.840-MG e 346.084-PR, no sentido da inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo das contribuições destinadas ao PIS e à Cofins, uma vez que faturamento é receita que decorre apenas da venda de mercadorias e serviços, não incluídas as receitas de natureza diversa.

Portanto, caso venha a prevalecer a distinção proposta, não será suficiente apenas apontar o resultado final dos balanços, mas ter-se-á de adentrar no exame dos números e das rubricas, a fim de apurar, com

exatidão, o resultado das vendas e dos serviços, ou de ambos, de modo a identificar o faturamento.

Entretanto, sem deixar de reconhecer a excelência da distinção sob a ótica do Direito Tributário, considero que, para fins de aferição de limites de doações por pessoa jurídica, toda e qualquer receita deve ser considerada, pois sem dúvida essa é a interpretação que melhor atende à finalidade da Lei Eleitoral.

Outra importante decisão do Eg. TSE relacionada com a questão da apuração e da punição de excesso de doações para campanha eleitoral foi tomada por ocasião do julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 36.552, de São Paulo, quando foi definido o prazo para ajuizamento da representação do Ministério Público.

Ante a constatação de que a legislação de regência não estipulava prazo certo para tal ação, a Corte, a exemplo do que definiu também em relação a situações assemelhadas e realçando a necessidade de se dar eficácia aos Princípios da Segurança Jurídica e da Razoabilidade, acatou a proposta do Eminentíssimo e atento Ministro Marcelo Ribeiro e decidiu privilegiar, por analogia, o termo final para os candidatos e os partidos conservarem a documentação concernente a suas contas: 180 dias após a diplomação.¹

Com isso, deu-se tratamento isonômico para doador e beneficiário, pois, desde que o beneficiário da doação só está obrigado a conservar a documentação pertinente a suas contas de campanha até 180 dias após a diplomação, o mesmo prazo foi considerado para eventual questionamento da doação, inclusive quando se suspeita ou se alega que ela possa ter sido feita em quantia superior ao limite estabelecido pela Lei das Eleições.

E não se imagine que a fixação desse prazo pode prejudicar o controle da observância dos limites das doações, nem impedir a cobrança de multas ou imposição de sanções, se justas e pertinentes.

Observe-se, de início, que o prazo de 180 dias a partir da diplomação (que é o ato que encerra o chamado microperíodo eleitoral), na verdade, é

bastante dilatado quando se tem em conta que a questão diz respeito a procedimento pertinente ao Direito Eleitoral, seara em que os prazos normalmente são fixados em três dias, e a ação rescisória tem de ser ajuizada no prazo máximo de 120 dias.

Além disso, é de se ter presente que a Justiça Eleitoral recebe, antes da diplomação, todas as informações dos candidatos acerca das doações por eles recebidas e tem plenas condições de automaticamente agrupar as doações pelo número do CPF e/ou do CNPJ do doador.

Obtidos esses totais, eles ficam disponíveis para os interessados, inclusive para o Ministério Público Eleitoral, que poderá, então, aguardar a conferência a ser feita pela Receita Federal em razão do convênio já mencionado, pedir informações sobre eventual extrapolação do limite legal à própria Receita ou, desde logo, requerer, ao Poder Judiciário, autorização para ter acesso aos dados protegidos, pertinentes a rendimentos ou faturamento no ano anterior ao da eleição.

A informatização dos sistemas utilizados pela Justiça Eleitoral, bem como dos sistemas utilizados pela Receita Federal, permite, sem dificuldade, que todas essas etapas sejam vencidas em curto espaço de tempo.

Portanto, plenamente satisfatório o prazo estabelecido, que assume relevante significado ante a necessidade de se concluir o processo eleitoral e assegurar que os mandatos obtidos sejam exercidos de forma definitiva e segura, o que só ocorre quando restam firmemente consolidadas as relações jurídicas que envolvem os diversos atores, principais ou secundários, do evento eleitoral.

A segurança jurídica, assim como a total transparência das circunstâncias e das etapas percorridas para a obtenção do mandato popular, constitui elemento fundamental de qualquer Nação que pretenda ser respeitada como legítima, desenvolvida e democrática. ■

1. Art. 32 da Lei nº 9.504, de 1997.

S

ubstituição de candidato às vésperas da eleição: reflexões a propósito do art. 13 da Lei nº 9.504/1997.

Flávio Luiz Yarshell

Advogado em São Paulo e em Brasília. Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Juiz efetivo do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (TRE-SP) no biênio 2008-2010.

Tema que merece reflexão diz com a possibilidade estatuída pelo art. 13 da Lei das Eleições, segundo o qual é facultado ao partido ou à coligação substituir candidato reputado inelegível, que renunciar ou que falecer ou, ainda, que tiver seu registro indeferido ou cancelado. Assegura-se, dessa forma, que as agremiações preservem sua participação na disputa diante de eventos relacionados com os candidatos que as integram.

Há quem, com bons argumentos, ponha em dúvida a constitucionalidade do dispositivo legal, uma vez que, embora a possibilidade de substituição seja legítima, a ausência de prazo para que esta última se consuma não seria compatível com o sistema constitucional vigente e, em particular, com o princípio inscrito no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal.

Nessa linha de raciocínio, a substituição às vésperas do pleito prejudicaria o conhecimento do candidato pelo eleitorado porque não haveria condições para que os eleitores soubessem que estão dando o voto a uma pessoa, mas que este será revertido a outra. Além disso, não prevaleceria o argumento de que as candidaturas seriam apenas partidárias porque, na verdade, os eleitores teriam direito a conhecer o perfil dos candidatos. Seria

preciso fixar um prazo razoável de antecedência, como forma de se dar interpretação conforme a CF.¹

A questão foi enfrentada pelo Tribunal Regional Eleitoral (TRE)² e, por votação unânime, foi descartada a supracogitada inconstitucionalidade. Do voto condutor, extrai-se, a respeito, não ser possível o controle difuso de inconstitucionalidade por omissão, só viável no âmbito do controle concentrado. Além disso, também se ponderou não ser possível a preconizada interpretação conforme, tendo em vista que o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), quando apreciou a Consulta nº 1533-DF, entendeu que o pedido de substituição pode ser feito a qualquer tempo antes da eleição, desde que preservado o prazo previsto no § 1º do citado art. 13.

Embora pessoalmente concorde com a conclusão, vejo o fenômeno de forma parcialmente diversa.

A princípio, não se trata exatamente de declarar inconstitucionalidade por omissão em controle incidental. Trata-se de dar ao disposto no art. 13 da Lei nº 9.504/1997 interpretação conforme a CF, especificamente quando garante que o poder emana do povo e que, por isso, é fundamental que o eleitorado tenha condições de conhecer quem efetivamente está envolvido na disputa. Não se trata, portanto, de dizer que o art. 13 é inconstitucional porque não prevê prazo para a substituição – a qual, dessa forma, poderia ocorrer a qualquer momento antes das eleições. Trata-se de aplicar o art. 13 de tal sorte que a antecedência da substituição seja compatível com a garantia de que o eleitorado tenha prévio conhecimento da substituição. E isso, a meu ver, pode e deve ser feito em cada caso concreto, de tal sorte que, pelas peculiaridades de cada caso, será possível determinar se o lapso decorrido entre a substituição e as eleições foi suficiente para garantir que o resultado efetivamente traduza a vontade popular.

Vista a questão sob esse ângulo, fica claro que não se trata propriamente de controle difuso por omissão

e, mais do que isso, constata-se não ser mesmo possível estabelecer, de forma geral e abstrata, um lapso de tempo entre a substituição e o pleito.

Não é o caso de se afirmar a inconstitucionalidade por omissão do art. 13 da Lei nº 9.504/1997, por não prever prazo de antecedência mínima para a substituição do registro de candidatura.

Com efeito, não pode o Poder Judiciário, a pretexto de omissão da lei, dizer, com pretensão de generalidade e de abstração, que razoável seria o prazo de dez dias porque, nesse caso, estaria legislando por vias oblíquas. Isso, para além de extrapolar os limites da atividade judicante, geraria o sério risco de se enveredar para o arbítrio: por que não, para argumentar, partir-se de uma regra geral (que se pretende abstrata e válida para todos os casos) de cinco, de oito, de 12 ou de 15 dias?

A esse respeito, é forçoso convir que, dentro das especificidades do ordenamento jurídico eleitoral brasileiro, poderia o Judiciário regular a espécie, fixando eventual prazo para o pedido de substituição, como, no passado, já havia feito a Resolução TSE nº 22759/2007 e, antes dela, haviam feito as Resoluções TSE nº 20993 e nº 21608, ambas lembradas no Acórdão do TSE nº 25568-SP.

Então, não se afigura exato dizer que o Poder Judiciário, por seu órgão de cúpula, não possa

1. Para ilustrar e melhor dimensionar o que está no texto, registre-se que, nos autos do Recurso Eleitoral nº 32237, perante o TRE-SP, a Procuradoria Regional Eleitoral sustentou, com base nos argumentos resumidos no texto, que devesse ser esse prazo de dez dias. O texto que segue reproduz, na essência e às vezes literalmente, voto proferido nos referidos autos, relativamente à questão.

2. Recurso Eleitoral nº 32.148, de que foi relator o Des. Walter de Almeida Guilherme.

fixar – de forma geral e abstrata – um prazo para a substituição diante da falta de previsão expressa em dado sentido da Lei nº 9.504/1997. Tanto isso é possível que, no passado, um prazo já foi estabelecido de forma geral e abstrata e, como tal, vigorou. Isso foi recentemente reconhecido pelo C. TSE no já citado Acórdão nº 25568-SP, no qual um dos Ministros fez comentário sobre eventual necessidade de modificação da Resolução sobre o tema, dizendo lembrar-se de que “talvez tenhamos colocado esse prazo” (isto é, o prazo de antecedência no caso de candidato a pleito majoritário).³

Aliás, não se pode deixar de observar que a previsão de um prazo, pelo TSE, para a substituição parece não apenas ser possível como desejável, proporcionando maior coerência com a campanha empreendida em cada pleito, pela qual se conclama o eleitor a conhecer adequadamente seus candidatos. Contudo, fato é que disciplina de tal ordem – com nota de generalidade e abstração – só está mesmo ao alcance do Legislador ou do C. TSE, mas não da Corte Regional.

É certo que o TSE, nos autos da Consulta nº 1533-DF, teve a oportunidade de estabelecer um prazo para assegurar certa antecedência do pedido de substituição. Podendo fazê-lo, não o fez. Mas o reconhecimento dessa circunstância apenas reafirma que não há – embora pudesse haver – uma norma estabelecida pelo TSE sobre a antecedência da substituição. O reconhecimento de que aquela Corte Superior não regulou a matéria em termos gerais e abstratos não afasta a

possibilidade de que, em cada caso concreto, as Cortes Regionais verifiquem se, nas circunstâncias de cada localidade, a antecedência do registro permitiu que o eleitorado tomasse conhecimento da substituição. Assim, controla-se em cada caso se o eleitorado foi ludibriado, de sorte a se preservar o princípio fundamental inscrito no art. 1º, § 1º, da CF.

Disso tudo, extrai-se a seguinte conclusão: não é preciso e não é o caso de se afirmar a inconstitucionalidade por omissão do art. 13 da Lei nº 9.504/1997, por não prever prazo de antecedência mínima para a substituição do registro de candidatura, relativamente à data do pleito. Contudo, é possível e é preciso, em cada caso concreto, verificar se o lapso decorrido entre a substituição e o pleito preservou o princípio constitucional já referido. Vale dizer: a ausência de prazo não é, por si só, inconstitucional. O que pode ser inconstitucional é, em cada caso, a impossibilidade de o prazo verificado propiciar adequado conhecimento à população e, portanto, assegurar a legitimidade das eleições.

Esse quadro não se alterou com o advento da Lei nº 12.034/2009. Referido diploma, nesse particular, limitou-se a dar nova redação ao § 1º do art. 13 da Lei nº 9.504/1997, para explicitar que o prazo de dez dias – limite máximo para o requerimento de substituição, e não mínimo de antecedência do ato – deve ser contado, em se tratando de fato resultante de decisão judicial, da respectiva intimação (“notificação”). Perdeu-se a oportunidade de regulação da matéria. Contudo, tanto a possibilidade de regulamentação pelo TSE quanto o controle de constitucionalidade da norma, em cada caso concreto, conforme aqui defendido, subsistem. ■

3. Embora, forçoso anotar, tenha o Ministro Arnaldo Versiani observado, então, que a seu ver não haveria margem para fixar o prazo de 24 horas porque não haveria previsão legal de prazo.

Nulidade do voto no Direito Eleitoral.

Leandro de Oliveira Stoco

Advogado em Ribeirão Preto-SP. Especialista em Direito Eleitoral. Coautor da obra *Legislação Eleitoral Interpretada* (Ed. RT).

Rui Stoco

Desembargador no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Pós-graduando em Direito Processual. Membro da Comissão de Reforma do Código de Processo Penal (CPP). Coautor da obra *Legislação Eleitoral Interpretada* (Ed. RT).

Sumário

1. Considerações gerais
 2. Nulidade do art. 220 do Código Eleitoral
 3. Nulidade do art. 221 do Código Eleitoral
 4. Nulidade dos votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados
 5. Nulidade da votação em decorrência de ilícitos eleitorais
 6. Considerações finais de ilícitos eleitorais
- Bibliografia

1 Considerações gerais

No Direito Eleitoral, as disposições legais a respeito da nulidade da votação estão todas contidas no Código Eleitoral (CE). Por outro lado, quando cotejadas com outras de Direito Material e Adjetivo, previstas nos demais diplomas desse ramo do Direito, muitas vezes se revelam de difícil aplicação, o que leva a divergências tanto no campo doutrinário como no jurisprudencial, notadamente no que respeita a fatos e circunstâncias que envolvem a investigação judicial eleitoral e a ação de impugnação de mandato eletivo. E devemos reconhecer que, de fato, encontrar uma solução para as questões que essa matéria suscita é difícil tarefa, tendo em vista a miscelânea de dispositivos legais e princípios de Direito que devem ser considerados para tal mister, bem como a falta de uma sistemática adequada da legislação eleitoral nesse aspecto.

Entretanto, antes de adentrarmos nas questões que provocam maiores controvérsias, faz-se relevante tecermos algumas breves considerações a respeito dos princípios gerais que regem a nulidade dos votos no Direito Eleitoral.

Na seara eleitoral, os casos concretos devem ser considerados à luz do interesse público.

Importante ressaltar, preliminarmente, que **não se deve confundir nulidade de votos com nulidade de votação**. No primeiro caso, considerar-se-á o voto isoladamente, ao passo que, no segundo, a universalidade deles. Não obstante, para efeito dos comentários aqui lançados, utilizaremos as expressões “voto” e “votação” indistintamente e de forma genérica.

Vale lembrar, de início, que, na seara eleitoral, os casos concretos devem ser considerados à luz do interesse público. A isso se soma a presunção de legitimidade da votação, corolário daquela particularidade. Tais circunstâncias, por consequência, revelam a necessidade de harmonizar os princípios gerais do Direito Eleitoral com as suas disposições a respeito das nulidades.

Embora despido de uma sistemática mais aguçada, o CE traz a clássica distinção entre nulidade absoluta e relativa. Ocorre que os elementos caracterizadores dessas categorias de nulidade distinguem-se dos demais ramos do Direito. A título de exemplo, podemos citar o que ocorre com as nulidades relativas, pois para o Direito Eleitoral elas podem ser declaradas de ofício pelo Juiz, em atenção ao interesse público envolvido.

Outra peculiaridade se constata, agora tendo em vista a presunção de legitimidade da votação. Não obstante a possibilidade de declararem-se nulidades de ofício, o certo é que todas elas,

absolutas ou relativas, estão sujeitas à preclusão, salvo as de ordem constitucional. É o que diz o art. 223.

Sem prejuízo dessas particularidades, algumas regras da teoria geral das nulidades são aplicadas no ramo do Direito Eleitoral, como os efeitos da declaração em relação às partes, a necessidade de demonstração de prejuízo para a arguição das nulidades relativas, dentre outras.

Já no que se refere aos princípios gerais previstos expressamente pelo CE, podemos fazer ainda as seguintes considerações: partindo dos elementos caracterizadores que distinguem a nulidade absoluta da relativa, e de acordo com o art. 219 do CE, esta última parece ser a regra quando se trata de nulidade da votação, relegando à exceção aquela primeira, não obstante o caráter público do Direito Eleitoral. Isso porque mencionado dispositivo impõe ao Juiz o dever de abster-se de pronunciar nulidades sem demonstração de prejuízo, e, como se sabe, essa é uma característica da nulidade relativa.

Aliás, parece-nos que, para a sistemática do Direito Eleitoral, o melhor critério para distinguir nulidades absolutas e relativas é aquele que leva em consideração a natureza do prejuízo causado pela nulidade. Assim, configura-se a nulidade absoluta quando a legislação presume o prejuízo decorrente daquela nulidade. Já quanto à relativa, o prejuízo deverá ser demonstrado.

Ao contrário do que ocorre em outros ramos do Direito, mesmo as nulidades relativas poderão ser declaradas de ofício pelo Juiz, tendo em vista o interesse público que envolve as questões eleitorais.

Outro princípio é aquele segundo o qual a declaração de nulidade não poderá ser requerida pela parte que lhe deu causa, nem a ela aproveitar.

Finalmente, no art. 224, encontramos um dos princípios mais importantes em termos de nulidade dos votos. Prevê ele que, se a nulidade atingir a mais da metade da votação, novas eleições deverão ser convocadas. Diferentemente da nossa posição,

parece prevalecer no Tribunal Superior Eleitoral (TSE) o entendimento segundo o qual esse art. 224 não pode ser conhecido de ofício.¹

De acordo com o Código Eleitoral, os eventos nulificantes do voto e da votação são variados.

Ainda no que respeita à aplicação do art. 224 do CE, oportuno frisar que há muito o TSE firmou entendimento no sentido de que não se somam aos votos anulados, em decorrência de ilícitos eleitorais, os votos nulos por manifestação apolítica dos eleitores, ou seja, levam-se em consideração apenas os votos atribuídos ao candidato beneficiado por esses ilícitos.

De acordo com o CE, os eventos nulificantes do voto e da votação são variados. Portanto, a seguir, passaremos a analisar os mais relevantes.

2 Nulidade do art. 220 do Código Eleitoral

O art. 220 do CE contempla em seus incisos situações que configuram hipóteses de nulidade absoluta da votação. Vejamos, assim, o que diz cada um deles: I) quando feita perante mesa não nomeada pelo Juiz eleitoral, ou constituída com ofensa à letra da lei; II) quando efetuada em folhas de votação falsas; III) quando realizada em dia, hora ou local diferentes dos designados ou encerrada antes das 17 h; IV) quando preterida de formalidade essencial do sigilo dos sufrágios; V) quando a seção eleitoral tiver sido localizada com infração do disposto nos §§ 4º e 5º do art. 135.

No que respeita aos três primeiros incisos, dispensam-se mais comentários, tendo em vista que, em razão da implantação do voto digital, as situações por eles contempladas dificilmente ocorrerão.

Já o inciso V merece maior atenção. Isso porque o art. 220 deve ser cotejado com o art. 165 do CE. No entanto, ao fazê-lo, dúvidas podem surgir, pois, enquanto aquele primeiro qualifica as situações previstas nos §§ 4º e 5º do art. 135 como hipóteses de nulidade absoluta, o art. 165 o faz como se fossem causas de nulidade relativa.

A esse respeito, Decomain nos oferta a seguinte solução:

“(…) existe nulidade absoluta da votação quando esta ocorra em local que haja sido designado com infringência às proibições contidas no § 4º do art. 135 do CE. Todavia, se o local de votação houver sido designado com infringência à proibição constante do § 5º daquele artigo, então se estará diante de situação de anulabilidade, e não de nulidade absoluta” (2004, p. 285).

E, para alcançar mencionada conclusão, referido autor invoca o § 9º do art. 135, segundo o qual, não sendo ofertada impugnação à designação de propriedade rural como local de votação (§ 5º, art. 135), a matéria estaria preclusa, o que não ocorreria com a situação contemplada pelo § 4º do art. 153.

Nesse lamiré, para aquele autor, o § 4º do art. 135 prevê causa de nulidade absoluta, e o § 5º do mesmo dispositivo, por sua vez, causa de nulidade relativa, ainda que o art. 220 qualifique esta última situação também como causa de nulidade absoluta.

Não obstante a envergadura do entendimento acima, devemos dele discordar.

Como já tivemos a oportunidade de afirmar, de acordo com os arts. 171 e 223, ambos do CE, mesmo as nulidades absolutas estão sujeitas à preclusão, motivo pelo qual esta figura não consiste em critério diferenciador entre nulidades absolutas e relativas no âmbito do Direito Eleitoral. Aliás, ao comentar aquele art. 223, o próprio Decomain afirma que “o preceito aplica-se mesmo àquelas

1. TSE - MS nº 3.438-SC - Rel. Min. José Delgado - DJ de 8/8/2006.

hipóteses de nulidade absoluta da votação, previstas no art. 220” (2004, p. 290), ou seja, reconhece ele que esse tipo de nulidade se sujeita também à preclusão.

Portanto, a nosso ver, todas as situações previstas pelo art. 220 do CE configuram hipóteses de nulidade absoluta.

3 Nulidade do art. 221 do Código Eleitoral

Nesse dispositivo, o CE contempla situações que configuram hipóteses de nulidade relativa.

Importante ressaltar mais uma vez que mesmo as nulidades relativas devem ser apreciadas de ofício pelo Juiz eleitoral.

Serão nulos os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados.

Segundo o inciso III, alínea *d*, do art. 221, é vedado ao eleitor, salvo as exceções do art. 145, votar em seção diversa daquela na qual está inscrito. Considerando a implantação do sistema eletrônico de votação, aliado ao método biométrico para a identificação do eleitor, dificilmente ocorrerá a situação ali prevista, pois a aplicação do referido dispositivo restringir-se-á às seções onde for adotado o sistema de votação por cédulas, que, ressalta-se, atualmente é a exceção.

E, segundo o art. 62 da Lei das Eleições, um dos dispositivos que disciplinam o sistema eletrônico de votação,

“nas seções em que for adotada a urna eletrônica, somente poderão votar eleitores cujos nomes estiverem nas respectivas folhas de votação, não se aplicando a ressalva a que se refere o art. 148, § 1º, da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965” (CE).

4 Nulidade dos votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados

Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados. É o que dispõe o § 3º do art. 175 do CE.

Assim como o estado de inelegível, a ausência de registro de candidatura impede, a princípio, que o candidato participe do pleito, eis que lhe falta o *ius honorum*. Pode ocorrer, entretanto, que, mesmo sob aquelas condições, o candidato, por algum motivo, venha a participar da eleição, *verbi gratia*, quando a condição de inelegível ou o deferimento do registro de candidatura estejam ainda *sub judice*. Note-se, assim, que o dispositivo em comento traz implícita tal situação, para a qual prevê a nulidade dos votos recebidos pelo candidato que nela se enquadre.

Aliás, vale lembrar que, enquanto não transitar em julgado a sentença que declara a inelegibilidade, estará assegurada ao candidato sua participação no pleito, segundo a melhor interpretação do art. 15 da Lei Complementar nº 64/1990. Somente após a confirmação daquela sentença, por decisão irreversível, é que os votos do candidato por ela desfavorecido deverão ser declarados nulos.

O § 4º do mesmo art. 175 traz uma exceção à regra contida no § 3º, ao afirmar que este não será aplicado

“quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro for proferida após a realização da eleição a que concorreu o candidato alcançado pela sentença, caso em que os votos serão contados para o partido pelo qual tiver sido feito o seu registro.”

É de clareza solar que a exceção contida no § 4º refere-se apenas às eleições proporcionais, pois somente nessas é possível falar-se em votos para a legenda. Confrontando a regra contida no § 3º com a exceção do parágrafo subsequente, é possível afirmar, segundo nosso entendimento, que, se i) proferida a decisão que

indeferiu o registro ou declarou a inelegibilidade antes de realizada a eleição, sem que ela seja posteriormente reformada, os votos do candidato deverão ser declarados nulos, independentemente do cargo para o qual este tenha concorrido, se majoritário ou proporcional; ii) proferida decisão favoravelmente ao candidato, deferindo-lhe o registro ou afastando a inelegibilidade, e sobrevindo outra que a reforme, os votos do candidato não serão considerados nulos, caso se trate de eleições proporcionais, hipótese em que esses deverão ser contabilizados para o partido pelo qual o candidato concorreu, eis que incidente o § 4º do art. 175.

No tocante a essa última hipótese, entretanto, o TSE diverge em parte da interpretação que fazemos do § 4º do art. 175, pois, segundo recente acórdão proferido por essa Corte Superior, os votos são válidos em relação ao partido pelo qual o candidato concorreu, embora nulos em relação a esse.²

Ocorre que o parágrafo único do art. 16-A da Lei das Eleições, introduzido pela Lei nº 12.034/2009, dispõe que

“o cômputo, para o respectivo partido ou coligação, dos votos atribuídos ao candidato cujo registro esteja *sub judice* no dia da eleição fica condicionado ao deferimento do registro do candidato.”

Assim como o § 4º do art. 175 do CE, esse art. 16-A refere-se às eleições proporcionais. Aliás, o que se percebe é que ele pretendeu complementar o disposto naquele primeiro. **Fácil perceber, entretanto, que esse art. 16-A é de uma impropriedade ímpar.**

O § 3º do art. 175, disposição essa que se aplica inclusive às eleições proporcionais, diz que os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados são nulos, o que, considerando o disposto no § 4º, equivale a dizer que o candidato concorreu com o registro indeferido por decisão ainda não definitiva e que, após o pleito, foi mantida. Nesse caso, os votos são nulos, inclusive para a legenda do candidato.

O § 4º do mesmo artigo, por sua vez, diz que

os votos atribuídos a candidatos considerados inelegíveis após as eleições serão computados para o seu partido ou coligação. Pressupõe, assim, que o registro foi deferido antes do pleito e posteriormente indeferido por meio de decisão definitiva.

Cassados o registro ou o diploma em virtude da prática de ilícitos, os votos recebidos pelo candidato beneficiado serão nulos.

Nesse *lamiré*, não faz qualquer sentido o art. 16-A, parágrafo único, dizer que o cômputo daqueles votos fica condicionado ao deferimento do registro, independentemente da interpretação que recaia sobre ele, pois as duas hipóteses são contempladas naqueles parágrafos, isto é, o deferimento (§ 4º) e o indeferimento (§ 3º) do registro, ambas em sede de decisão precária. E vale ressaltar, ainda que o óbvio, os §§ 3º e 4º pressupõem o indeferimento do registro após as eleições, caso contrário, não haveria de se falar em nulidade de votos.

Oportuno dizer que, a nosso entender, cassados o registro ou o diploma em virtude da prática de ilícitos, tais como o previsto no art. 73 da Lei das Eleições, os votos recebidos pelo candidato beneficiado serão nulos para todos os efeitos, não havendo que se falar em votos válidos para a legenda, diante do art. 222 do CE.

5 Nulidade da votação em decorrência de ilícitos eleitorais

Não obstante caiba exclusivamente ao Direito Material regular essa matéria, e o faz de forma genérica pelo art. 222 do CE, pouco se vê comen-

2. TSE - RMS nº 436-RS - Rel. Min. Caputo Bastos - DJ de 18/9/2006.

tários acerca da eficácia desse dispositivo perante o jurídico eleitoral. E quando o encontramos, os holofotes estão sempre lançados para normas de Direito Adjetivo ou para aquelas que norteiam os efeitos das sentenças proferidas em ações utilizadas para apurar ilícitos cometidos em desfavor da liberdade do voto, como a investigação judicial eleitoral, a ação de impugnação de mandato eletivo, bem como, para alguns, o recurso contra a expedição de diploma. Lamentavelmente, isso tudo é o que nos parece.

É elementar para a ordem jurídica que não se pode admitir como válido algo obtido ilicitamente.

Segundo o art. 222 do CE,

“é também anulável a votação, quando viciada de falsidade, fraude, coação, uso de meios de que trata o art. 237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei.”

Como se percebe, é dispositivo que traz norma de natureza material.

Em meio às obras doutrinárias, poucos são os autores que abordam o tema conforme aqui proposto, sendo que um deles é Pedro Roberto Decomain, para quem os ilícitos capazes de influenciar no resultado da eleição são causas de inelegibilidade e cassação do registro ou diploma do candidato e não causa de nulidade dos votos obtidos sob a influência de tais ilícitos (Cf. 2004, p. 288).

Entretanto, ainda assim, com ele não podemos concordar, pois, a nosso ver, substituir a nulidade da votação pela decretação da inelegibilidade do candidato ou a cassação do seu registro ou diploma, enquanto efeitos decorrentes dos ilícitos

eleitorais dessa ordem, é simplesmente negar eficácia a um dos dispositivos do CE que mais atendem aos princípios democráticos e, por outro lado, sem nenhuma atenção aos mais mezinhos princípios de Direito.

Conforme é sabido, os atos ilícitos podem gerar efeitos diversos perante a ordem jurídica. Assim é que de um homicídio pode decorrer não só a aplicação de uma pena de natureza criminal (privação da liberdade), como também outra de natureza administrativa (perda de um cargo público), além da obrigação de responder pelos danos morais e materiais eventualmente suportados pela vítima (efeito de natureza cível). É o que ocorre aqui, *mutatis mutandis*.

Nesse diapasão, segundo nosso entendimento, uma vez verificada a ocorrência de atos capazes de influir indevidamente na vontade do eleitor, o candidato beneficiado sujeitar-se-á à decretação de inelegibilidade em seu desfavor, à perda do registro ou mandato, conforme o caso, bem como à declaração de nulidade dos votos que eventualmente obtenha.

Isso porque é elementar para a ordem jurídica que não se pode admitir como válido algo obtido ilicitamente, como é o caso de votos viciados em sua origem, eis que captados mediante práticas vedadas por lei.

Ocorre que o entendimento que aqui defendemos parece não prevalecer, notadamente em nossa mais elevada Corte especializada, mesmo porque, ao abordar tal questão, o TSE insiste em fazê-lo sob um enfoque diferente. Para a corrente majoritária do TSE não é possível declarar a nulidade da votação em sede de ação de impugnação de mandato eletivo, sob o argumento de que “essa ação é dirigida contra o mandato, não tendo por objeto a nulidade do pleito”.³

Como se sabe, as irregularidades que atentam contra a liberdade do voto são apuradas mediante o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990 (Investigação Judicial Eleitoral - IJE) ou em sede de Ação de Impugnação de

3. TSE - MC nº 1.320 - ac nº 1.320 - Rel. Min. Francisco Martins - j. 19/2/2004 - DJ de 7/5/2004.

Mandato Eletivo (Aime), bem como por recurso contra a expedição de diploma, segundo o entendimento mais recente adotado por alguns.

Utilizada a IJE (art. 22 da LC nº 64/1990) e reconhecida a ocorrência dos ilícitos em favor do candidato, esse terá contra si decretada a sanção de inelegibilidade, e seu registro será cassado, com o impedimento, pois, de participar do pleito, não havendo, então, que se falar de nulidade de votos.

Entretanto, apurada a ocorrência dos ilícitos por meio da Aime, seja proposta diretamente ou derivada de uma IJE, em razão de essa ter sido julgada apenas depois de ocorrida a eleição, estar-se-á diante da incidência do art. 222 do CE, segundo nosso entendimento.

Isso porque, repita-se, não há como atribuir validade a votos obtidos ilicitamente, isto é, mediante coação, fraude, utilização de meios capazes de manipular a vontade do eleitor, como no emprego de práticas abusivas, ou qualquer outro ato a esses equiparado.

Em outras palavras, qualquer que seja o meio processual utilizado para apurar ilícitos capazes de vilipendiar o equilíbrio do pleito, eventual decisão de procedência proferida depois de realizada a eleição, da qual participou o candidato beneficiado por aqueles ilícitos, deverá declarar nulos os votos recebidos por esse. E mais, na hipótese de a nulidade atingir a mais da metade da votação, novas

eleições deverão ser realizadas, nos termos do art. 224 do CE.

A respeito da possibilidade de se declarar a nulidade dos votos em sede de Aime, Adriano Soares da Costa, contando com a nossa concordância, é incisivo ao afirmar que “cassa-se o mandato porque os votos foram nulos em razão do abuso de poder, da corrupção ou da fraude” (2006, p. 602).

6 Considerações finais de ilícitos eleitorais

Como se vê, o tema aqui proposto situa-se em terreno fértil para embates doutrinários e deliberações pretorianas. E compete àqueles primeiros fomentar as discussões sobre os aspectos mais frágeis da legislação e sugerir o melhor caminho a ser trilhado pelo operador jurídico, enquanto às últimas, alcançar a almejada segurança jurídica, consolidando entendimentos condizentes com a melhor técnica e o espírito do texto legal.

Nesse lamiré, e de nossa parte, o objetivo foi, essencialmente, chamar atenção para um tema pouco abordado no âmbito do Direito Eleitoral, contudo de grande importância para a solução de muitos embates jurídicos travados perante a respectiva Justiça Especializada. ■

Bibliografia

CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral brasileiro*. 11. ed. Bauru: Edipro, 2005.
 _____. *Inelegibilidades no Direito brasileiro*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2003.
 COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Comentários ao Código Eleitoral*. São Paulo: Dialética, 2004.
 NIESS, Pedro Henrique Távora. *Ação de impugnação de mandato eletivo*. São Paulo: Saraiva, 1996.
 _____. *Direitos políticos: elegibilidade, inelegibilidade e ações eleitorais*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2000.

Sugestões para a reforma do Direito Eleitoral.

Luiz Carlos dos Santos
Gonçalves

Procurador Regional da República. Ex-Procu-
rador Regional Eleitoral de São Paulo.

Sumário

1. Apresentação
2. A desordem normativa eleitoral
3. A confusão das ações diferentes sobre fatos idênticos
4. Chega de subsidiariedade processualística
5. O diabo mora nos detalhes
6. O fim do infundável rol de crimes
7. O ideal
8. O possível

1 Apresentação

O cidadão-eleitor não possui legitimidade para propor ações na Justiça Eleitoral. Pode somente provocar o juízo para que exerça seu **poder de polícia**, em assuntos como propaganda eleitoral realizada em desconformidade com a lei. Se ele tiver ciência de outras irregularidades, deverá procurar um dos legitimados tradicionais do Direito Eleitoral: um candidato, um partido político, uma coligação ou o Ministério Público. Os três primeiros, todavia, por definição, apresentam-se como partes interessadas na vitória nos pleitos eleitorais e na disputa pelo poder. Não é uma crítica: a forma **institucional** de disputar o poder é a garantia da democracia.

O Ministério Público, então, revela-se como o único legitimado que poderá levar à Justiça Eleitoral

demandas sem viés ou finalidade político-partidária. A ele incumbe exigir o respeito às regras do jogo e zelar pelos objetivos constitucionalmente declarados de inibir o abuso do poder político ou econômico. A mesma atuação deve ocorrer em relação à probidade e moralidade para o exercício dos mandatos, independentemente de qual foi o candidato, partido, administrador ou cidadão que infringiu a lei.

O Código Eleitoral de 1965 trai sua origem no excessivo detalhamento e em seu furor organizatório e sancionatório.

A sociedade é o mais exigente dos clientes. Advogar para ela, nessa forma de quase **exclusividade**, é um desafio cada vez maior. E não se trata apenas de propor ações após a provocação dos eleitores, mas, também, de propô-las *ex officio*, bem como de acompanhar, na condição de *custos legis*, as demandas propostas pelos outros legitimados, recorrendo quando a decisão dos Juízes ou Cortes Eleitorais não se mostrar a melhor.

A atuação nas diferentes ações eleitorais propicia ao órgão do Ministério Público Eleitoral uma oportunidade privilegiada de reflexão sobre o Direito Eleitoral. Se funcionar como Procurador Regional Eleitoral, órgão do Ministério Público Federal, então serão centenas, se não milhares, de chances para a reflexão... Todas as ações que tramitam no Tribunal Regional Eleitoral, originárias ou em grau de recurso, receberão o parecer do *Parquet*.

O autor desse pequeno estudo teve a oportunidade de exercer, ao longo de quatro anos, as funções de Procurador Regional Eleitoral em São Paulo, como substituto (2006/2008) e titular (2008/2010). Ao término de seu mandato, em junho de 2010, soube da nomeação de uma comissão

de notáveis eleitoralistas, entre Juízes, Advogados e estudiosos, além do Procurador-Geral Eleitoral, para proceder a estudos destinados à reforma do Direito Eleitoral. A soma dessas circunstâncias, mais o convite da *Revista do Advogado*, propiciam um irrecusável ensejo para a apresentação de suas reflexões e, claro, **para dar uns palpites**.

2 A desordem normativa eleitoral

A normativa eleitoral é a caótica, adjetivação do substantivo **caos**, de origem grega, significando, basicamente, imensa desordem. O Código Eleitoral (CE) de 1965, que regulamentou as eleições num momento de ausência de democracia, trai sua origem no excessivo detalhamento e em seu furor organizatório e sancionatório. Qualquer irregularidade é convalidada em crime, um Direito Penal de *prima ratio*, no qual até permitir que alguém fure a fila de votação é considerado fato típico e ilícito. É um diploma no qual as diversas funções da Justiça Eleitoral – administrativa, normativa e judicial – são confundidas e misturadas, sem método nem aviso.

Muitos artigos do CE não resistiram à super-veniente Constituição Federal de 1988, que apresentou, com outro viés ideológico, numerosos dispositivos de Direito Eleitoral. É até possível falar, em razão disso, de **Constituição Eleitoral**, que traz inelegibilidades, condições de elegibilidade, regras sobre o sistema proporcional e majoritário, data de mandatos e eleições, regulamentação sobre o número de deputados federais, estaduais e vereadores, etc.

A Lei nº 9.504/1997 procedeu à grande alteração na normativa eleitoral, revogando tacitamente parte do CE. As recentes **minirreformas eleitorais** de 2006 (Lei nº 11.300) e 2009 (Lei nº 12.034) mostram que, a despeito de suas virtudes, esse diploma não está conseguindo ser o marco de segurança jurídica que se podia esperar.

A Lei Complementar nº 64/1990, recentemente alterada pela Lei Complementar nº 135/2010, da “Ficha Limpa”, atendendo ao § 9º do art. 14 da Constituição, prestou relevantes serviços ao país, mas sua redação confusa e a falta de exata delimitação de alguns de seus institutos colaboraram para que a Justiça Eleitoral recebesse um sem-número de processos, bem como para um grande ativismo jurisprudencial do Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

Há uma urgente necessidade de consolidação do Direito Eleitoral.

A singela menção destes conjuntos de normas eleitorais (a Constituição, o Código, a Lei das Eleições, a Lei Complementar), sem necessidade de trazer à colação a Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995) ou a legislação eleitoral esparsa, como a Lei do Transporte de Eleitores, mostra que há uma urgente necessidade de consolidação do Direito Eleitoral.

Então aqui vai o primeiro **palpite**: essa consolidação poderia receber a forma de um novo CE, aprovado como lei complementar, orientado para a unificação dos dispersos estatutos eleitorais. A Constituição, no art. 121, ao dizer que lei complementar disporá sobre a organização e competência dos Tribunais, Juntas e Juízes Eleitorais, oferece considerável espaço para essas disposições codificadas. O novo diploma poderia também contemplar as inelegibilidades, para as quais há idêntica exigência constitucional de lei complementar, art. 14, § 9º. Esse Código de competências e inelegibilidades poderia tratar de todas as ações eleitorais e dos respectivos recursos.

E, quem sabe, não será considerado impertinente sugerir que o futuro CE traga uma **parte geral**, que estabeleça os princípios básicos, as

definições e o modo de aplicação da lei e dos institutos eleitorais.

A matéria restante viria em lei ordinária, em homenagem à reserva constitucional da lei complementar, nos moldes da atual Lei nº 9.504/1997.

3 A confusão das ações diferentes sobre fatos idênticos

A profusão de dispositivos normativos eleitorais cria situações que em nada colaboram para o prestígio, eficiência e efetividade do Judiciário eleitoral. Se ignorarmos a distinção, semântica mas não pragmática, entre ações que denegam ou cassam o registro, o diploma e o mandato, seis ou sete delas poderão resultar no impedimento ou cessação do exercício deste último. São: **i)** a impugnação ao pedido de registro; as representações por **ii)** captação ilícita de sufrágio, **iii)** captação ou gastos ilícitos de recursos, **iv)** condutas vedadas; **v)** a ação de investigação judicial eleitoral, se julgada antes da diplomação; **vi)** o recurso contra a expedição do diploma; **vii)** a ação de impugnação de mandato eletivo.

Não se está, evidentemente, sugerindo que graves ilicitudes eleitorais resembram toleradas. O problema é a superposição de ações que podem ter idênticas hipóteses de proposição, ou cuja matéria contém ou se contém noutra, e estão, comumente, lastreadas no mesmo acervo probatório. Se há ilicitudes eleitorais que justificam a imposição das graves sanções de impugnação do registro, negativa de registro ou cassação do mandato, mais conveniente seria agrupá-las numas poucas ações, em vez de em sete.

Poder-se-ia sugerir uma ação de impugnação do registro na qual fossem discutidas todas as condições de elegibilidade e inelegibilidade, em face de atos anteriores ao pedido de registro, incluídas ilicitudes como captação de sufrágio ou condutas vedadas. Outra ação, uma aprimorada Investigação Judicial Eleitoral, traria, como pressupostos,

as ilicitudes que hoje são objeto de representações, Ação de Investigação Judicial Eleitoral e Ação de Impugnação de Mandato Eletivo. Seus pressupostos seriam as irregularidades ocorridas entre o pedido de registro e a diplomação. Se o candidato fosse diplomado, ela assumiria a nomenclatura de Ação de Impugnação de Mandato Eletivo. Em qualquer caso, seria proposta no prazo de até 15 dias da diplomação. Ambas as ações exigiriam um começo de prova, admitindo, outrossim, dilação probatória expedita. Elas teriam prazo para o primeiro julgamento: uns 15 dias antes das eleições, na primeira ação; uns dez dias antes da posse, na segunda.

A aplicação subsidiária do Código de Processo Civil traz para o Direito Eleitoral um inadequado ambiente privatístico.

O julgamento recorrível da ação de impugnação de registro seria o último dia para substituição de candidatos, sem permitir a fraude das substituições às vésperas do pleito.

A tomada de contas dos candidatos e a verificação da captação ou dos gastos irregulares de recursos, em razão de sua complexidade, deveriam merecer ação autônoma, com prazo maior para ajuizamento e julgamento.

Seriam três ações eleitorais, nas quais hoje se acotovelam sete.

Se a proposição dessas ações suspendesse o prazo prescricional dos crimes eleitorais a elas afeitos, a promoção da ação penal poderia aguardar o desfecho dos processos cíveis, sem necessidade de renovação da prova.

4 Chega de subsidiariedade processualística

O CE ou a lei ordinária que mencionamos

acima teriam o papel de definir regras para o processamento das ações, com ênfase nos prazos e nos recursos cabíveis. A aplicação subsidiária do Código de Processo Civil traz para o Direito Eleitoral um inadequado ambiente privatístico, inundando de recursos e dúvidas processos que devem ser muito céleres. Nada de recursos adesivos, de recorribilidades de decisões interlocutórias, de cautelares que se concedem para suspender decisões que devem ser executadas imediatamente, sem prazo para pautar o recurso.

O Direito Eleitoral merece o seu processo eleitoral (cível), garantidor da ampla defesa, mas compatível com a realidade de que, a cada dois anos, há eleições no Brasil.

E, por gentileza, Exmos. Srs. Membros da Comissão de Reforma do Direito Eleitoral: os prazos, para tudo, ações e recursos, devem ser fixados por lei. *No terms without law!* A jurisprudência fixadora de prazos, não raro retroativos, é sempre uma grande surpresa para os jurisdicionados.

Quanto às regras de processo penal, o Código do processo comum poderia ser adotado no ambiente eleitoral.

5 O diabo mora nos detalhes

Leis muito detalhadas ensejam um detalhado descumprimento.

Qual a razão para tanta minúcia? Precisa mesmo a lei disciplinar o tipo de gastos que os candidatos podem fazer? Para que tantas restrições à imprensa? Um direito de resposta aplicável também aos órgãos de imprensa e não apenas aos candidatos não seria suficiente? A propósito, por que mesmo a propaganda só é permitida a partir de 5 de julho? É mesmo necessário proibir *outdoors* ou cartazes a partir de certo tamanho? Que tal deixar os partidos resolverem como usarão seu tempo de rádio e televisão, no período eleitoral ou fora dele?

Quanto ao detalhamento administrativo do

funcionamento dos Cartórios Eleitorais, dos formulários para o alistamento e pedidos de segundas vias, das zonas e seções eleitorais, dos lugares de votação... eis uma matéria apropriada para Resoluções do TSE!

6 O fim do infundável rol de crimes

O CE procede, com seus quase 70 tipos criminais, à inaceitável vulgarização dos instrumentos sancionatórios penais. Comportamentos que deveriam merecer, quando muito, uma multa administrativa são erigidos à condição de crime, num Direito Penal de bagatelas. Por outro lado, condutas gravíssimas recebem sancionamento claramente insuficiente.

Há, portanto, que se buscar um Direito Penal proporcional, orientado para a proteção dos mais importantes bens jurídicos eleitorais. Algumas disposições penais poderiam vir na legislação ordinária acima referida. Para outras, restaria a adequação típica comum, existente no Código Penal (CP), ainda que atraída para a competência da Justiça Eleitoral por sua referência aos pleitos eleitorais. O resto deve ser descriminalizado.

Não se pode deslembrar de que, em Direito Eleitoral, a sanção penal não tem o caráter dissuasório que assume noutros lugares, pois o que mais temem candidatos e partidos é a decisão que os impede de se candidatar, invalida o diploma que tenham obtido ou lhes casse o mandato. Somente condutas intoleráveis devem, portanto, permanecer criminalizadas.

Crimes como a corrupção eleitoral, art. 299 do CE; a inscrição fraudulenta de eleitores, art. 289; a coação para o voto, arts. 300 e 301; a votação mais de uma vez ou em lugar de outrem, art. 309; a violação do sigilo do voto, art. 312; a violação do sigilo da urna, art. 317; a divulgação dolosa de fatos inverídicos, art. 325, deveriam ser mantidos. A conduta do art. 346, uso da máquina pública para fins eleitorais, hoje crime de menor potencial

ofensivo, deveria ter sua pena adequada à gravidade do comportamento.

Já o importante crime de corrupção eleitoral, ativa e passiva, art. 299, deve ser redesenhado, permitindo o perdão judicial ou a redução de pena do eleitor, quando a aceitação da vantagem se der por dificuldades financeiras.

O ideal seria fazer uma reforma constitucional, criando uma Justiça Eleitoral autônoma.

Os crimes de falsidade e de desobediência não precisariam de autônoma previsão na legislação eleitoral, sendo adequado o tratamento dado pelo CP, ainda que se assegurasse a competência da Justiça Eleitoral para julgá-los, se praticados no processo eleitoral. Se os crimes contra a honra forem previstos na legislação eleitoral – o que parece prescindível –, devem ter a titularidade da ação alterada para de iniciativa privada ou “sujeitos à representação do ofendido”, não sendo razoável que o Ministério Público, como hoje, seja o tutor da honra particular de alguém.

Da atual Lei nº 9.504/1997, remanesceriam os crimes de divulgar pesquisa eleitoral sem registro ou fraudulenta, art. 33, § 4º, com a pena majorada, neste último caso, para atender à gravidade desse comportamento. Também o art. 72 deve ser preservado, ainda que com limites mais adequados de pena, pois uma pena mínima de cinco anos dificulta sua aplicação.

Somos pela descriminalização das condutas de “boca de urna”, art. 39, § 5º, da Lei das Eleições, bem assim como do uso de alto-falantes ou divulgação de propaganda no dia das eleições: a apreensão e perdimento dos materiais, bem como multas administrativas, seriam suficientes para assegurar a ordem e o respeito aos eleitores no dia da eleição.

O único crime da Lei Complementar nº 64/1990,

a arguição temerária ou dolosa de inelegibilidade ou impugnação de registro deve ser descriminalizada: poderia ser substituída por uma multa agravada pela litigância de má-fé.

Até o transporte de eleitores, hoje conduta gravíssima, prevista na Lei nº 6.091/1974, poderia ser revisto.

7 O ideal

O ideal seria fazer uma reforma constitucional, criando uma Justiça Eleitoral autônoma, com quadro próprio, de natureza federal (para manter-se distante dos poderes locais), organizando, concomitantemente, um Ministério Público Eleitoral, também com quadro próprio e estruturação federal.

Já não há “sazonalidade” na Justiça Eleitoral que justifique a atuação “emprestada” de Juízes e órgãos do Ministério Público. Não existiriam custos adicionais para a sociedade, pois a “verba eleitoral”, hoje destinada a esses operadores do Direito Eleitoral, seria dada a um quadro menor de profissionais exclusivos. E funcionários já existem.

Nessa imaginada **shangri-lá** eleitoral, que implicaria, na verdade, uma **reforma política**, ousaríamos propor o financiamento público das campanhas, o voto distrital, ainda que misto, com listas fechadas, a possibilidade de candidaturas independentes para os cargos legislativos, a fidelidade partidária, um **quinto constitucional** para o Ministério Público nas Cortes Eleitorais, tempos iguais de acesso à rádio e TV para os partidos políticos, sem depender do desempenho nas eleições anteriores, normas sobre a **inclusão eleitoral** de pessoas com deficiência, aulas de cidadania nas escolas de ensino médio...

8 O possível

Deseja-se bom êxito à Comissão de Reforma do Direito Eleitoral, em sua importantíssima tarefa de unificar a legislação eleitoral e tornar mais célere e congruente o atual sistema normativo. Que de tão boas cabeças eleitoralistas surjam as melhores ideias para o progresso técnico desse tão amado – e tão essencial para a Democracia – ramo do Direito. ■

A propaganda eleitoral na rede mundial de computadores (Internet).

Luiz Silvio Moreira Salata

Advogado. Presidente da Comissão de Estudos Eleitorais e Valorização do Voto da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional de São Paulo (OAB-SP). Pós-graduado em Direito Constitucional e Direito Administrativo pela Universidade de São Paulo (USP). Professor convidado da Escola Superior de Advocacia de São Paulo (ESA-SP).

Sumário

1. Apresentação
 2. Período para realização da propaganda na Internet
 3. Meios de divulgação da propaganda na rede
 4. Vedações na apresentação da propaganda
 5. Cadastro eletrônico
 6. Mensagens eletrônicas
 7. Representação, rito processual, sanção e recursos
 8. Direito de resposta, rito processual e recursos
 9. Debates
 10. Abusos na propaganda com o uso indevido da rede e seu mecanismo de apuração
 11. Conclusão
- Bibliografia

1 Apresentação

Muito embora em vigência há dez anos, tendo regido seis certames eleitorais de vital importância política para o país, a Lei Geral das Eleições (Lei nº 9.504/1997), desde a sua edição, passou por significativas modificações, não cogitando em nenhuma oportunidade a hipótese de utilização da rede mundial de computadores na divulgação da propaganda no curso da campanha eleitoral.

A partir da Lei nº 12.034, de 29/9/2009, dispondo sobre a reforma eleitoral, a propaganda sofreu relevante alteração na modalidade de sua apresentação, com a inclusão no seu quadro da

permissibilidade de empregar a Internet, com a legalização na difusão da propaganda digital.

A novel legislação encaixou no texto primitivo da Lei das Eleições diversos dispositivos, inovando substancialmente a questão voltada para a realização de propaganda no mundo virtual, com a introdução dos arts. 36-A, inciso I; 57-A/57-I; 58, § 3º, inciso IV; 58-A e 43.

Em razão da autorização legislativa para uso da rede e de outros meios eletrônicos de comunicação, a título de implementação do processo de propaganda eleitoral e mobilização política nas eleições de 2010, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), por meio da Resolução nº 23.191, do Relator Ministro Arnaldo Versiani, aprovada em 16/12/2009, expediu as instruções necessárias, dispondo sobre a regulamentação para a execução da Lei, inclusive com a edição do regramento acerca da realização de debates entre os candidatos na *web*.

Assim, podemos afirmar que a inovação contribui favoravelmente para a consolidação do processo democrático em nosso país, constituído pela essência das diretrizes fundamentais, abrangidas pelos preceitos constitucionais, diretamente vinculados à liberdade de manifestação do pensamento, expressão da comunicação e informação, obviamente vedado o anonimato (arts. 5º, incisos IV e IX, e 220 da Constituição Federal - CF), escorando os pressupostos básicos para o pleno exercício da soberania na livre escolha dos representantes do povo junto aos poderes.

Integrarão também o universo da propaganda digital, além do sítio do candidato, as redes sociais derivadas da Internet, como twitter, facebook e Orkut, bem como os diversos canais de vídeos e a remessa de todos os tipos de mensagem eletrônica pela rede e pelo telefone celular, que trarão avanços no curso da campanha, com expressivo aumento na frequência de seus usuários, principalmente no contingente dos jovens eleitores com maior facilidade de acesso, na faixa etária de 16 a

24 anos e de 25 a 34 anos, correspondendo, respectivamente, a 17,68% e 24,44% dos alistados no país, sendo confirmado por meio de pesquisa de opinião que 69% e 49% dos respectivos grupos já estiveram conectados à rede.

Não se pode olvidar que o controle judicial da propaganda ilícita na *web* aumentará consideravelmente.

A veiculação de propaganda pela Internet complementará o modernismo reinante no processo eletrônico implantado pela Justiça Eleitoral brasileira, desde o alistamento até a totalização dos votos recepcionados por nossa consagrada urna.

Evidentemente que, obedecidos os princípios éticos nos âmbitos político e eleitoral, com o intuito de evitar a prática de condutas abusivas por dirigentes partidários, candidatos, correligionários e simpatizantes, a autorização para a realização de propaganda no campo digital, juntamente com o horário gratuito, reservado nas emissoras de rádio e televisão, certamente serão as grandes atrações da campanha, tornando-se importantes palanques, sobretudo em face da acertada proibição mediante pagamento na veiculação de qualquer tipo de propaganda eleitoral nos referidos veículos de comunicação social.

Não se pode olvidar que o controle judicial da propaganda irregular ou ilícita na *web* aumentará consideravelmente a atuação dos Juízes eleitorais, pois a prática de abusos será inevitável, em razão da liberação total da propaganda eleitoral na Internet, acrescida da excepcional extensão terrestre do país, criando entraves no domínio de fiscalização na contenção dos limites, exigindo redobrado esforço, em especial para evitar a ruptura do consagrado Princípio de Igualdade de Condições entre os candidatos na disputa do certame eleitoral.

2 Período para realização da propaganda na Internet

A previsão para a divulgação da propaganda na Internet, por força do preceito contido no art. 57-A da Lei nº 9.504/1997, somente poderá ocorrer após o dia 5 de julho do ano da eleição, em observância cumulativa da regra geral disposta no art. 36 do diploma legal em comento.

Na Internet é vedada a difusão de qualquer propaganda eleitoral paga.

Quanto ao crivo final, a Lei não dispõe a data exata, restando omissa no conjunto do texto qualquer fixação, sendo inaplicável na hipótese a vedação prevista no art. 240, parágrafo único, do Código Eleitoral (art. 7º da Lei nº 12.034/2009), entendendo por interpretação sistemática a permissibilidade de sua realização até a data da eleição, nos moldes dispostos no art. 57-B da Lei nº 9.504/1997, ressalvada a reprodução virtual de jornal impresso no limite de dez anúncios até a antevéspera do dia da votação, desde que efetivada no sítio do próprio órgão de imprensa escrita.

Nessas circunstâncias, remanesce uma dúvida sobre o termo de encerramento na propagação de propaganda por sítio eletrônico de titularidade de terceiros, pois não previsto nas disposições suprainvocadas, consequentemente fixado o término em 48 horas antecedentes à data da eleição.

3 Meios de divulgação da propaganda na rede

A propaganda eleitoral na Internet poderá ser realizada na forma elencada no art. 57-B da Lei

nº 9.504/1997 das seguintes formas: a) sítio do candidato, partido político ou coligação, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral, hospedado em provedor estabelecido no país, cuja restrição evitará a expansão de abusos com difícil reparação; b) mensagem eletrônica enviada em endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, partido ou coligação, não especificando a Lei com relação à origem do aparelho de remessa, portanto podendo ser enviada por qualquer computador; c) *blogs*, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e assemelhados, devendo seu conteúdo ser gerado ou editado pelo candidato, partido, coligação ou por iniciativa de qualquer eleitor, neste caso vedada a utilização das referidas ferramentas em equipamentos de titularidade de pessoa jurídica de Direito Público ou Privado.

4 Vedações na apresentação da propaganda

Na Internet é vedada a difusão de qualquer propaganda eleitoral paga, dificultando a formação do comércio cibernético e impedindo a prática de abuso do poder econômico e o desvirtuamento de sua finalidade, proibida ainda a veiculação em sítios de titularidade de pessoas jurídicas com ou sem fins lucrativos e em sites oficiais de todos os órgãos ou entidades da Administração Pública em geral.

A Lei também restringe a realização de propaganda eleitoral com indicação indevida ou falsa de sua autoria, acreditando que provavelmente essa irregularidade será intensamente utilizada na divulgação de matérias ilegais na Internet (art. 57-H da Lei nº 9.504/1997).

O descumprimento das normas sujeitará o responsável, bem como o beneficiário quando comprovado o seu prévio conhecimento, à aplicação de sanção pecuniária na quantia de R\$ 5.000,00 a R\$ 30.000,00.

5 Cadastro eletrônico

O candidato, a agremiação partidária ou a coligação poderão dispor no seu arsenal de campanha de cadastro eletrônico (*mailing list*), proibida expressamente a mercantilização, doação, cessão ou utilização de listas de endereços procedentes de órgãos, entidades e organizações elencadas no art. 24 da Lei das Eleições, cabendo ao responsável e ao beneficiário, quando demonstrado o prévio conhecimento, a imposição de multa de R\$ 5.000,00 a R\$ 30.000,00, nos termos do art. 57-E e §§ 1º e 2º da Lei nº 9.504/1997.

6 Mensagens eletrônicas

No campo da propaganda digital poderão ainda ser remetidas mensagens virtuais, valendo-se o candidato, partido ou coligação do seu cadastro eletrônico e obrigatoriamente dispondo de mecanismos que permitam o descadastramento pelo destinatário, cuja providência deverá ser concretizada no prazo de 48 horas, sujeitando-se o remetente ao pagamento de multa de R\$ 100,00 por mensagem (art. 57-G da Lei nº 9.504/1997).

7 Representação, rito processual, sanção e recursos

Havendo violação aos dispositivos vinculados à divulgação de propaganda na *web*, o Ministério Público e demais interessados poderão formular representação, inclusive com pedido de concessão de liminar em sede de tutela antecipada, para suspensão imediata de sua veiculação, obedecidas na propositura as exigências do art. 96 e §§ da Lei nº 9.504/1997.

Por consequência da difusão irregular ou ilícita, poderá o responsável sofrer suspensão por 24 horas do acesso ao conteúdo informativo do sítio instalado, duplicada a penalidade do período em

caso de reiteração da conduta, independentemente da sanção pecuniária.

O provedor que hospedar propaganda eleitoral tida como ilegal incidirá nas penas previstas na Lei caso deixe de cumprir a decisão judicial que reconhece a existência de publicidade indevida, não tomando as providências para a cessação de sua divulgação.

Por consequência da difusão irregular ou ilícita, poderá o responsável sofrer suspensão do acesso por 24 horas.

Da decisão proferida pelo Juízo originário na representação, caberá recurso no prazo de 24 horas ao Tribunal Regional, assegurado ao recorrido igual prazo para contrarrazões, sendo possível ainda a interposição de recurso especial ao Tribunal Superior, no prazo de três dias, contado da intimação.

O processamento das representações propostas nessas eleições encontra-se disciplinado pelo TSE, por meio da Resolução nº 23.193, devendo o processo tramitar em caráter preferencial aos demais feitos na Justiça Especializada (art. 58-A da Lei nº 9.504/1997).

8 Direito de resposta, rito processual e recursos

A partir da realização da convenção para a escolha do candidato, é possível a propositura desta medida por iniciativa do participante do certame, partido político ou coligação atingidos, de forma direta ou indireta, por conceito, imagem ou afirmação com conteúdo calunioso, difamatório, injurioso ou sabidamente inverídico.

O rito de tramitação do direito de resposta na Internet obedece à regra elencada no art. 58, § 2º, da Lei nº 9.504/1997, devendo o ofensor após

regular notificação, apresentar defesa em 24 horas, estabelecido o prazo máximo de 72 horas, contadas do ajuizamento do pedido, para prolação de decisão.

Importante observar que a Lei não fixou especificamente para a Internet o limite temporal para a formulação de direito de resposta, que tem o início de sua contagem previsto a partir da veiculação da ofensa. Certamente, a fixação exata do prazo fatal ficará reservada à consolidação do entendimento jurisprudencial, entretanto poderá aplicar, por analogia, a norma aplicável aos órgãos da imprensa escrita, cravando o termo final em 72 horas.

A inovadora lei dispendo sobre a propaganda na *web* trouxe significativos avanços para o cumprimento da concessão do pedido, prevendo que a resposta será dada em condições idênticas à veiculação da ofensa (espaço, local, horário, tamanho, número de caracteres e outros elementos técnicos), devendo, ainda, permanecer disponível para acesso aos usuários por tempo não inferior ao dobro da mensagem lesiva (art. 58, § 3º, inciso IV, da Lei nº 9.504/1997).

Também correrão por conta do responsável pelo ilícito todas as despesas decorrentes da divulgação da resposta.

À decisão proferida pelo Magistrado primitivo, caberão recurso ao Tribunal Regional e, posteriormente ao seu julgamento, recurso especial ao Tribunal Superior, ambos no prazo de 24 horas, dispensado o Juízo de admissibilidade perante a instância regional (art. 58, § 5º, da Lei nº 9.504/1997).

Como previsto nas representações, o pedido de direito de resposta terá preferência sobre os demais feitos na Justiça Eleitoral.

9 Debates

Em razão da lacuna existente na Lei nº 12.034/2009, no que tange à realização de debates na Internet entre os candidatos participantes da

disputa, o TSE, por meio da Resolução nº 23.191, regulamentou a matéria juntamente com as emissoras de rádio e televisão.

Correrão por conta do responsável pelo ilícito todas as despesas da divulgação da resposta.

Porém, em recente julgamento proferido pela Corte Superior Eleitoral, após exaustiva discussão na sessão plenária de 8/4/2010, foi aprovada a Resolução nº 23.246, alterando substancialmente a redação originária, procedendo à exclusão das regras aplicáveis ao rádio e à televisão dos debates na Internet ou em outros meios eletrônicos de comunicação, lavrando novo texto dos arts. 1º, 29 e 30 da regulamentação primitiva.

Cumprir destacar que o principal sustentáculo para a modificação da redação originária firmou-se no entendimento de que a Internet não pode submeter-se às regras destinadas aos debates nas emissoras de rádio e televisão por tratar-se de veículo de comunicação com livre atuação.

Diante desse entendimento, pode-se interpretar que os debates na rede mundial de computadores serão realizados sem observação de limites, restando totalmente liberadas as condições para sua efetivação, imaginando ainda a construtiva hipótese de os internautas interagirem com os candidatos participantes do evento.

10 Abusos na propaganda com o uso indevido da rede e seu mecanismo de apuração

A liberação total de propaganda na Internet provavelmente irá gerar a prática de abusos do poder econômico ou do poder político, com utilização indevida da rede como veículo de comu-

nicação social pelos principais protagonistas da campanha eleitoral, que possivelmente buscarão a promoção da propaganda de conteúdo ilícito, sobretudo para atingir ou denegrir a imagem do seu adversário.

A normalidade e a legitimidade das eleições poderão ficar comprometidas em decorrência da prática das nefastas condutas abusivas, principalmente com a ocorrência de fatores que depreciarão a propaganda na *web*.

Os excessos, abusos e outras formas do uso indevido da Internet durante a campanha eleitoral deverão ser apurados e punidos com a instauração de ação de investigação judicial eleitoral, nos moldes elencados no art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990, que traz no seu bojo a referência da aplicação de sanções severas no âmbito de análise da proporcionalidade e potencialidade lesiva, podendo resultar na cassação do registro do candidato beneficiário da conduta ilícita, independentemente da pena de inelegibilidade e comunicação ao órgão do *Parquet* para as devidas providências cabíveis na esfera penal.

Por derradeiro, nessa oportunidade, cumpre observar que as condenações previstas na Lei Complementar nº 64/1990, no tópico dos abusos das eleições, foram substancialmente alteradas pela promulgação da Lei Complementar nº 135,

de 4/6/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, impondo aumento rigoroso no período de inelegibilidade e abrangendo também a autorização de cassação do diploma do beneficiário da conduta caso, com investigação jurisdicional, seja julgada procedente após a proclamação dos eleitos.

11 Conclusão

A permissão de divulgação do amplo conteúdo da propaganda eleitoral na rede mundial de computadores trará imensurável repercussão na opinião pública, principalmente pela instantânea reprodução da comunicação e informação diante do altíssimo nível da tecnologia digital.

Encontrando-se o Brasil fixado em uma dimensão continental, com 134 milhões de eleitores, facilitará a livre escolha dos seus representantes, podendo o candidato ampliar a difusão dos planos e propostas programados para o exercício do mandato eletivo, oportunidade em que a utilização da *web* trará resultados altamente positivos para aperfeiçoamento do processo democrático.

Portanto, o internauta poderá acompanhar todas as ações políticas e estratégias colocadas na disputa eleitoral, nos diversos níveis do próximo certame, ocasião em que a cidadania votará em seis eleições, em consagração à soberania popular. ■

Bibliografia

- AGRA, Walber de Moura; CAVALCANTI, Francisco Queiroz. *Comentários à Nova Lei Eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 12. ed. Brasília: UnB, 2004.
- BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral brasileiro*. 14. ed. Bauru: Edipro, 2010.
- CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda eleitoral*. 10. ed. Curitiba: Juruá, 2010.
- DECOMAIN, Pedro Roberto; PRADE, Péricles. *Comentários ao Código Eleitoral*. São Paulo: Dialética, 2004.
- GARCIA, Emerson. *Abuso de poder nas eleições*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- GOMES, Suzana de Camargo. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- INELLAS, Gabriel Cesar Zaccaria de. *Crimes na Internet*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009.
- MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco. *Constituição Federal Comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MICHELS, Vera Maria Nunes. *Direito Eleitoral*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze. *Abuso de Poder nas Eleições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- PAZZAGLINI, Marino Filho. *Eleições gerais*. São Paulo: Atlas, 2010.
- PIMENTEL, Marcelo. *A prática do Marketing Político*. Taubaté: Ed. do autor, 2008.
- RAMAYANA, Marcos. *Comentários da Reforma Eleitoral*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2006.
- RIBEIRO, Fávila. *Abuso de poder no Direito Eleitoral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

Censura legislada.

*"A liberdade de opinião não pode ser regulada
como gado doente, ou manteiga impura."*¹

*(William O. Douglas - Juiz da
Suprema Corte dos EUA)*

Manuel Alceu Affonso Ferreira

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), turma de 1967. Ex-Conselheiro Federal e Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP). Ex-Juiz titular do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (TRE-SP) por dois sucessivos mandatos. Ex-membro do Conselho de Comunicação Social do Senado Federal. Pertence ao Conselho Deliberativo do Instituto dos Advogados de São Paulo (Iasp) e ao Conselho de Estudos Avançados da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp). Membro da Academia Paulista de Direito (APD). Sócio-Fundador dos Instituto Brasileiro de Direito Público, Instituto Brasileiro de Direito Eleitoral e Instituto do Direito de Defesa.

Na história dos povos e das sociedades, embora mantendo intacto o detestável núcleo essencial, a prática censória metamorfoseou-se sob as mais distintas formas: a oficial, a econômica, a corporativa, a autocensura, etc. Raramente, contudo, sob a de “censura legislada”, que os espíritos refratários ao debate e repulsivos à civilizada convivência entre os contrários, sem constrangimentos incorporaram ao Direito Positivo, com isso tentando conferir à censura ares de legitimidade.

Lembrando aquilo que, na famosa conferência, Otto Bachof denunciou como “norma constitucional inconstitucional” – isto é, a regra ofensiva ao “direito supralegal não positivado”, pelo que, violado este, ao comando positivado “se deve qualificar de inconstitucional” (1994, p. 40 e 47) –, a Constituição de Cuba, por exemplo, reconhece “a los ciudadanos libertad de palabra y prensa conforme a los fines de la sociedad socialista”,² logo adiante ateimando em que tal liberdade não poderá ser exercitada

“contra la existencia y fines del Estado Socialista, ni contra la decisión del pueblo cubano de

1. apud Kemp, 1997, p. 35. Tradução livre.

2. Art. 53.

construir el socialismo y el comunismo. La infracción de este principio es punible.”³

Entre nós, o Legislador vinha sendo mais comedido e recatado. “Vinha sendo”, disse eu, porque, descontados os períodos autoritários dos “DIPs” da vida, ou dos atos institucionais editados por um autodenominado “poder revolucionário”, nos estatutos infraconstitucionais, de maneira geral, os inalienáveis direitos à opinião e à crítica eram respeitados pelo Parlamento brasileiro. E respeitados, acrescente-se, por louvável obediência ao sistema jurídico maior, quiçá pela vergonha do Legislador em desacatá-los... Mas, de todo modo, razoavelmente atendidos.

Sucedeu que, *ex impetu*, o Congresso Nacional decidiu lançar tais pruridos às urtigas. Foi o que se deu com a Lei nº 9.504/1997, em preceitos referendados na recente Lei nº 11.300/2006.

Nessas disposições, resolveu a Legislatura, sem enrubescer, proibir às emissoras de rádio e de televisão, a partir de 1º de julho do ano eleitoral, em qualquer programa e também nos noticiários, “III - **difundir opinião** favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes”.⁴ Afrontado esse proibitivo, a emissora sujeitar-se-á a severas multas, podendo ainda ver sustada a sua programação por duplicáveis períodos de 24 horas.⁵

Surpreendente e lastimavelmente sem hesitar quanto à juridicidade desse veto ao assoalho de opiniões, o Eg. Tribunal Superior Eleitoral (TSE) prestigiou-o na instrução baixada para regular as eleições do corrente ano de 2010.⁶

Ora, restrição dessa ordem, sob vênias dos discordantes, é de escancarada inconstitucionalidade. Não se pode, sob nenhum pretexto, ou à luz

de óptica alguma, interditar a ninguém o direito de **opinar**, notadamente à imprensa, seja qual for a sua forma técnica de exteriorização, impressa ou eletrônica.

Qualquer restrição à emissão de opinião é de escancarada inconstitucionalidade.

Com efeito, preocupado em garantir, após o hiato autoritário, consagrados valores democráticos, o Constituinte brasileiro de 1988 afiançou a inviolabilidade do direito à livre manifestação dos pensamentos e das opiniões.⁷ Por isso, ao cuidar da comunicação social, a Lei Básica realçou que a expressão do intelecto, a informação e a criação, “sob **qualquer** forma, processo ou veículo”, não sofreriam “**qualquer** restrição” além daquelas ali enumeradas.⁸

Tão enfático foi o ânimo do Constituinte que, no § 1º do art. 220, agregara o pronome (“qualquer”) quando aludiu à impossibilidade de normas legais embaraçantes à plena autonomia da informação jornalística, estatuinto que tal abrangeria “**qualquer** veículo de comunicação”, igualmente fazendo-o no sucessivo § 2º (“toda e **qualquer** censura”), com isso significando a pleonástica extirpação, pela vontade nacional, dos empecilhos ao direito de informação, seja qual for a sua origem.

Nem se alegue, em prol do impedimento legislativo, ter a Constituição da República cogitado da “normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico”,⁹ ancorando-se, pois, nessa tutela a justificativa para tolher a radiodifusão, porque componente do “poder econômico”, o exercício do *jus opinandi*. Sem embargo atraente, perfumado até, o argumento não se sustenta.

A uma, e de pronto, porquanto restrição desse jaez, ligada às eleições, não constou, direta ou

3. Art. 62.

4. Art. 45.

5. Arts. 45, § 2º, e 56, *caput* e §§.

6. Resolução TSE nº 23.191-DF, art. 28.

7. CF, art. 5º, incisos IV e IX.

8. CF, art. 220, *caput*.

9. Art. 14, § 9º.

reflexamente, do exauriente capítulo (Capítulo V do Título VIII), que o Constituinte pátrio tributou à “Comunicação Social”.

À luz da Constituição, caso não possam as emissoras opinar, tampouco poderão fazê-lo os jornais e as revistas.

A duas, porque a normatividade complementar mencionada no art. 14, § 9º, da Carta de 1988, que busca acautelar a “influência do poder econômico” no processo eleitoral, volta-se a hipóteses diversas, abordando, portanto, temática distinta, tanto assim que as conexas legislações infraconstitucionais¹⁰ óbice algum antepuseram à radiodifusão ou à imprensa em geral.

A três, visto que, se *ad argumentandum*, em nome da lisura dos pleitos, não pudessem as emissoras externar opinamento sobre candidatos e partidos, tampouco poderão fazê-lo os periódicos escritos, estes, no entanto, (ao menos estes, felizmente...) alijados do aparato censório da Lei Eleitoral. Ou em tese não podem também eles, os jornais e as revistas, compor o “poder econômico” capaz de influir nas eleições? O certo é que o Legislador não decretou à imprensa escrita silêncio idêntico àquele ditado para a mídia falada e visual. Ou seja, o mesmo exato alheamento à realidade, o mesmo comodismo egoístico, o mesmo alienado desdém aos elementares reclamos de uma cidadania efetivamente participativa.

Tampouco se colacione, em benefício da achavascada inconstitucionalidade cometida pelo Congresso Nacional, que essa barreira ao juízo crítico das rádios e televisões é temporária porque circunscrita aos períodos eleitorais. Quando, em torno da limitação à franquia democrática da liberdade de imprensa e radiodifusão, a Constituição quis resguardar provisoriidades, explicitou-as

sem circunlóquios, *litteram*, tal como o fez no tocante ao estado de sítio.¹¹

Aí sim, e apenas nessa excepcional situação atinente à defesa do Estado e das instituições, é que, transitoriamente, o Constituinte originário licenciou proibições como aquela que, sem prévia autorização maior, os Legisladores ordinários de 1997 e de 2006 optaram fazer vigorar.

Há pouco, no célebre julgamento que ab-rogou a Lei de Imprensa de 1967,¹² e na oportunidade conduzido pelo talento do superior intelectual que é o Ministro Carlos Ayres Britto, em acórdão agora em trânsito, o Eg. Supremo Tribunal Federal (STF) ementou que:

“A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, **mesmo que legislativa** ou judicialmente intentada.”

Por isso, prosseguiu a Excelsa Corte, “não cabe ao Estado, por **qualquer dos seus órgãos**, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas”. E, citando o Ministro Celso de Mello, o mesmo julgado lembrou que “a censura governamental, **emanada de qualquer um dos três Poderes**, é a expressão odiosa da face autoritária do Poder Público”.

Segundo obtemperava Jorge Miranda:

“A liberdade de expressão é mais que a liberdade de comunicação social, porquanto abrange **todos e quaisquer meios de comunicação** entre as pessoas – a palavra, a imagem, o livro, qualquer outro escrito, a correspondência escrita e por telecomunicações, o espetáculo, etc.” (1988, p. 374, n. g.).

Nessa senda, à vista dos comandos constitucionais regentes, coonestados pela dicção judicante da Corte Suprema Brasileira, como aceitar que, por longo período (de 1º de julho até o primeiro domingo de outubro do ano eleitoral), a liberdade

10. Leis Complementares nº 64, de 1990, e 81, de 1994.

11. CF, arts. 138, *caput* e § 1º, e 139.

12. ADPF-130, j. de 30/4/2009.

opinativa de um importantíssimo setor da imprensa – o da radiodifusão – seja sumariamente aniquilada, transformada em coisa nenhuma, em um inócuo *quid*, pelo injurídico capricho do Legislador da União?

Ofende a Constituição a censura oriunda de qualquer um dos poderes.

Ainda que concorrentes e mais particulares prescrições da Constituição, como aquelas acima arguidas, sozinhas não retirassem constitucionalidade à proibição agasalhada nas Leis nºs 9.504 e 11.300, estranhável seria a sua subsistência em face do “pluralismo político” e da “sociedade livre” erigidos como fundamento, o primeiro, e objetivo, a segunda, da República Federativa do Brasil.¹³

Que singular “pluralismo político” teremos nós se a opinião é cerceada, porque apenas consentida para uma parte da imprensa (os veículos impressos), coincidentemente a de menor penetração? E que curiosa “sociedade livre” se conseguirá impedindo-se, à maior parte da população – justamente àquela que, sem ter o hábito ou a possibilidade de folhear jornais e revistas, somente logra acompanhar as condutas e os perfis dos candidatos graças ao rádio e à televisão –, o acompanhamento imprescindível à formulação de voto minimamente consciente?

Há mais. Se – e de novo graças à ordem explícita do Estatuto Fundamental – a programação das emissoras de rádio e televisão deve adotar “preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas”,¹⁴ como entender que, arrostando os desideratos da educação, da cultura e

da informação, ao eleitorado ouvinte e telespectador possa ser escamoteado o *jus criticandi*, isso se operando via ronceiras e reacionárias interdições albergadas no microssistema legislado?

Pragmaticamente não será desarrazoado imaginar – muito pelo contrário, é a expectativa provinda da experiência – que, no curso da campanha presidencial, com o aceleração das paixões partidárias e o crescimento dos ataques recíprocos, venham à tona acusações de improbidade, procedentes ou não, a um candidato ou a uma candidata... Diante dessas denúncias, o que restará às emissoras a não ser glacial e assepticamente registrar tais fatos nos seus noticiosos, não lhes sendo permitido, conforme ditaria o interesse público, comentá-los ou analisá-los, já que a Lei do Congresso manda que não divulguem “opinião” de nenhuma espécie?

Vale dizer, tão somente à elite dos destinatários da comunicação social – isto é, ao leitorado dos jornais e das revistas –, nos editoriais e nos artigos dos colaboradores, ensejar-se-á tomar ciência crítica daquelas imputações essenciais à convicção do votante, sob pena de, caso externada a análise nas emissoras, vislumbrar-se aí, *ex vi* da regra congressual, “opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes”, o que propiciará multas e retiradas do ar.

Na contemporaneidade, “o rádio e a televisão são por excelência os meios de emissão do pensamento adaptado ao regime de massas que é o da democracia moderna”, como quis George Burdeau (1972, p. 306, tradução livre) na conhecida e antológica monografia sobre as liberdades públicas.

Noutras palavras, em função do obstáculo legislado, o eleitorado cede lugar ao leitorado. Ou seja, querendo mais se inteirar a respeito de ocorrências que lhes possam definir o sufrágio, que o favelado dos morros cariocas, o caboclo do Vale do Ribeira e o morador das palafitas recifenses recorram aos escritos de *O Globo*, do *Estadão* e da *Folha*, quiçá ao *Le Monde* e ao *New York Times*. No radiozinho que portam, ou no televisor a duras

13. CF, arts. 1º, inciso V, e 3º, inciso I.

14. Art. 221, inciso I.

penas adquirido, aqueles brasileiros coisa alguma ouvirão, ou verão...

Em primoroso ensaio dedicado ao direito à informação, um ilustre Advogado, o Dr. Airton C. Leite Seclaender, apontando a doutrina estrangeira, evidenciou que, em se colimando o governo pelos governados, **não basta**

“(...) a comunicação pura e simples dos fatos ao povo, porquanto este careceria do sofisticado instrumental analítico necessário para compreender plenamente a conduta das autoridades e assim não ser iludido por elas. É, pois, partindo de uma avaliação semelhante da conjuntura atual que tanto o pensador alemão quanto Balle concluem estar a liberdade de informação dependendo, nos dias de hoje, da realização de um **processo permanente de tradução** (n.g.) das informações oriundas do Estado para termos inteligíveis ao homem comum – o direito de ser informado, nos fins do século XX, não pode deixar de implicar também um **direito à explicação** (g.o.), sob pena de perder sua própria razão de ser” (1991, p. 153).

Nesse “processo permanente de tradução”, serão bem-vindos, para exemplificar, os eruditos textos do filósofo Roberto Romano. Mas, com eles, jamais se alcançará (infelizmente!) o “**homem comum**”. Quem o atingirá ao dissecar as ocorrências divulgadas e sobre as mesmas opinar, glosando-as, serão talvez, na televisão, o Arnaldo Jabor e o Fernando Mitre, ou o Heródoto Barbeiro, na CBN. É na rádio e nos veículos televisivos que a esmagadora maioria do eleitorado, e não aquele diminuto contingente inscrito na seção eleitoral do Jardim América, procurará o indispensável “direito à explicação”.

Já se disse, e bem, que a censura a um meio de comunicação de massa é uma “violação ao direito que o cidadão tem de procurar, receber e publicar informações, garantido pelo art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos” (MATOS, 2005, p. 164). Como se proclamou, com igual acerto, que a radiodifusão ostenta, além da função informativa, a “função de integração, de divulgação de

opiniões de modo que possibilite a congregação de opiniões individuais em correntes de opinião, ajuda as pessoas a formarem **as suas próprias opiniões** e a reunirem-se para a realização de objetivos comuns”, sendo, ademais, irrefutável que “a rádio e a televisão podem desempenhar esta função de uma forma mais imediata e mais viva...” (CORREIA, 2000, p. 267, n. g.).

As notícias exigem um “processo permanente de tradução” e geram um “direito à explicação”.

Por todos, e naquele que, sem favor nenhum, é o melhor dos tratadistas hodiernos da liberdade de expressão, ficou anotado que,

“à semelhança do que sucede com as demais liberdades da comunicação, também a liberdade de radiodifusão deve ser compreendida em termos alargados e principais, estendendo a proteção constitucional aos diferentes conteúdos programáticos e não apenas àqueles que em maior medida se relacionem com os imperativos democráticos de funcionamento do sistema político” (MACHADO, 2002, p. 623-624).

Noutra passagem, o mesmo publicista consignaria, sempre no tocante às emissoras:

“A liberdade de programação deve ser interpretada num sentido amplo, compreendendo a liberdade de emitir qualquer programa, independentemente do seu conteúdo, ou da sua qualidade, sendo qualquer juízo sobre essa matéria reserva da empresa de radiodifusão” (2002, p. 632-633).

Observando serem “proibidas todas as interferências estaduais, directas e indirectas, manifestas ou subitas, oficiais e não oficiais, na seleção e conformação do conteúdo da programação ou de um programa em particular” (2002, p. 632), o lusitano Jónatas Machado arremataria:

“Protegida está a transmissão de notícias, **opiniões**, programas de natureza informativa, formativa ou de entretenimento, incluindo conteúdos publicitários, ficcionais ou artísticos” (2002, p. 633, n. g.).

É proibido proibir...

De mais a mais, não se estribe dita proibição no argumento, há muito sepultado pela reprovação unânime dos especialistas, de que as emissoras de radiodifusão são meras concessionárias ou permissionárias de um **serviço público**: o da propagação sonora ou de sons e imagens. Especificidade dessa natureza delas não extirpa a atividade jornalística à qual também se dediquem, muito menos lhes arrebatam a liberdade constitucional de pronunciar-se quanto àquilo que entenderem.

Voltando a Jónatas Machado:

“Embora o Estado possa restringir a liberdade de radiodifusão, colocando o seu exercício sob reserva de licença ou de autorização prévias e impondo algumas obrigações programáticas e organizatórias básicas em ordem à garantia do interesse público e do pluralismo, tais restrições devem limitar-se ao estritamente necessário para a salvaguarda dos bens constitucionais pertinentes (...)” (2002, p. 625).

Rádio e televisão desempenham, sim, serviço público. Mas nem por isso subordinam-se a regimentos afeiçoados ao fornecimento de água, à captação de esgotos ou à coleta de lixo. Inadmissível será e é

“simplesmente pretender transferir toda a disciplina jurídica tradicional relativa aos serviços públicos para o setor, pois este apresenta peculiaridades a serem obrigatoriamente levadas em consideração na construção do modelo aplicável neste campo” (LOPES, 1977, p. 152).

A principal e mais saliente dessas características, continuou Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes,

“é a íntima relação da radiodifusão com o sistema democrático de Estado, na medida em que se relaciona com a **liberdade de opinião** e de expressão, de imprensa, a forma republicana de Estado e o controle da sociedade nesse setor” (1977, p. 153).

Vale dizer,

“se a disciplina geral dos serviços públicos apresenta o Estado como ente administrador e fiscalizador dos mesmos, garantindo-lhe uma série de prerrogativas em função dessa posição, tais características podem e devem ser adaptadas ao setor radiodifusivo para compatibilização com o Estado democrático, baseado no livre fluxo das informações, no pluralismo político e cultural e na igualdade de direitos, na **liberdade de opinião** e de expressão, na imprensa livre e na vedação de censura” (1997, p. 153-154, n. g.).

Dúvida não deve haver. Embora prestando serviço coletivo, a emissora de radiodifusão não é uma Sabesp, nem poderá ser confundida com uma Eletropaulo. Daí por que não se almeje, passando ao largo de suas individualidades constitucionais, legislativamente tratá-la tal como se faria, ou se faz, com os serviços públicos ordinários, para, assim, coarctar-lhes a liberdade de emitir pensamentos críticos, conttenham ou não, essas críticas, louvores ou tundas a candidatos (ou candidatas...), aos partidos que os suportem ou às coligações que os apoiem.

Por derradeiro, seria ingênuo conceber que, afastada a censura opinativa, não pudessem alguns órgãos eletrônicos, abandonando a isenção ditada pelo bom jornalismo e sensibilizados por polpudas verbas publicitárias, destinar o seu poderio influenciador para apoiar certos postulantes. Todavia, para enfrentar esse risco, a legislação ordinária, tanto a eleitoral como a de radiodifusão, conta com suficiente arsenal jurídico repressivo, por si capacitado a punir e a desestimular eventuais excessos opinativos, ou a transformação da “opinião” em “pregação”.

Segundo a sabedoria popular, para combater a doença não é necessário matar o doente. E, mais,

como *ad nauseam* tem pregado o atilado Ministro Marco Aurélio nas sessões do STF, a democracia tem o seu preço, sendo preciso pagá-lo para precetar a integridade dos valores protegidos na Constituição, um deles, fundamentalmente, o direito de opinar.

O Brasil do século XXI não admite retrocessos. Notadamente, quando aquilo que se acha em causa é a liberdade de expressão, pela qual sucessivas gerações de patriotas lutaram e sofreram. Afinal, poetava Caetano em um certo domingo de 1968, é proibido proibir... ■

Bibliografia

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais*. Coimbra: Almedina, 1994.

BURDEAU, George. *Les Libertés Publiques*. Paris: Lib. Générale de Droit et Jurisprudence, 1972.

CORREIA, Luís Brito. *Direito da Comunicação Social*. v. 1. Coimbra: Almedina, 2000.

KEMP, Peter. *The Oxford Dictionary of Literary Quotations*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão - Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra, 2002.

MATTOS, Sérgio. *Mídia controlada – a história da censura no Brasil e no mundo*. São Paulo: Paulus, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. IV. Coimbra: Coimbra, 1988.

SECLAENDER, Airtton C. Leite. O direito de ser informado – base do paradigma moderno do Direito de Informação. In: *Revista de Direito Público*. v. 99. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 1991.

O

bservações e comentários ao art. 97-A da Lei nº 9.504/1997.

Oscar Dias Corrêa Júnior

Advogado. Juiz do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (TRE-MG), de 2002 a 2006. Deputado Estadual, de 1979 a 1983. Deputado Federal, nos períodos de 1983 a 1987 e 1987 a 1991, pelo Estado de Minas Gerais.

A publicação da AASP que trata especificamente do Direito Eleitoral é a melhor oportunidade para que coloquemos em debate questões a ele relacionadas e que por sua relevância e interesse suscitam, nesse momento, ampla discussão na sociedade brasileira.

E digo isso porque sua repercussão não se restringe apenas àqueles que militam na área do Direito, mas, pela abrangência do seu conteúdo, diz de perto a todo cidadão que, no gozo pleno dos seus direitos políticos, faz do exercício de votar e ser votado corolário maior da sua cidadania.

Não é sem razão, pois, que assume significado especial a promulgação da Lei nº 12.034, de 29/9/2009, que, a exemplo da Lei nº 11.300/2006, estabeleceu novas regras para as eleições, alterando, no Código Eleitoral, as Leis nºs 9.504/1997 e 9.096/1995.

Ao aprová-la, buscou o Congresso Nacional atender os reclamos da sociedade civil organizada que pugnava por mudanças na legislação eleitoral de modo a ajustá-la aos melhores valores morais e éticos e à realidade do processo eleitoral.

Dessa forma, tratou-se naquele diploma legal de temas que diziam respeito tanto aos partidos políticos como aos que se referiam aos interesses específicos dos candidatos, quais sejam, por exemplo, prestação de contas, registro de candidaturas e propaganda eleitoral, dentre outros.

Poderíamos discorrer, nesta oportunidade, sobre várias dessas alterações, que, como já dito, possuem importância relevante no cenário jurídico nacional, mas permitimo-nos ater-nos, apenas, à que deu origem ao art. 97-A e que regula, no âmbito do Direito Eleitoral, o disposto no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal (CF) de 1988.

Este, por sua vez, foi introduzido no título dos Direitos e Garantias Individuais da CF de 1988 pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que promoveu ampla reforma no Judiciário, agilizando seus procedimentos, modernizando as práticas forenses, imprimindo dinâmica mais ativa à Magistratura e, principalmente, dando eficácia às suas decisões.

Não há nenhuma dúvida, pois, de que a inspiração do Legislador Constitucional, ao promover a inclusão daquele item na Carta Magna, foi a de produzir remédio que tratasse com eficiência o problema da morosidade na prestação jurisdicional, doença que contamina a imagem e o conceito da Justiça e que se alastrou por todos os seus segmentos especializados, inclusive pela Justiça Eleitoral.

Deve-se, então, entender o art. 97-A como complemento de uma ampla reforma constitucional que gerou, por parte dos três poderes da República, o que se denominou “**Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano**”, diante de diagnósticos que apontavam a questão judiciária como a que mais afligia a sociedade, com reflexos no próprio desenvolvimento nacional, desestimulando investimentos, propiciando inadimplência, gerando impunidade e solapando a crença dos cidadãos no regime democrático.

Com essa providência legal, imprimiu-se expressa prioridade ao processo eleitoral e, mais que isso, à sua pronta solução jurídica, especialmente ao dispor que, em nenhuma hipótese, sob pena de representação contra aquele que o procrastinar,

poderá exceder sua tramitação a um ano, desde o seu ajuizamento até a última instância da Justiça Eleitoral.

O problema dos prazos, por exemplo, é um aspecto que merece nossa observação, já que vários e distintos são os previstos na legislação eleitoral.

Em outras palavras, conferiu-lhe o Legislador ordinário tratamento especial, *status* privilegiado, para consagrar o princípio de que a lide estará concluída, julgada, com decisão judicial definitiva, no prazo máximo de um ano.

Sob essa inspiração, pois, repita-se, é que veio ao mundo jurídico, e em boa hora, o art. 97-A da Lei nº 12.034/2009.

Não que com ele se elimine de imediato, como que por mágica ou encanto, com o toque de uma varinha de condão, o problema da morosidade na Justiça Eleitoral, mas há que se reconhecer o avanço que ele proporciona à própria estrutura do Estado nacional, na medida em que impõe limite temporal para a concretização de um objetivo legal que se procura preservar, qual seja, a lisura do pleito eleitoral, a vontade soberana do eleitor, a efetividade das decisões judiciais, a plenitude democrática.

No entanto, para que se dê real cumprimento ao disposto no art. 97-A, supracitado, parece-nos indispensável proceder-se a uma série de novas mudanças legislativas de modo a compatibilizá-lo com a exigência da sociedade civil e o devido processo legal, princípio inafastável do Direito e da Justiça.

O problema dos prazos, por exemplo, é um aspecto que merece nossa observação, já que vários e distintos são os previstos na legislação eleitoral. Seja para contestação, contrarrazões, oferecimento

de defesa de um modo geral, apenas para citar algumas fases do processo eleitoral, seria fundamental unificá-los, de preferência como se faz agora, em período compatível e razoável com a velocidade que se lhe quer imprimir.

Primeiro, para facilitar o próprio desempenho profissional do Advogado, que não precisaria indagar da natureza jurídica da ação para definir o prazo de sua intervenção na causa. Em segundo lugar, para agilizar o próprio andamento do processo, sua tramitação, se o fixar em período mais curto, por exemplo, três dias em qualquer hipótese.

Com isso, é claro, torna-se mais célere a conclusão do processo, satisfazendo-se a exigência da sociedade civil por uma eficiente e rápida prestação jurisdicional. Aliás, oportuna, também, e ainda nesse sentido a alteração introduzida pela Lei nº 12.034/2009, no art. 73, § 13, que estabeleceu como sendo de três dias o prazo recursal no caso da representação com base no art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990, equiparando-a à prevista para a hipótese do crime capitulado no art. 73 da Lei nº 9.504/1997. Diga-se de passagem, dentro desse espírito de padronização de prazos que acima apregoamos, mas que, infelizmente, vem se concretizando de forma mais lenta do que o necessário.

Mas não fiquemos apenas nessa mudança, pequena, ainda, para o objetivo maior que se quer alcançar.

Seriam indispensáveis, também, modificações nos próprios ritos processuais das diversas ações eleitorais existentes, e que hoje não guardam uniformidade, já que são específicos e próprios para cada uma das leis que as regem.

Citemos, por exemplo, o caso da oitiva de testemunhas, que, examinadas as características de cada caso, e conforme a natureza da ação, tanto pode se dar com as testemunhas sendo conduzidas pessoalmente pela parte interessada como comparecendo em Juízo devidamente intimadas.

É claro que, na primeira hipótese, que, diga-se de passagem, nem sempre é a preconizada, a tramitação do processo eleitoral se dá de forma mais acelerada, contrariamente à segunda, em que, em função da diligência judicial, a que acima nos referimos, pode demandar lapso de tempo considerável para o seu cumprimento.

Vários foram os casos de agentes públicos que, mesmo condenados pela Justiça Eleitoral, não sofreram as consequências de penalidades a eles aplicadas.

De qualquer modo, porém, deve-se privilegiar sempre o devido processo legal e o contraditório, sem que com isso, no entanto, não se busque a agilização de todas as fases do processo eleitoral.

Arriscar-me-ia a dizer, mesmo sem querer polemizar nesta oportunidade, que são imperativas regras mais uniformes para regulamentar a sua tramitação, quem sabe, quase um Código de Processo Eleitoral, já que esse ramo especializado do Direito assume cada vez mais importância e relevância no cenário da Justiça brasileira, merecendo, pois, procedimentos próprios e sistematizados a todas as ações eleitorais.

Não que estejamos defendendo, aqui, repito, atropelos a direitos e garantias individuais do cidadão ao propormos o encurtamento de prazos processuais, nem, tampouco, prejudicando o constitucional direito de defesa da parte como se disse anteriormente. Mas a verdade é que não podemos aceitar que a aplicação de qualquer sanção judicial pela prática de um crime eleitoral não se consume em razão da demora na prestação jurisdicional.

É sempre bom lembrar que, hoje menos, e mais ocorrentes no passado, vários foram os casos de agentes públicos que, mesmo condenados pela

Justiça Eleitoral, não sofreram as consequências de penalidades a eles aplicadas, já que os processos em que eram réus só puderam ter suas execuções efetivadas após o término de seus mandatos eletivos ou do exercício de suas funções políticas, o que, por óbvio, não tem nenhuma consequência jurídica real.

E é esse fato, exatamente isso, que justifica a inclusão do art. 97-A na Lei nº 9.504/1997 e o seu aplauso por toda a sociedade.

Poderíamos acrescentar, ainda, a essa demanda que ora apontamos, outra, de natureza administrativa, qual seja, a de se adaptar as estruturas organizacionais e físicas da Justiça Eleitoral a essa nova realidade de eficiência e rápida solução de conflitos judiciais eleitorais, sem o que não se promove a efetividade, a excelência na prestação jurisdicional.

E aí um ponto importante a se considerar, já que a Justiça Eleitoral tem uma particularidade atípica, sendo a única Justiça especializada que não possui quadro próprio de Juízes. A investidura é para um mandato bienal, permitida uma recondução, procedimento que, ao mesmo tempo em que oxigena a jurisprudência da Corte, gera incertezas quanto a sua manutenção em função da alta rotatividade de sua composição.

Assim, os Juízes eleitorais ora estão prestando serviço na Justiça Comum, na Justiça Federal, ora na Justiça Eleitoral, que, por sua vez, só tem prioridade legal quanto à tramitação de seus feitos em período eleitoral.

Nesse, e apenas nele, prevalecem a instrução e o julgamento da matéria eleitoral sobre qualquer outra, impondo-se nesse instante agilizar tudo o que lhe disser respeito.

Salutar, portanto, a mudança de agora, uma vez que a reforma da Lei, com o acréscimo do art. 97-A, e mais recentemente com a introdução, na Lei Complementar nº 64, do seu art. 26-B (LC nº 135, de 4/6/2010), não estipula a ocasião em que se dará a prioridade, tornando-a quase que permanente.

Enfim, não há dúvida de que toda essa complexa estrutura é necessária também para que o Estado possa dar resposta imediata a milhares de processos eleitorais que são propostos, em especial no período da campanha eleitoral, na grande parte dos municípios brasileiros e que não encontram solução com a eficiência e a presteza que a sociedade exige.

Fiquemos, com a permissão de todos, no exemplo de Minas Gerais, que, com 853 municípios, é talvez o Estado responsável pelo maior número individual de ações eleitorais no Brasil.

Multipliquemos esse número pelo de candidatos em disputa de cargos eletivos e mais por tantos quantos são os tipos de ações passíveis de ajuizamento no período das eleições e chegaremos a milhares ao cabo de um ano.

Representações, ações de investigações judiciais eleitorais, ações de impugnações de mandatos eletivos, recursos contra expedição de diploma são apenas alguns exemplos da materialização dessa fúria demandante que assola o Judiciário naquele período e que assoberbam a Justiça Eleitoral.

E não há como concluí-las, de modo a que se dê efetividade às decisões judiciais aí tomadas, sem procedimentos processuais ágeis e rápidos.

Cabe, aqui, um parêntese, e que bem se encaixa no espírito do novo artigo, para dizer que as prestações de contas dos candidatos, que a partir da Lei nº 12.034/2009 passaram a ter natureza judicial, têm hoje prazo legal para seu julgamento, devendo estar examinadas, no caso dos candidatos eleitos, até as suas diplomações.

Aliás, não seria essa hipótese a única já regulada, no que diz respeito a prazos na Justiça Eleitoral, que, com calendário rígido e curto, também já fixa, dentre outros, limites para o julgamento de todos os registros de candidaturas.

Essas observações que ora faço, pois, a meu ver, só vêm demonstrar que a prioridade delimitada no art. 97-A da Lei nº 9.504/1997 não é somente de natureza política, constituindo-se, mais do que isso, na vontade do Legislador, que, no caso,

se confunde com a da própria sociedade, em dar pronta solução ao litígio eleitoral, que, acima de qualquer outro, é a expressão viva e eloquente da democracia e do pleno exercício da cidadania.

Cabe, por fim, um breve comentário sobre os §§ 1º e 2º do referido artigo.

Quanto ao primeiro, deve-se entender, também, para efeito da duração da tramitação do processo, sua passagem pelo Ministério Público, que, com certeza, deverá melhor se aparelhar para propiciar à Justiça Eleitoral, como um todo, o cumprimento da obrigação legal do art. 97-A.

É bom salientar que, em especial no TSE, boa parte do tempo gasto para o julgamento de processos naquela Corte deve-se à demora do Ministério Público Federal Eleitoral em emitir parecer sobre os casos eleitorais de sua competência, o que, com mais razão, justifica as providências que ora se exigem.

No que diz respeito ao § 2º, que trata da “san-

ção” ao Juiz pelo inadimplemento da disposição contida no *caput* do artigo, é preciso entendê-lo de modo extensivo, aplicável analogamente ao TSE, principalmente se levamos em conta que a responsabilidade pelo descumprimento pode se dar, também, por parte de Ministros daquela Corte.

Nesse caso, a meu ver, inexistindo instância recursal eleitoral superior, caberia unicamente ao Conselho Nacional de Justiça examinar o atraso, pronunciando-se nessa hipótese, simultaneamente, como órgão administrativo e instância correccional última.

Enfim, essas e outras questões estarão na ordem do dia, a partir da aplicação efetiva do art. 97-A, que, esperamos, tenha vindo para ficar e se constitua em exemplo da eficiência na prestação jurisdicional que a sociedade espera do Estado e que se exige da Justiça no Brasil. ■

Doações para campanha eleitoral.

Paulo Henrique dos Santos Lucon

Advogado. Professor Doutor de Direito Processual na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Processual Civil na Universidade Estatal de Milão. Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (IIDP) e da International Association of Procedural Law. Juiz do Tribunal Regional Eleitoral (TRE).

Sumário

1. O financiamento de campanhas
 2. Ausência de justificativa ética e moral para a multa por excesso de doação
 3. A tormentosa questão dos prazos
 4. Segue: o prazo para as representações relativas às doações
 5. Impossibilidade material: o correto entendimento do TSE
 6. Investigações fundadas no art. 41-A
 7. Condutas vedadas
 8. Propaganda irregular
 9. Multa aplicável a terceiro não protagonista do processo eleitoral
 10. Conclusão parcial
 11. Falta de interesse pelo aspecto substancial
 12. Sanção de inelegibilidade e não contratação com o Poder Público
 13. Necessária comparação com os abusos cometidos por emissoras de rádio e televisão: a multa no contexto eleitoral
 14. Prazo para a cassação de mandato eletivo por infidelidade partidária
 15. Competência da Justiça Eleitoral e seus limites
 16. Caráter confiscatório da multa e inviabilização da atividade econômica
 17. A questão do sigilo fiscal
 18. Conclusões
- Bibliografia

1 O financiamento de campanhas

O sistema eleitoral brasileiro funda-se no

financiamento privado de campanha. Assim, com essa premissa, as doações de recursos por pessoas físicas e jurídicas a partidos políticos ou coligações constituem elemento essencial e indispensável para a realização das eleições, uma vez que sem estas os donatários não teriam meios suficientes para divulgar com a necessária amplitude os nomes dos candidatos nem tampouco suas plataformas de atuação e governo.

A legislação eleitoral só vem a evidenciar esse aspecto. Nessa linha, o art. 19 da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997) estabelece que

“até dez dias úteis após a escolha de seus candidatos em convenção, o partido constituirá comitês financeiros, com a finalidade de arrecadar recursos e aplicá-los nas campanhas eleitorais.”

Na sequência, o art. 20 dispõe que

“o candidato a cargo eletivo fará, diretamente ou por intermédio de pessoa por ele designada, a administração financeira de sua campanha, usando recursos repassados pelo comitê, relativos à cota do Fundo Partidário, recursos próprios ou doações de pessoas físicas ou jurídicas, na forma estabelecida nesta Lei.”

Pelo prisma do candidato, é inegável que a simples doação de recursos por pessoas físicas ou jurídicas a partidos políticos ou coligações não constitui qualquer espécie de infração ou irregularidade.

Entretanto, do ponto de vista do doador, existem limitações quantitativas impostas às pessoas físicas e jurídicas previstas respectivamente nos arts. 23, § 1º, inciso I, e 81, § 1º, da Lei nº 9.504/1997. Tais limitações têm como único escopo assegurar a legitimidade dos pleitos eleitorais, evitando que grandes doadores possam privilegiar partidos políticos ou coligações, transformando esse abuso do poder econômico em forma de desequilíbrio das disputas eleitorais, ante o inequívoco poder de influência da propaganda eleitoral para a captação dos eleitores.

Nessa linha, o escopo primordial das iniciativas judiciais previstas nos arts. 19 e 22 da Lei Comple-

mentar nº 64/1990 é demonstrar a potencialidade lesiva apta a desequilibrar as eleições em razão da conduta abusiva, cabendo ao demandante demonstrar a anormalidade e ilegitimidade das eleições.

Na Constituição Federal (CF), contra o abuso do poder econômico, há a previsão da **ação de impugnação de mandato eletivo**, por meio da qual “o mandato eleito poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de 15 dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude”.

A diplomação, como última fase do processo eleitoral, constitui seu termo *ad quem*.

Diante de tal arcabouço jurídico, percebe-se que a Justiça Eleitoral, como uma das guardiãs do regime democrático adotado pelo art. 1º da CF, tem como escopo permitir a realização de eleições livres, garantindo a normalidade e a legitimidade dos pleitos contra a influência do poder econômico ou o abuso do poder político ou administrativo.

Assim, ressalvada expressa previsão normativa, correto está o entendimento segundo o qual a missão essencial da Justiça Eleitoral encerra-se com a conclusão do processo eleitoral, ou seja, com a diplomação dos candidatos eleitos. Não se justifica o prolongamento dos conflitos até como forma de permitir o desenvolvimento das atividades políticas e administrativas em todos os seus graus, viabilizando a pacificação social.

Em muitos aspectos, como adiante se constatará, a diplomação, como última fase do processo eleitoral, constitui seu termo *ad quem*.

2 Ausência de justificativa ética e moral para a multa por excesso de doação

Nessas condições, tem-se que a doação não

constitui conduta antijurídica, mas seu excesso como forma capaz de constituir eventual abuso do poder econômico apto a provocar o desequilíbrio das eleições e a comprometer a sua normalidade. Por esse prisma, uma vez concluído o processo eleitoral, não há justificativa para que a apuração e a apenação do eventual descumprimento das limitações legais sejam estendidas para além do processo eleitoral e indefinidamente para após a diplomação dos eleitos, já que a partir de então os efeitos das doações irregulares seriam duvidosos para os propósitos do Direito Eleitoral.

A Lei também prevê que a prestação de contas definitiva deve ser apresentada até 30 dias após a realização do pleito.

Se, de um lado, é certo que a aplicação das sanções estabelecidas respectivamente no § 3º do art. 23 e §§ 2º e 3º do art. 81 da Lei nº 9.504/1997 tem caráter moralizador; de outro, não há nada mais imoral que a circunstância objetiva de que os beneficiários das pesadas sanções pecuniárias são os próprios donatários já privilegiados com doações irregulares, pois os valores dessas multas são destinados ao Fundo Partidário (art. 105, § 1º, da Lei das Eleições). Há, portanto, um problema intrínseco, de formação, relativo à própria ética e moral da norma.

3 A tormentosa questão dos prazos

A partir da diplomação dos candidatos eleitos, a legislação eleitoral prevê apenas duas medidas judiciais a ser intentadas. São elas: o recurso contra expedição de diploma e a ação de impugnação de mandato eletivo. Enquanto o recurso contra expedição de diploma pode ser movido no prazo de três dias após a diplomação, *ex vi* do art. 264

do Código Eleitoral; a ação de impugnação de mandato eletivo somente pode ser ajuizada no prazo de 15 dias contados da diplomação (CF, art. 14, § 10).

O argumento de que não haveria dados disponíveis para a propositura de demanda questionando as doações até a data da diplomação não procede, já que a legislação eleitoral prevê a apresentação de contas parciais durante a campanha. Como se não bastasse, a Lei também prevê que a prestação de contas definitiva deve ser apresentada até 30 dias **após a realização do pleito**, ou seja, em tempo razoável e anterior à ocorrência da diplomação. A propósito, é preciso ter-se sempre em mente que a celeridade dos processos eleitorais é diretiva prevalente no Direito Eleitoral, sob pena de gerar insegurança institucional desejável ao provocar verdadeira eternização dos pleitos.

No que concerne à ação de investigação judicial eleitoral fundada em abuso de poder econômico e político, a construção do prazo para a sua propositura decorre de profunda interpretação jurisprudencial. O C. Tribunal Superior Eleitoral (TSE) já apontou o prazo em reiterados julgados:

“1. O rito previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990 não estabelece prazo decadencial para o ajuizamento da ação de investigação judicial eleitoral. Por construção jurisprudencial, no âmbito desta C. Corte Superior, entende-se que as ações de investigação judicial eleitoral que tratam de abuso de poder econômico e político podem ser propostas até a data da diplomação, porque, após essa data, restaria, ainda, o ajuizamento da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (Aime) e do Recurso Contra Expedição do Diploma (RCED) (REsp nº 12.531-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 1º/9/1995; RO nº 401-ES, Rel. Min. Fernando Neves, DJ de 1º/9/2000, RP nº 628-DF, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ de 17/12/2002). **O mesmo argumento é utilizado nas ações de investigação fundadas no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997, em que também se**

assentou que o interesse de agir persiste até a data da diplomação (REsp nº 25.269-SP, Rel. Min. Caputo Bastos, DJ de 20/11/2006). Já no que diz respeito às condutas vedadas (art. 73 da Lei nº 9.504/1997), para se evitar o denominado ‘armazenamento tático de indícios’, estabeleceu-se que o interesse de agir persiste até a data das eleições, contando-se o prazo de ajuizamento da ciência inequívoca da prática da conduta (QO no RO nº 748-PA, Rel. Min. Carlos Madeira, DJ de 26/8/2005; REsp nº 25.935-SC, Rel. Min. José Delgado, Rel. designado Min. Cezar Peluso, DJ de 20/6/2006).

O art. 32 da Lei nº 9.504/1997 estabelece que, “até 180 dias após a diplomação, os candidatos ou partidos conservarão a documentação concernente a suas contas”.

2. Não houve a criação aleatória de prazo decadencial para o ajuizamento das ações de investigação ou representações da Lei nº 9.504/1997, mas sim o reconhecimento da presença do interesse de agir. Tais marcos, contudo, não possuem equivalência que justifique aplicação semelhante às hipóteses de incidência do art. 30-A da Lei nº 9.504/1997. Essa equiparação estimularia os candidatos não eleitos que porventura cometeram deslizes na arrecadação de recursos ou nos gastos de campanha a não prestarem as contas. Desconsideraria, ainda, que, embora em caráter excepcional, a legislação eleitoral permite a arrecadação de recursos após as eleições (art. 19, Resolução TSE nº 22.250/2006). Além disso, diferentemente do que ocorre com a

apuração de abuso de poder e captação ilícita de sufrágio, não há outros instrumentos processuais – além da ação de investigação judicial e representação – que possibilitem a apuração de irregularidade nos gastos ou na arrecadação de recursos de campanha (art. 30-A da Lei nº 9.504/1997). Assim, tendo sido a ação ajuizada em 5/1/2007, não procede a pretensão do recorrente de ver reconhecida a carência de ação do Ministério Público Eleitoral em propor a representação com substrato no art. 30-A da Lei nº 9.504/1997. Tendo em vista que a sanção prevista pela violação ao mencionado dispositivo representa apenas a perda do mandato, sua extinção é que revela o termo a partir do qual não mais se verifica o interesse processual no ajuizamento da ação” (TSE, RO nº 1.540, Rel. Min. Felix Fischer) (grifei).

4 Segue: o prazo para as representações relativas às doações

Note-se que no caso antes transcrito, relatado pelo Ministro Felix Fischer (TSE, RO nº 1.540), reconheceu-se a não incidência do prazo porque a sanção atinge o próprio candidato beneficiário da arrecadação ilegal de recursos, pelo que só então se justificaria a extensão do seu prazo até a data da conclusão do mandato eletivo.

Dois prazos distintos, um para o doador e outro para o donatário, em relação a uma mesma conduta (doação), violam a isonomia prevista no *caput* do art. 5º da CF. A igualdade é garantia que tem prevalência sobre outras e encontra respaldo na cláusula do devido processo legal. Lembre-se de que na experiência da *common law*, gradativamente, tal cláusula passa a assegurar igualdade de tratamento perante qualquer autoridade.¹

5 Impossibilidade material: o correto entendimento do TSE

Na legislação eleitoral, há um prazo que

1. Ver Carlos Roberto Siqueira Castro (1989, p. 58), José Alfredo Baracho (1980, 1981 e 1982, p. 90) e Paulo Henrique dos Santos Lucon (2002, p. 239 e ss.).

gera verdadeira impossibilidade material para a correta aferição da regularidade das doações: o art. 32 da Lei nº 9.504/1997 estabelece que, “até 180 dias após a diplomação, os candidatos ou partidos conservarão a documentação concernente a suas contas”.

As contas constituem relevante prova de eventual irregularidade na doação, e esse aspecto resta claro com base na análise dos autos de inúmeros processos (representações) em que formulados requerimentos para que se fizessem traslados de documentos constantes das prestações de contas apresentadas por candidatos ou partidos políticos.

É evidente que tal prazo tem fins eleitorais direta e prevalentemente relacionados com as campanhas eleitorais, sem prejuízo de outros, como fiscais, mas que nenhuma relação tem com a Justiça Eleitoral.²

As sanções de caráter político e civil decorrem da prática de conduta considerada pela lei como abusiva e, assim, nociva à legitimidade do pleito.

Como visto, a falta de previsão legal em relação ao prazo para a propositura de certa medida no âmbito eleitoral não impediu que a jurisprudência assim disciplinasse o prazo. Tal se deu com base em interpretação lógico-sistemática das medidas judiciais legalmente previstas e, principalmente, pela consideração da verdadeira razão de ser da Justiça Eleitoral, isto é, aquilo que dá sentido e torna **útil**, pelo aspecto substancial, a intervenção estatal nesse campo (a garantia da legitimidade das eleições).

É, portanto, bastante elucidativa a limitação imposta pelo TSE para a propositura de investigação judicial fundada na alegação de **abuso de poder**, em suas diferentes modalidades,

conforme disposições da Lei Complementar nº 64/1990.

A regra inscrita no art. 81 da Lei nº 9.504/1997 – que serve de fundamento à representação por excesso de doação – só pode ser entendida como mecanismo tendente a impedir o abuso do poder econômico.

Aliás, as sanções de caráter político e civil decorrem da prática de conduta considerada pela lei como abusiva e, assim, nociva à legitimidade do pleito. Não é à toa que a situação retratada pelo art. 81 da Lei nº 9.504/1997 está no mesmo contexto a que alude o parágrafo único do art. 19 da Lei Complementar nº 64/1990.

Observe-se que as sanções previstas para a prática de abuso do poder econômico ou político também podem atingir terceiros (“... de quantos hajam contribuído para a prática do ato”) e, desse modo, não apenas os candidatos; nem por isso, contudo, a jurisprudência deixou de estabelecer o referido limite cronológico.

Recentemente, o TSE decidiu que o prazo para a propositura de representações fundadas em excesso de doação é de 180 dias contados a partir da diplomação (TSE, RE nº 36.552, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, m.v., j. 6/5/2010, DJe de 28/5/2010). Nessa linha, houve a preocupação de se definir o prazo a partir da impossibilidade material de correta aferição dos fatos, levando em conta o já referido art. 32 da Lei nº 9.504/1997. Pelo aludido dispositivo, o candidato e os partidos políticos devem conservar os documentos relativos às suas contas até 180 dias contados da diplomação.

6 Investigações fundadas no art. 41-A

Lembre-se ainda das investigações fundadas no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997, baseadas na

2. Cf., a propósito, Renato Ventura Ribeiro (2006, p. 221).

alegação de **captação ilícita de sufrágio**, conforme decidido nos autos do RE nº 25269-SP, Rel. Min. Caputo Bastos, igualmente lembrado no julgamento do RO nº 1.540, anteriormente mencionado. Analogamente ao que se passa no caso do art. 81 daquele mesmo diploma legal, o art. 41-A também prevê a imposição de sanção pecuniária; nem por isso, todavia, abriu-se a possibilidade para a cobrança de tais valores em momento ulterior à consolidação do pleito eleitoral.

A gravidade das condutas previstas no art. 73 da Lei nº 9.504/1997 não pode ser tida como substancialmente inferior à gravidade da situação prevista pelo art. 81.

Cita-se ainda, a propósito, o julgado a seguir, também do TSE:

“Recurso Ordinário. Eleições 2006. Representação (art. 41-A da Lei nº 9.504/1997). Cassação dos diplomas. Deputados Federal e Estadual. Assistencialismo. Albergues. Hospedagem gratuita. Descaracterização. Captação de sufrágio. Pedido de votos. Ausência. Recurso provido.

A representação fundada no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997 pode ser aforada até a data da diplomação. Preliminar de preclusão rejeitada.

(...)

4. Recursos providos para afastar as penas de cassação dos diplomas e de multa” (TSE, RO nº 1367-RS, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJe de 17/6/2009, p. 4-5).

7 Condutas vedadas

Não é possível também ignorar que a jurisprudência estabeleceu limite cronológico em relação

às assim denominadas **condutas vedadas** (art. 73 da Lei nº 9.504/1997), **fixando a data das eleições como marco final para a configuração do interesse de agir**, consoante decisão já referida, proferida nos autos da QO no RO nº 748-PA, Rel. Min. Carlos Madeira, e nos autos do RE nº 25.935-SC, Rel. designado Min. Cezar Peluso, sendo este julgado em 20/6/2006. A lembrança é relevante porque: i) as denominadas **condutas vedadas** – como também ocorre no caso do art. 81 – levam à imposição de sanção pecuniária (art. 73, § 4º), mas a cobrança com esta relacionada não é admitida depois da realização do pleito; e ii) **a sanção aí também não se dirige necessariamente a candidato, mas sim a agente público**.

A gravidade das condutas previstas no art. 73 da Lei nº 9.504/1997 – muitas das quais podem até mesmo eventualmente produzir efeitos fora da seara eleitoral, por configurarem atos de improbidade administrativa – não pode ser tida como substancialmente inferior à gravidade da situação prevista pelo art. 81.

A grande realidade é que as duas disposições buscam preservar a legitimidade do pleito, e, se, no caso do art. 73, a interpretação lógico-sistemática da legislação eleitoral conduz ao entendimento de que eventuais ilicitudes escapem ao controle judicial após a consolidação das eleições, não há razão de ordem teleológica ou sistemática que justifique tratamento diferenciado em relação ao que dispõe o art. 81.

8 Propaganda irregular

Lembre-se ainda dos casos de representações fundadas no art. 37 da Lei nº 9.504/1997, com fundamento na alegação de **propaganda eleitoral irregular**, nos quais a jurisprudência firmou entendimento de que deixa de existir interesse de agir para a demanda após as eleições, consoante se extrai do julgado no RP nº 1343, Rel. Min. Caputo Bastos, que foi lembrado e reafirmado no recente

julgamento do RE nº 28066, Rel. Min. Carlos Ayres Britto.

Não é possível, destaque-se, criar prazo decadencial ou mesmo exercer indevida função legislativa. Mas é preciso reconhecer que a intervenção útil da jurisdição eleitoral considera relevantíssima a consolidação do pleito e que a multa prevista pela Lei tem uma função de coerção e inibição, dissuadindo a pessoa da prática da conduta ilícita. É preciso igualmente reconhecer que o objetivo do dispositivo legal é preservar a legitimidade do pleito, já que a sua consolidação é reiteradamente consagrada pelo sistema eleitoral como marco importantíssimo.

O citado exemplo da propaganda eleitoral é elucidativo e pertinente, já que, na hipótese do art. 45 da Lei nº 9.504/1997, a sanção pecuniária – como analogamente ocorre no caso do art. 81 – é, mais uma vez, **dirigida exclusivamente a terceira pessoa**, conforme disposição de seu § 2º.

9 Multa aplicável a terceiro não protagonista do processo eleitoral

Como já dito, a circunstância de a multa recair sobre **terceiro** – não protagonista direto do processo eleitoral em seu sentido mais restrito, porque não destinatário do sufrágio – não é suficiente, ao ver da própria Lei, para justificar que a possibilidade de cobrança remanesça mesmo depois de consolidado o pleito eleitoral, com o ato de diplomação. Nesse sentido, cita-se julgado do C. TSE:

“Agravos Regimentais. Agravo de Instrumento. Recurso Especial. Representação. Propaganda Eleitoral. Rádio. Prazo para propositura. Sanções aplicáveis.

1. A representação para apurar prática de propaganda irregular pode ser ajuizada até a realização do pleito. Precedentes” (TSE, Ag nº 8053-PR, Min. Eros Grau, DJ de 5/9/2008, p. 16).

Como decidiu o Eg. TSE, no julgamento da RP nº 1341, de que foi relator o Min. Carlos Ayres

Britto, se o conhecimento de representações fundadas em condutas vedadas – de que pode decorrer cassação de registro ou diploma – propostas após as eleições é afastado, “com maior razão não se deve conhecer das representações fundadas no art. 37 da Lei Eleitoral, quando intentadas após as eleições, porque, aqui, a procedência do pedido acarreta – no máximo – aplicação de multa”.

O interesse processual ou interesse de agir refere-se sempre à utilidade que o provimento jurisdicional pode trazer ao demandante.

10 Conclusão parcial

Portanto, por clara analogia, o mesmo pode ser dito com relação às demandas fundadas nos arts. 23 e 81 da Lei nº 9.504/1997, cuja procedência poderia levar também à imposição de multa.

Os dispositivos legais que tratam da multa estão inseridos na Lei das Eleições e constam como regra transitória intimamente relacionada com a campanha eleitoral (ver *caput* dos arts. 23 e 81). A multa é, inequivocamente, fenômeno decorrente da campanha eleitoral e, ao que tudo indica, provisório, já que deve haver (e é imperativo que haja) nova disciplina acerca do financiamento das campanhas eleitorais.

11 Falta de interesse pelo aspecto substancial

É de rigor reconhecer-se, com a superveniência da diplomação e a falta de obrigatoriedade dos candidatos ao pleito de manter os documentos relativos às contas (impossibilidade material), *ex vi* do art. 32 da Lei das Eleições, a falta de interesse de agir em razão do decurso do tempo.

O interesse processual ou interesse de agir refere-se sempre à utilidade que o provimento jurisdicional pode trazer ao demandante. Como observou Liebman (1985, p. 155), o interesse processual é “a relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido”.

Para a comprovação do interesse processual, primeiramente, é preciso a demonstração de que, sem o exercício da jurisdição, por meio do processo, a pretensão não pode ser satisfeita. Daí surge a necessidade concreta da tutela jurisdicional e o interesse em obtê-la (interesse-necessidade). O interesse processual pressupõe, além da correta descrição da alegada lesão ao direito material, a aptidão do provimento solicitado para protegê-lo e satisfazê-lo. Portanto, cabe ao demandante escolher o procedimento e o provimento adequados à situação fática deduzida (interesse-adequação). Somente assim o exame de sua pretensão poderá ocorrer.

O custo econômico e social do processo exige a coincidência entre o interesse primário do Estado e aquele do demandante. O processo deve consagrar os escopos sociais, políticos e jurídicos do processo e, sem essa coincidência que se traduz na utilidade da prestação jurisdicional, não há interesse de agir diante do sistema jurídico.³

A falta de interesse de agir em virtude do tempo decorrido acarretaria a conclusão de extinguir o processo sem resolução do mérito, na forma do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil. No entanto, na verdade, a falta de interesse de agir a que alude a jurisprudência construída em torno de temas como condutas vedadas e propaganda eleitoral irregular vincula-se à inutilidade da multa, dentro das premissas e do modo e funcionamento do sistema eleitoral. Por isso é que, nesses casos, a falta de interesse de agir vincula-se a um aspecto de Direito Material Eleitoral, já que

a multa, em razão de certo interregno temporal, não é mais exigível. Não se cogita aqui de ulterior superveniência de termo ou condição apta a propiciar o afastamento da inexigibilidade.

As condições da ação aproximam-se do mérito, mas não o integram.

Na lição de José Roberto dos Santos Bedaque (2006, p. 336-337),

“o reconhecimento da ilegitimidade ou da falta de interesse processual pressupõe exame da relação material, e a solução dada também produz efeitos para fora do processo, que devem ser atingidos pela imutabilidade.”

Assim, “do ponto de vista substancial, qualquer juízo sobre a relação de Direito Material adquire certo grau de imutabilidade”.

Como já se sustentou,⁴ as condições da ação relacionam-se com as questões de mérito que devem ser lógica e necessariamente analisadas a fim de permitir que o pedido deduzido pelo demandante possa ser apreciado. Nessa linha, as condições da ação aproximam-se do mérito, mas não o integram. Na verdade, a “distinção entre os requisitos da pretensão alegada e os requisitos da ação (Direito Abstrato), corresponde, em última análise, à diferença, posta em relevo pela doutrina alemã, entre requisitos referentes ao **mérito principal** (*Hauptsache*) e pressupostos referentes ao mérito (*Sache*), mas não ao mérito principal. Deve o Juiz, aceitando provisoriamente as afirmações feitas pelo autor – *si vera sint exposita* –, apreciar preliminarmente a existência das condições da ação, julgando, na ausência de uma delas, o autor carecedor de ação; só em seguida apreciará o mérito principal, isto é, a procedência ou improcedência da ação” (GUIMARÃES, 1962, p. 73).⁵

A ausência de qualquer uma delas provoca a extinção do processo, e o provimento emanado

3. Cf. Dinamarco (1997, p. 405).

4. Em Lucon (2006).

5. Celso Neves (1995, p. 124) corretamente afirmava que o problema →

tem, na maior parte das situações, repercussões externas ao processo. Por isso, as condições da ação, embora não se refiram propriamente ao mérito, que é o objeto do processo e está ligado à pretensão processual, inserem-se em uma ideia maior de técnica processual, na medida em que propiciam uma solução célere para o conflito e prestigiam a integração do fenômeno Direito Material e processo.

Partindo de uma perspectiva voltada para a efetividade do processo, tem-se que o processo é um método de solução de conflitos fundado nas garantias e nos princípios constitucionais, por isso constitui um instrumento, permeado pela técnica, que tem como objetivo a justa composição do litígio com a correta atuação da vontade da lei. O grande objetivo do processo passa pela análise do mérito, mas nem sempre o mérito pode ser analisado. Antes de julgar o mérito, o Juiz deve examinar duas categorias de questões, denominadas genericamente de requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito: os pressupostos processuais (que servem para verificar se o instrumento é, em si, apto a se desenvolver) e as condições da ação (que servem para verificar se o instrumento é apto à solução daquela específica questão de Direito Material).

Essa premissa dá a (falsa) impressão de que, se ausentes os pressupostos processuais ou as condições da ação, não é possível haver julgamento de mérito. No entanto, apesar do positivado no ordenamento jurídico brasileiro, é preciso reconhecer que as condições da ação são questões de mérito porque, para que se verifique a presença de qualquer delas, o Juiz deve se valer da relação jurídica de Direito Material. Daí a razão pela qual as condições da ação estão ligadas a essas questões, que devem ser resolvidas como um antecedente lógico para a solução do pedido formulado pelo demandante.

Em razão dessa linha muito tênue entre as condições da ação e o mérito é que surge o problema de saber se a sentença de carência de ação faz ou

não coisa julgada. E é óbvio que aqui se trata da coisa julgada material, pois coisa julgada formal é fenômeno endoprocessual ao qual todas as sentenças, resolvendo ou não o mérito, estão sujeitas. Por isso, a ausência de qualquer das condições da ação não impede, em absoluto, a apreciação do mérito. Há, na verdade, na sua ausência, sentença de improcedência (ou seja, resolução de mérito), pois a exigibilidade da multa é questão de mérito.

Seguindo essa linha de raciocínio voltada à utilidade, a condenação ao pagamento de quantia certa (a multa) não está dentro dos objetivos da Justiça Eleitoral. A Justiça Eleitoral não é um órgão arrecadador ou coletor de multas, pois ela busca a superação dos conflitos e a consequente pacificação social nas eleições. Se o pleito já está consolidado, não há coincidência entre o interesse que move o demandante e o interesse que norteia a atuação jurisdicional.

12 Sanção de inelegibilidade e não contratação com o Poder Público

Nos casos de representação ajuizada em face de pessoa jurídica, a aplicação da pesada sanção de não contratação com o Poder Público depende da prova do elemento subjetivo, o que demanda ampla dilação probatória.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem decidindo que nos casos de improbidade

→ das condições da ação é fronteiro, na linha de limite entre o processual e o material, porém mais dominado por este, enquanto relacionado com a *res in iudicium deducta*. Susana Henriques da Costa (2005, p. 143) afirma corretamente que, “ao se entender as condições da ação como categoria puramente processual, nega-se a própria essência do instituto que é sempre buscada na relação jurídica de Direito Material. Além disso, a sentença de carência de ação constitui, por decorrência lógica, sentença terminativa que não aprecia a pretensão do autor e não pacifica definitivamente as relações sociais. Por outro lado, a conclusão de que as condições da ação são questões de mérito é mais benéfica em dois aspectos. Primeiramente, corresponde à verdadeira natureza jurídica da categoria, ou seja, questões buscadas na relação jurídica de Direito Material. Em segundo lugar, transforma a sentença de carência em sentença de mérito, que aprecia a pretensão do autor, resolvendo o litígio...”.

administrativa há a necessidade de prova do elemento subjetivo para a aplicação das sanções de proibição de contratar ou de inelegibilidade.⁶ Na verdade, a ação de improbidade administrativa e a imensa maioria das ações eleitorais têm caráter repressivo, já que se destinam, fundamentalmente, a aplicar sanções político-civis de natureza pessoal aos responsáveis por atos, no primeiro caso, de improbidade administrativa (art. 12 da Lei nº 8.492) e, no segundo caso, ilícitos eleitorais (no caso do presente estudo, qual seja, na representação por excesso de doação, art. 81, § 3º, da Lei nº 9.504/1997).⁷

Nunca é demais lembrar que as circunstâncias fáticas que permeiam o caso também exigem do intérprete a aplicação do Princípio da Proporcionalidade, seja no que se refere à aplicação do tempo da sanção de inelegibilidade, seja no que concerne aos limites governamentais e ao tempo da sanção de não contratação com o Poder Público. Se o ato ímprobo se deu no âmbito municipal, sancionar a parte de não contratar com todos os entes públicos é desproporcional e nada razoável. Além disso, a sanção pode inviabilizar uma empresa, o que constitui atentado à ordem econômica.

Voltando à questão da doação, o art. 81, § 3º, é claro ao destacar a necessidade de ampla produção de provas ao descrever a

“proibição de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com o Poder Público pelo período de cinco anos, por determinação da Justiça Eleitoral, **em processo no qual seja assegurada ampla defesa.**”

6. Nesse sentido: STJ, REsp nº 875.425-RJ, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª T., v.u., j. 9/12/2008; STJ, REsp nº 734.984-SP, Rel. para o acórdão Min. Luiz Fux, DJe de 16/6/2008; STJ, REsp nº 658.415-RS, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 3/8/2006; STJ, 1ª T., REsp nº 604.151-RS, Rel. para o acórdão Min. Teori Zavaski, DJ de 8/6/2006; STJ, REsp nº 626.034-RS, 2ª T., Rel. Min. João Octávio de Noronha, DJ de 5/6/2006, p. 246.

7. Nessa mesma linha, especificamente em relação à ação de improbidade administrativa, ver: STJ, REsp nº 1163643, 2009/0207385-8, Rel. Min. Teori Zavaski, DJE de 30/3/2010.

Esse aspecto demonstra até mesmo a incindibilidade da relação jurídica em relação às partes do processo eleitoral.

A cobrança de multa depois das eleições é alargar as atribuições da Justiça Eleitoral para além dos limites impostos pela CF.

13 **Necessária comparação com os abusos cometidos por emissoras de rádio e televisão: a multa no contexto eleitoral**

O abuso cometido por emissoras de rádio e de televisão não é menos grave do que o abuso econômico que possa estar contido em doações acima do limite legal, tal como previsto pelas tantas vezes citados arts. 23 e 81; a experiência mostra que o mais provável é o contrário, dado o impacto que têm aqueles meios de comunicação.

Na propaganda eleitoral, o ato base é sempre praticado no período eleitoral e, em tese, até se poderia falar na subsistência do interesse de agir para se cobrar multa depois daquele momento (desde que reconhecida por meio idôneo).

Por esse prisma, considerado apenas o aspecto da cobrança de valores (que revertem para o Fundo Partidário), em tese, o provimento seria útil. Entretanto, nesse caso, o processo seria utilizado como instrumento a favor dos partidos políticos, tendo como demandante o Ministério Público Eleitoral. Não há nessa hipótese defesa do interesse público primário (interesse de todos, indistintamente), já que findas as eleições.

Com base na análise do **legítimo interesse de agir**, a imposição das sanções legais, após a realização do pleito, não é útil.

Assim, pelas particularidades do sistema eleitoral, no qual se prestigia sensivelmente a celeridade,

há falta de interesse de agir para a demanda depois da data das eleições, em razão do objetivo que a multa desempenha no sistema eleitoral de desestimular a prática do ilícito (caráter inibitório).

Fora do contexto eleitoral, a multa em tela perde seu escopo de inibir a prática de condutas abusivas, sendo acertado o posicionamento de que, após as eleições ou a diplomação, a cobrança de tais valores nenhuma relação tem com os fundamentos do Direito Eleitoral.

A cobrança de multa depois das eleições é alargar as atribuições da Justiça Eleitoral para além dos limites impostos pela CF.

Esse entendimento não deixa impunes aqueles que tenham cometido abuso do poder econômico nas eleições, que poderá ser reconhecido na via adequada, com os meios de prova a ela inerentes.

Por outro lado, a celeridade já destacada do sistema eleitoral e seu forte sistema preclusivo e de vida e exigibilidade dos direitos existem para prestigiar a segurança do sistema, com a estabilidade dos pleitos.

Em síntese, a interpretação da Lei Eleitoral deve ser coerente.

A cobrança de multa a qualquer tempo desvirtuaria a competência da Justiça Eleitoral e significaria aplicar regras gerais sobre prescrição diante da Fazenda Pública (no caso, cinco anos, conforme disposições constantes das Leis nºs 9.873/1999 e 8.429/1992, por exemplo). Por tudo isso, é inadmissível esse posicionamento, simplesmente porque não houve previsão legal expressa acerca do prazo extintivo para a propositura de tal representação.

A aplicação subsidiária somente é autorizada quando lacuna houver no sistema eleitoral com base em uma interpretação lógico-sistemática. E não é o caso. Entendimento contrário propiciaria, como dito, um alargamento não desejado pela CF, do âmbito de atribuições da Justiça Eleitoral.

14 Prazo para a cassação de mandato eletivo por infidelidade partidária

Nos processos tendentes à cassação de mandato eletivo por infidelidade partidária (casos nos quais também o tradicional limite temporal da diplomação acabou sendo superado), não se deixou a propositura da demanda ao sabor do interessado por tempo expressivo. Pelo contrário, o § 2º do art. 1º da Resolução TSE nº 22.610 foi peremptório ao estabelecer o exíguo prazo de 30 dias a contar do ato de desligamento, prazo esse só extensível no caso de inércia do partido, com a possibilidade, então, de ajuizamento pelo Ministério Público ou terceiro interessado, mas ainda assim em sucessivos – e também exíguos – 30 dias.

15 Competência da Justiça Eleitoral e seus limites

Dúvida pertinente há a respeito da natureza da **multa por excesso** ao doador. Ela, afinal de contas, seria fiscal ou eleitoral?

Segundo a jurisprudência do C. STJ, demandas ajuizadas após a diplomação do candidato eleito, como aquela voltada à cassação do mandato eletivo, tradicionalmente não competiam à Justiça Eleitoral.⁸ Ainda que assim não o seja, é fato que esta justiça especializada não se presta à possibilidade indefinida de propositura de medidas fundadas em processos eleitorais já consolidados. Considerar o contrário representaria risco para a segurança jurídica e também para as próprias instituições do país.

Afastada a intervenção útil da Justiça Eleitoral após a consolidação do pleito, seria possível ressaltar pedido de aplicação da multa por excesso de doação perante a Justiça comum, na linha da jurisprudência segundo a qual é lá que devem ser feitos pleitos ulteriores ao ato de diplomação (conferir STJ, CC 67914, j. 25/6/2008, Rel. Min. Denise Arruda).

8. Ver glosas de Theotonio Negrão e José Roberto Gouvêa (2009, p. 81, nota 1 ao art. 121 da CF).

Por não atingir os candidatos aos cargos públicos, a multa tem natureza unicamente fiscal (de duvidosa constitucionalidade), característica essa que determina não ser do âmbito de atribuições da Justiça Eleitoral a exigência de seu pagamento. Por esse prisma, se o excesso de doação não é imoral, mas apenas ilegal, a multa não tem nenhuma razão de ser para o Direito Eleitoral.

A vedação constitucional do confisco extrapola as multas tributárias.

16 Caráter confiscatório da multa e inviabilização da atividade econômica

Outro aspecto a ser suscitado diz respeito ao nítido caráter confiscatório da multa estabelecida no § 2º do art. 81 da Lei nº 9.504/1997, já que a multa pode superar os rendimentos anuais de pessoa física e jurídica, bem como superar até mesmo em 300% o valor do tributo devido em relação aos rendimentos auferidos. É de se lembrar que a multa eleitoral de tal dispositivo é, na sua essência, sancionatória, tendo igualmente um caráter pedagógico. Descarta-se totalmente seu caráter coercitivo, que viabilizaria a sua fixação em valor elevado, podendo superar em muito os limites aqui mencionados. Assim, tendo em vista sua natureza sancionatória, não pode a multa eleitoral, sequer em tese, superar 300% o valor do tributo devido em razão do faturamento. O confisco previsto no § 2º do art. 81 da Lei nº 9.504/1997 encontra barreiras constitucionais (CF, art. 150, inciso IV), sendo necessário o reconhecimento *incidenter tantum* de inconstitucionalidade da norma.

Como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em Ação Direta de Inconstitucionalidade, relatada pelo I. Ministro Ilmar Galvão,

“a desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto constitucional federal. Ação julgada procedente” (STF, Pleno, ADIn nº 551-RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 24/12/2002). O mesmo raciocínio vale para o caso, pois a multa pode ser fixada no valor de cinco a dez vezes a quantia que exceder os 2% do faturamento bruto do ano anterior à eleição. A vedação constitucional do confisco extrapola as multas tributárias, pois se aplica também a todo exercício ilegítimo do poder que venha, pelo confisco, a inviabilizar a ordem econômica. Lembre-se de que o *caput* do art. 170 da CF prega que

“a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.”

Inadmissível, portanto, multa eleitoral sancionatória que possa ultrapassar até mesmo o faturamento bruto anual de pessoa física ou jurídica. Como dito na referida Ação Direta de Inconstitucionalidade,

“a atividade fiscal do Estado não pode ser onerosa a ponto de afetar a propriedade do contribuinte, confiscando-a a título de tributação. Tal limitação ao poder de tributar estende-se, também, às multas decorrentes de obrigações tributárias, **ainda que não tenham elas natureza de tributo**” (novamente, STF, Pleno, ADIn nº 551-RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 24/12/2002).

Há um outro ponto a ser apresentado: toda sanção, seja qual for a sua natureza substancial, pecuniária ou não, exige a análise de sua **necessidade, adequação e proporcionalidade**. Esse trinômio funda-se na razoabilidade, em termos amplos, constitucionalmente tutelada.

Entretanto, pelo aspecto da **adequação**, a sanção prevista no ordenamento jurídico eleitoral não parece ser a mais pertinente, já que a doação

em limite superior (ou mesmo inferior) a 2% de seu faturamento bruto no exercício anterior ao da eleição não significa que a fonte seja duvidosa ou mesmo impede que doações duvidosas ou ocultas ocorram. Em certos casos, como em determinadas pessoas jurídicas que optam pelo lucro presumido, doações em valores superiores a 2% de seu faturamento bruto não significam, em absoluto, que sejam elas originadas de fonte duvidosa. Portanto, a sanção prevista em lei não é a mais adequada para evitar ou mesmo coibir a doação de fontes espúrias. De *lege ferenda*, seria melhor – para a preservação da legitimidade do processo eleitoral, preocupação maior da Justiça Eleitoral – sancionar o candidato beneficiado, seu mandato ou mesmo sua condição de elegibilidade. Mas não é só.

Além disso, verifica-se que a sanção imposta não é nada **razoável**, já que pode exceder em muito o próprio faturamento do doador e inviabilizar a realização de seu objeto social. Imaginemos uma doação de 15% do faturamento bruto de determinada pessoa jurídica. A multa a ser aplicada poderá atingir, em tese, o valor correspondente a 130% do faturamento bruto (dez vezes o excesso de 2%). Nesse aspecto, a sanção aplicada passa ao largo da razoabilidade, pois, pelas razões expostas no fundamento anterior, tem a capacidade de inviabilizar uma célula produtiva da sociedade. A razoabilidade deve levar em conta o valor excedente e nunca multiplicá-lo por cinco a dez vezes. O mesmo se diga em relação à vedação de contratar com o Poder Público ou participar de licitações por até cinco anos. A sanção viola o Princípio da Razoabilidade, que encontra respaldo no devido processo legal substancial. Essa grave sanção deve ser repensada e, se mantida, aplicada de modo a não inviabilizar a atividade econômica.

17 A questão do sigilo fiscal

Nesse aspecto, é preciso rever posicionamento,⁹

já que o sigilo fiscal somente pode ser quebrado por ordem judicial. Como se sabe, a prova ilícita, consoante o disposto no art. 5º, inciso LVI, da Constituição da República, é inadmissível.

No que se refere ao Direito Eleitoral e ao tema das doações, o Ministério Público não pode obter diretamente da Receita Federal dados sobre o faturamento e o rendimento de doadores a partidos e candidatos. Há a necessidade de ordem judicial específica. Sem decisão judicial, em homenagem ao sigilo e à intimidade, a prova há de ser considerada ilícita.

Consoante entendimento do STF,

“a quebra de sigilo não pode ser manipulada, de modo arbitrário, pelo Poder Público ou por seus agentes. É que, se assim não fosse, a quebra de sigilo converter-se-ia, ilegitimamente, em instrumento de busca generalizada e de devassa indiscriminada da esfera de intimidade das pessoas, o que daria, ao Estado, em desconformidade com os postulados que informam o regime democrático, o poder absoluto de vasculhar, sem quaisquer limitações, registros sigilosos alheios. Para que a medida excepcional da quebra de sigilo bancário não se descaracterize em sua finalidade legítima, torna-se imprescindível que o ato estatal que a decreta, além de adequadamente fundamentado, também indique, de modo preciso, dentre outros dados essenciais, os elementos de identificação do correntista (notadamente o número de sua inscrição no CPF) e o lapso temporal abrangido pela ordem de ruptura dos registros sigilosos mantidos por instituição financeira.”¹⁰

9. Correto, portanto, o entendimento dos julgadores do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (TRE-SP), que defenderam a preservação do sigilo fiscal em diversas representações. Ver, por todos: TRE-SP, Representação nº 16788, promovida pelo Ministério Público Eleitoral em face de Agrocentro Empreendimentos e Participações Ltda., Rel. Juiz Flávio Yarshell.

10. STF, Pleno, HC nº 84758-GO, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25/5/2006, DJ de 16/6/2006, p. 05.

O TSE entende que a Receita Federal deve informar, sem dar números, se o doador ultrapassou o limite, desde que provocada pelo *Parquet*. Com esse dado, seria possível ingressar com a ação eleitoral e obter por meio de ordem judicial os dados completos em relação ao excesso (TSE, REsp nº 28746, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, j. 29/4/2010, m.v.). Para melhor especificar, o Ministério Público deve verificar as contas do candidato, a fim de constatar de quem este recebeu as doações. Levantados os dados dos doadores, deve ser, pelo *Parquet*, requerido à Receita Federal que informe se houve excesso de doação, que não poderá apresentar os valores ao Ministério Público, mas aguardar determinação judicial em devido processo legal para se apurar justamente o excesso de doação.

18 Conclusões

O Direito Eleitoral está intimamente relacionado com a ordem constitucional e, sobretudo, com o devido processo legal, seja ele procedimental, seja substancial. Por isso, em que pese ser a celeridade diretiva importantíssima, o processo é essencialmente garantístico. Soma-se a isso que em todo e qualquer processo eleitoral não penal, principalmente naqueles que importam a aplicação de sanções político-civis, como é o caso da representação por excesso de doação, deve o Juiz procurar analisar de forma minudente os fatos que permeiam o caso e verificar se é possível atingir o denominado “*standart* de prova **clara e convincente**”, que é “marcado por ser mais rigoroso do que a mera ‘preponderância de provas’ própria dos litígios civis comuns” (KNIJNIK, 2007, p. 38-39). ■

Bibliografia

BARACHO, José Alfredo. Processo e Constituição: o devido processo legal. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (nova fase). n. 23, 24 e 25, anos 1980, 1981 e 1982.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GUIMARÃES, Machado. Carência de ação. In: *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro, 1962.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. In: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 2, Buenos Aires, 2002.

_____. Novas tendências na estrutura fundamental no processo civil. In: *Revista do Advogado*, publicação em homenagem ao Professor Celso Neves. v. 88, São Paulo, nov./2006.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

RIBEIRO, Renato Ventura. *Lei Eleitoral Comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

C

aptação ilícita de sufrágio à luz da Lei nº 12.034/2009.

Novos elementos, novo ilícito e sua aplicação.

Rafael de Medeiros Chaves
Mattos

Advogado eleitoralista. Membro do Instituto
Brasileiro de Direito Eleitoral (Ibrade).

Sumário

1. Introdução
 2. Da anterior caracterização da captação ilícita de sufrágio: elementos
 3. A inserção dos §§ 1º e 2º pela Lei nº 12.034/2009
 - 3.1 A dispensa do pedido expresso de voto
 - 3.2 A captação ilícita de sufrágio por violência ou grave ameaça
 4. Aplicabilidade das novas disposições do art. 41-A a fatos já ocorridos
 - 4.1 Da plena aplicação do § 1º do art. 41-A a fatos anteriormente ocorridos: norma meramente explicativa não incriminadora
 - 4.2 Da inaplicabilidade do § 2º a fatos já ocorridos
 5. Conclusão
- Bibliografia

1 Introdução

A inserção do art. 41-A na Lei nº 9.504/1997 e a consequente previsão de cassação de registro de candidatura ou diploma em razão da prática de captação ilícita de sufrágio, por iniciativa popular (Lei nº 9.840, de 28/9/1999), por certo consistiram em um grande avanço da legislação eleitoral rumo ao aperfeiçoamento da democracia em nosso país, posto que prestigia a liberdade de intenção de voto do eleitor, em especial daquele menos

favorecido economicamente, que remanesce livre das amarras criadas por suas próprias necessidades pessoais aliadas a propostas de benesses com o específico fim de lhe obter o sufrágio.

A configuração da captação ilícita de sufrágio somente se perfaz mediante a identificação subjetiva ativa e passiva da conduta.

O presente artigo presta-se à análise da reforma sofrida pelo art. 41-A da Lei das Eleições, por força da promulgação da Lei nº 12.034/2009, que acrescentou a tal dispositivo os §§ 1º e 2º, ampliando o conceito de captação ilícita de sufrágio, tornando dispensável para a sua caracterização o pedido expresso de voto, além de criar hipótese antes não contemplada, atinente à captação ilegal de voto mediante violência ou grave ameaça.

Nessa perspectiva, analisaremos inicialmente os novos elementos essenciais à configuração da captação ilícita de sufrágio, sem pretensão de esgotamento, para em seguida avaliarmos a aplicabilidade dos dispositivos em questão a fatos ocorridos na eleição transacta, em processos em curso.

2 Da anterior caracterização da captação ilícita de sufrágio: elementos

Nos termos da redação originária,¹ a captação ilícita de sufrágio restaria configurada pela ação de

1. “Art. 41-A - 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 nº 64, de 18/5/1990.”

candidato que consistisse em doação, oferta, promessa ou entrega de bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza a eleitor, visando à obtenção de seu voto.

Do preceito legal era possível extrair elementos subjetivos, objetivos e temporais próprios do ilícito eleitoral em questão, cuja ausência não permitiria a aplicação da norma ao caso concreto.

Assim é que, no campo dos elementos subjetivos, fazia-se necessária a coparticipação de dois sujeitos indispensáveis à prática do ato, um ativo (candidato) (VELLOSO; AGRA, 2009, p. 361) e outro passivo (eleitor), sempre, a nosso ver, nessa ordem, ainda que a promessa, a entrega, etc. de bem ou vantagem pessoal pelo candidato adviesse de anterior solicitação do eleitor. Pois aqui, diferentemente do quanto previsto em sede criminal pelo Código Eleitoral em seu art. 299 (com a tipificação do crime de corrupção eleitoral tanto ao candidato quanto ao eleitor), a norma contém sanção exclusiva àquele que tenta desviar o eleitor do seu voto livre, de sorte que entendemos que o sujeito ativo do ilícito será sempre aquele que postula o sufrágio, jamais aquele que o exerce (CONEGLIAN, 2008, p. 235).

Não obstante, como vimos, a configuração da captação ilícita de sufrágio somente se perfaz mediante a identificação subjetiva ativa e passiva da conduta. Isso porque, pertinente à atuação ativa, o texto legal é taxativo ao prever a conduta do **candidato**. E, no que respeita à atuação passiva, de igual forma, especifica o destinatário da benesse revestida de interesse na pessoa do eleitor. Diferente não poderia ser, de todo modo, se o mote da conduta é a obtenção do voto.

A necessidade de que a conduta conte com atuação do candidato não afasta, no entendimento pretoriano, a possibilidade de sua caracterização sem que haja a sua participação direta e efetiva. Com efeito, os Tribunais Eleitorais capitaneados pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) há anos flexibilizaram a norma em questão, para considerar a ocorrência do ilícito quando haja a participação

indireta do candidato, valendo-se de intermediários para alcançar o intento maléfico, ainda que sua atuação se restrinja à simples anuência. Confirma-se nesse sentido o recente julgado do TSE, sob a relatoria do Ministro Felix Fischer, em Agravo Regimental em Recurso Especial nº 35692.²

Não entendemos possível, todavia, qualquer tipo de flexibilização no que toca ao elemento sujeito passivo, o eleitor. A nosso modo de ver, somente quando demonstrada a condição de eleitor do beneficiário de promessa ou entrega de vantagem pessoal se torna possível a capitulação do art. 41-A. De sorte que desmerecem idêntico tratamento fatos que envolvam doação de bens ou vantagens de caráter pessoal a pessoas não identificadas ou, se identificadas, não apresentem a situação de eleitor da circunscrição do pleito em que concorra o candidato.

Outrossim, no campo dos elementos objetivos, tinha-se de apurar a ocorrência de uma ação (consistente em doação, oferta, promessa ou entrega de bem ou vantagem de caráter pessoal), aliada a pedido de voto, que seria exatamente o fim almejado com tal prática. A introdução do § 1º ao art. 41-A pela Lei nº 12.034/2009 veio a promover, como veremos adiante, supressão do pedido de voto como elemento caracterizador da captação ilícita de sufrágio, em clara sintonia com a jurisprudência do TSE, que já vinha admitindo a aplicação das sanções previstas no art. 41-A mesmo quando inócua o pedido expresso do voto em contraprestação à benesse, uma vez que, das circunstâncias do caso, se pudesse aferir a intenção de obtenção do sufrágio.³

Por fim, entendemos haver elemento temporal para a prática do ilícito estabelecido no art. 41-A, qual seja, o período eleitoral, assim compreendida a faixa de tempo entre o pedido de registro de candidatura e o dia da eleição, conforme a expressa disposição (CERQUEIRA, 2006, p. 707-709).

3 A inserção dos §§ 1º e 2º pela Lei nº 12.034/2009

A recente reforma eleitoral, levada a cabo no ano de 2009 mediante a promulgação da Lei nº 12.034/2009, trouxe para o campo da captação ilícita de sufrágio uma nova roupagem, com a inserção dos §§ 1º e 2º ao art. 41-A da Lei das Eleições, que culminou por apresentar a seguinte redação, *in verbis*:

“Art. 41-A - 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,

2. Agravo Regimental. Recurso Especial Eleitoral. Captação ilícita de sufrágio. Participação Direta. Prescindibilidade. Anuência. Comprovação. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. 1. No tocante à captação ilícita de sufrágio, a jurisprudência desta C. Corte Superior não exige a participação direta ou mesmo indireta do candidato, bastando o consentimento, a anuência, o conhecimento ou mesmo a ciência dos fatos que resultaram na prática do ilícito eleitoral, elementos esses que devem ser aferidos diante do respectivo contexto fático (RO nº 2.098-RO, Rel. Min. Arnaldo Versiani, DJ de 4/8/2009). No mesmo sentido: conforme já pacificado no âmbito desta Corte Superior, para a caracterização da infração ao art. 41-A da Lei das Eleições, é desnecessário que o ato tenha sido praticado diretamente pelo candidato, mostrando-se suficiente que, evidenciado o benefício, haja dele participado de qualquer forma ou com ele consentido (AgRg no AI nº 7.515-PA, Rel. Min. Caputo Bastos, DJ de 15/5/2008).

3. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados recentes do TSE: “Eleições 2008. Agravo Regimental. Recurso Especial. Ação de investigação judicial eleitoral. Captação ilícita de sufrágio. Existência de prova consistente e suficiente da existência de captação ilícita de votos. Aquisição e doação de pulverizador em momento crítico do período eleitoral por interposta pessoa. Utilização de cheque de empresa do candidato para a aquisição do equipamento. Especial fim de agir caracterizado. Desnecessidade de pedido expresso de voto. Precedentes do TSE. Fundamentos da decisão agravada não infirmados. Impossibilidade de inovação de teses jurídicas e de reexame de provas. Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental ao qual se nega provimento” (TSE, AgR-REsp nº 35.804, Rel. Min. Carmen Lucia Antunes Rocha, DJe - Diário da Justiça Eletrônico - de 4/5/2010, p. 26-27).

“Representação. Art. 41-A da Lei nº 9.504/1997. Candidato. Deputado Estadual.

1. Se o feito versa sobre representação por captação ilícita de sufrágio em face de candidato que concorreu a mandato de Deputado Estadual, cabível recurso ordinário a esta Corte Superior contra a decisão regional.

2. Para a configuração do ilícito previsto no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997, não se faz necessário o pedido explícito de votos, bastando que, a partir das circunstâncias do caso concreto, seja possível inferir o especial fim de agir, no que tange à captação do voto” (TSE, RO nº 2.373, Rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, DJe - Diário da Justiça Eletrônico - de 3/11/2009, p. 33).

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 nº 64, de 18 de maio de 1990. (Incluído pela Lei nº 9.840, de 28/9/1999)

§ 1º - Para a caracterização da conduta ilícita, é desnecessário o pedido explícito de votos, bastando a evidência do dolo, consistente no especial fim de agir. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 2º - As sanções previstas no *caput* aplicam-se contra quem praticar atos de violência ou grave ameaça a pessoa, com o fim de obter-lhe o voto. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)”

3.1 A dispensa do pedido expresso de voto

O § 1º, como já adiantamos, dispensou a necessidade de expresso pedido de voto para a configuração do ilícito denominado captação ilícita de sufrágio, consignando ser suficiente à sua caracterização a evidência do dolo, consistente no especial fim de agir. A nova disposição em muito se assemelha ao entendimento mais recente do TSE, como já visto, no sentido da prescindibilidade do expresso pedido de voto.

Ainda assim, o novel § 1º representa uma inovação. Isso porque o TSE, somente em casos especiais – quando, apesar de ausente o pedido de voto expresso, se fazia nítido não apenas o interesse subjacente à oferta de benesse ao eleitor (obtenção do sufrágio), bem como a compreensão, por parte do beneficiário, de que se esperava do mesmo, em retribuição, o voto –, entendia possível a aplicação da sanção prevista no art. 41-A.

O § 1º recém-inserido, no entanto, implica uma nova visão dos elementos caracterizadores da conduta. Com efeito, sequer se torna necessária, pela atual redação, qualquer menção à candidatura, eleição, ou mesmo insinuação acerca de expectativas de retribuição pela benesse ofertada ou promessa realizada. Ou seja, se antes já era dispensável, para

a configuração do ilícito, o efetivo acerto em derredor da retribuição por meio do voto sufragado em benefício do candidato infrator, bastando a simples conduta de tentar, por meio ilícito, obter o voto, o que se tem agora é a dispensa da própria tentativa de obtenção do voto.

Somente quando demonstrada a condição de eleitor do beneficiário de promessa ou entrega de vantagem pessoal se torna possível a capitulação do art. 41-A.

Estamos, então, em um campo vasto para enfrentamento fático nos Tribunais, porquanto, apesar de desnecessário o pedido explícito, há que se proceder a uma análise das circunstâncias de cada caso, a fim de averiguar a ocorrência do especial fim de agir (evidência de dolo), por parte do autor do fato, adentrando, dessarte, em uma análise demasiadamente subjetiva. Não será, assim, toda e qualquer conduta de doação ou promessa de bem ou vantagem a eleitor que configurará a captação ilícita de sufrágio, mas somente aquela em cujas circunstâncias se possa aferir, levando-se em conta as evidências do fim almejado pelo candidato, o dolo, a intenção de obter o voto.

Trata-se de uma autorização à Justiça Eleitoral para avaliar, diante das circunstâncias, qual é a intenção do agente, pouco importando, então, se há ocorrência de pedido expresso, implícito, ou mesmo subliminar de voto. Não mais interessa, assim, a compreensão, por parte do eleitor, de que a ação do candidato trazia consigo uma expectativa de retribuição nas urnas. Basta que da análise dos fatos se possa concluir não ser outra a intenção do candidato senão obter o sufrágio.

Nessa linha, pensamos que tal conclusão

somente pode ser alcançada quando não demonstrado, pelo candidato, outro intento em sua conduta. Não se poderá falar em captação ilícita de sufrágio, *v. g.*, diante de doação de medicamentos a uma pessoa carente amiga da família, com laços históricos arraigados. A conclusão em torno do fim especial de obter o voto deve ser obtida por exclusão de outros fins, de outros objetivos.

A intenção da norma é clara: a garantia do livre convencimento do eleitor.

Evidentemente há, dessa forma, uma espécie de inversão do ônus da prova, quando o candidato alegue a existência de uma circunstância que desvie o julgador da evidência do fim especial de obter o voto. Com efeito, posta a materialidade da conduta, caberá ao demandado demonstrar a veracidade de suas alegações atinentes a justificativas para a ação que levem à conclusão de que a sua intenção não fora a de obter o sufrágio. Trata-se, a nosso ver, de uma causa extintiva do direito do autor.

Apesar do elevado grau de subjetivismo necessário ao julgamento das representações fundadas no art. 41-A em razão do § 1º em questão, o que se mostra, de certo modo, delicado e mesmo perigoso para a segurança jurídica, entendemos salutar a dispensa do explícito pedido de votos para a configuração do ilícito ali capitulado. É que os candidatos se desdobram no exercício da criatividade, especialmente quando difundida a notícia, hoje corriqueira, de detentores de mandato eletivo casados pela prática de abusos, com destaque para a captação ilícita de sufrágio. E por muitas vezes o intento legal de coibir a prática, visando assegurar ao eleitor a plena liberdade de seu voto, sem interferências indevidas, termina por não ser alcançado, ante a mudança de postura de candidatos reprováveis que continuam a abusar de seu poder

econômico, ou de sua posição jurídica, para doar, entregar, ofertar ou prometer aos eleitores bens ou vantagens pessoais, sem, contudo, fazer qualquer menção a voto, ou mesmo à eleição. Com efeito, contam tais candidatos com a gratidão do eleitor, independentemente de compromisso firmado, para ampliar a sua margem de votação. Diante da nova interpretação do art. 41-A, acrescido das explicações do § 1º, tem-se a reprovação exatamente dessa conduta, que tem na expectativa de gratidão a configuração do dolo, do fim especial, que é o voto.

É curioso notar que a inserção do § 1º tenha tido origem inicialmente na Emenda nº 60 ao Projeto de Lei nº 5.498/2009, por iniciativa do Deputado Federal Bonifácio de Andrada, que, pelas suas justificativas, entendia necessário fixar que a conduta somente se configuraria mediante a comprovação do dolo. A necessidade do dolo permaneceu, afinal, no texto legal, porém com uma conotação bastante diferente da pretendida na emenda. Isso porque, em vez de ter restringido a configuração da captação ilícita de votos, culminou em facilitar a sua caracterização, já que o dolo pode ser aferido pelas evidências que circundam o caso concreto, como já vimos.

3.2 A captação ilícita de sufrágio por violência ou grave ameaça

O art. 41-A, inserido que está no capítulo destinado a tratar da propaganda eleitoral em geral, tem indiscutível caráter restritivo de direito, de sorte que a sua interpretação deve se dar de modo estrito. O ilícito descrito, de seu turno, relacionava-se exclusivamente com a ocorrência de benefícios concedidos por candidatos a eleitores com o fim de obter o voto. A intenção da norma é clara: a garantia do livre convencimento do eleitor. Havia, sem dúvida, uma lacuna legal no que concerne ao comportamento inverso ao benefício, o malefício.

Veio em bom tempo a Emenda nº 110 ao Projeto de Lei nº 5.498/2009 (transformado na Lei

nº 12.034/2009), por iniciativa dos Deputados Federais Mendes Ribeiro Filho e Cândido Vaccarezza, inicialmente com a criação do art. 41-B, posteriormente aprovado texto com resultado semelhante como § 2º do art. 41-A, sendo de bom-tom a transcrição parcial da justificativa, especialmente quando asseveram os Legisladores que

“a jurisprudência eleitoral, tomada de fatos concretos que não eram e ainda não são acobertados pela legislação tópica, viu-se diante de comportamentos igualmente relevantes e que têm o condão de viciar o convencimento do eleitor, verificando-se quanto a isso uma lacuna que não pode subsistir – sob pena de se legitimar comportamentos que de fato contribuem para a não convicção do eleitor –, ou, pior ainda, a viabilização da ‘convicção forçada’, orientada por diretrizes autoritárias que afetam sobremaneira a democracia brasileira.”

De fato, por meio do art. 41-A (Lei nº 9.840/1999), protegeu-se a liberdade de convicção do eleitor contra as influências que o poderio econômico ou político se mostrava capaz de realizar por meio de propostas, benesses, promessas de bens ou vantagens de caráter pessoal. Deixou-se desnuda, contudo, a incolumidade física e moral dos eleitores, que continuavam passíveis, com especial atenção para as classes menos esclarecidas e favorecidas, de pressões de toda ordem que afetavam a sua liberdade de convicção por meio de ameaças e violência, contra si ou seus familiares. De efeito, enquanto a vantagem pode parecer tentadora, de modo a gerar no eleitor um compromisso de sufrágio, ou quando muito uma gratidão que decerto o influenciará na escolha de candidatos, as situações que geram medo não apenas lhe retiram a ampla liberdade de escolha, mas chegam mesmo a viciar-lhe a vontade, posto que a escolha (manifestação da vontade numa eleição) se dará sob coação, causa de anulabilidade de negócios jurídicos, prevista no art. 151 e ss. do Código Civil (CC) brasileiro.

E os casos, Brasil afora, em que eleitores são forçados, por coação, a votar de tal ou qual forma, e muitas vezes a não votar, são os mais variados possíveis, *v. g.*, ameaça de perda de emprego, de suspensão de benefícios sociais, de suspensão de fornecimento de água e luz, de não concessão de algum benefício a que teria direito o eleitor e, até mesmo, ameaças físicas contra a pessoa do eleitor ou seus familiares.

Os Tribunais pátrios, contudo, diante das amarras legais, não se viam na possibilidade de sancionar os candidatos responsáveis por tais condutas, ante a ausência de previsão legal, ao menos sem o necessário enfrentamento da potencialidade dos fatos, acaso configuradores de abuso de poder político ou econômico. O Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas, por exemplo, julgando o Recurso Eleitoral nº 840, sobre o enfrentamento de matéria fática envolvendo ameaças de demissão de servidores municipais que não sufragassem candidato indicado pela Chefe do Executivo municipal, entendeu que tal conduta não corresponderia à captação ilícita de sufrágio, mas tão somente a abuso de poder político, posto que a ameaça não é benefício a eleitor.

Assim é que veio em muito boa hora a inserção do § 2º ao art. 41-A, estabelecendo nova modalidade de captação ilícita de sufrágio, qual seja, aquela exercitada por meio de violência ou grave ameaça. Não há que se aplicar ao novel ilícito eleitoral, no entanto, o conceito de coação de que se vale o CC, porquanto o modo de atuação das normas são divergentes, sendo certo que, ao passo que o CC garante a livre manifestação da vontade, por meio de anulação do negócio jurídico decorrente da vontade viciada, a Lei Eleitoral visa à não interferência na vontade do eleitor, por isso, em vez de invalidar-lhe o voto, pune com graves sanções aquele que tentar (ainda que sem sucesso) alterar a livre convicção para o voto. Veja-se que o negócio jurídico será viciado, tornando-se anulável apenas quando a vontade seja efetivamente

manifestada em consonância com a coação. Já no que diz respeito ao § 2º do art. 41-A, não há que se falar em sanção do agente apenas quando este obtém o voto, ou mesmo o compromisso de voto, por parte do eleitor ameaçado, bastando para que se lhe apliquem as penas previstas a tão só ocorrência da ameaça ou da violência.

Outro ponto interessante que nos remete à reflexão é a disposição contida no art. 153 do CC,⁴ que exclui a coação por simples ameaça de exercício regular de um direito. Tal excludente não deve ter aplicação ao ilícito previsto no § 2º do art. 41-A. Isso porque o que se deseja evitar é a ameaça em si, desde que de natureza grave. Nesse caso, haver-se-á de enfrentar o caso concreto e as circunstâncias que o cercam, de modo a averiguar se a ameaça de exercício regular de um direito poderá ou não caracterizar a captação ilícita. Entendemos que, quando seja imposta pelo agente, em face do eleitor, uma condição para o não exercício regular do direito daquele em face deste, e essa condição seja justamente o compromisso do voto, restará devida a sanção prevista no art. 41-A, v. g., quando o credor ameaça o devedor (eleitor) de cobrança judicial, salvo se este sufragar em favor do primeiro, o mesmo ocorrendo quando, por exemplo, o Prefeito municipal ameaça eleitor de promover fiscalização em seu estabelecimento comercial, ou de cobrança de IPTU, ou ainda de não liberar alvará de construção e/ou funcionamento caso não declarado em seu favor o apoio político ou o voto. Nessas circunstâncias tem-se que a ameaça contém, em si, também uma promessa de benesse, posto que, uma vez declarado o voto, o eleitor será beneficiado, seja com o perdão da dívida, seja com a omissão fiscalizatória, seja com a concessão de alvará, etc.

Desse modo, qualquer conduta de candidato que implique ameaça ou violência contra eleitores com o fim de obter-lhes o voto levará à idêntica sanção prevista no *caput* (cassação do registro ou

do diploma e pagamento de multa que variará entre 1.000 e 50.000 Ufir).

O que nos cabe questionar, nesse caso, é se os elementos subjetivos, objetivos e temporais previstos para a conduta de captação ilícita de sufrágio do *caput* se aplicam igualmente a essa nova conduta, tipificada no § 2º.

No que tange aos elementos subjetivos, candidato e eleitor, entendemos parcialmente aplicável a esse novo ilícito o quanto dantes explicitado. Com efeito, se o intento é a obtenção do voto, evidentemente o sujeito passivo da ação (vítima) deverá ser, necessariamente, eleitor da circunscrição eleitoral em que ocorre o pleito. Já no que tange ao sujeito ativo, a norma do § 2º se mostra mais ampla que a do *caput*. Isso porque, ao passo que a cabeça do artigo faz referência expressa ao destinatário da prescrição legal, o candidato, a previsão normativa contida no § 2º (de novo ilícito) faz referência genérica ao sujeito ativo da conduta (... contra **quem** praticar atos de violência ou grave ameaça...). A lei não contém disposições inúteis. Nessa toada, temos que a previsão normativa, *in casu*, dirige-se a qualquer pessoa que promova ameaça de natureza grave ou violência contra eleitor, de sorte que não apenas os candidatos, mas qualquer um do povo pode ser alvo das sanções previstas no *caput*. Não obstante, parece óbvio que aqueles que não sejam candidatos somente sofrerão a sanção pecuniária, excluída qualquer possibilidade de cassação de registro ou diploma de quem não seja candidato.

Pertinente ao candidato como sujeito ativo, a jurisprudência firmada acerca da participação indireta do candidato, ainda que por aquiescência, deve ser de igual modo aplicada ao novo ilícito, posto que, tal como se dá na oferta de benesses, dificilmente será o próprio candidato quem ameaçará os eleitores ou lhes impingirá atos de violência. O que não pode ser dispensada, jamais, é a comprovação

4. “Art. 153 - Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial.”

de participação indireta do candidato, ainda que por mera aquiescência, que não pode ser presumida, quer por relações pessoais e familiares com o agente que pratica ameaça ou violência, quer por vínculos políticos e/ou de subordinação. A conduta, nesse caso, envolve grave sanção dirigida à pessoa do candidato, de sorte que há de restar sobejamente provada nos autos não apenas a ocorrência da ameaça e/ou da violência, mas também a participação dele.

O que não pode ser dispensada, jamais, é a comprovação de participação indireta do candidato.

O elemento temporal das condutas não é coincidente. E não se diga que a disposição temporal contida no *caput* se estenderia ao § 2º, até porque entendemos que seria de melhor técnica legislativa a criação de um novo artigo, tal qual previsto originariamente na Emenda nº 110 ao Projeto de Lei nº 5.498/2009, já que se trata de um novo ilícito de natureza eleitoral, não penal. Diferentemente do *caput*, não há qualquer marco temporal inicial para a prática de captação ilícita de sufrágio mediante ameaça ou violência, sequer por dedução lógica, na medida em que não apenas o candidato, mas qualquer pessoa pode figurar como sujeito ativo. Daí se conclui que, por exemplo, a prática da conduta antes do registro de candidatura por quem, posteriormente, venha a assumir a condição de candidato poderá possibilitar a cassação de registro ou diploma, por fato ocorrido antes mesmo da escolha em convenção, no que esse ilícito se mostra mais amplo que aquele previsto no *caput*.

Também não se podem dizer coincidentes os elementos objetivos, até por razões óbvias, já que as condutas em questão são inteiramente divergentes entre o *caput* e o § 2º. Com efeito, enquanto

a captação ilícita de sufrágio prevista no *caput* ocorre quando ofertada ou prometida benesse ou vantagem pessoal de qualquer natureza ao eleitor, a conduta que leva à caracterização do ilícito previsto no § 2º é a ocorrência de grave ameaça ou emprego de violência contra o eleitor, com o fim de obter-lhe o voto.

Resta a enfrentamento a aplicabilidade ou não do quanto estabelecido no § 1º do art. 41-A para a conduta tipificada no § 2º do mesmo artigo. Ou seja, pode-se prescindir, no caso de ameaça e/ou violência, do pedido de voto, deduzindo-se o dolo pelas circunstâncias que evidenciem o especial fim de obter o voto por meio da conduta? A resposta a tal indagação se impõe negativa. Como dito alhures, entendemos que a previsão do § 2º deveria estar contida em outro artigo, de sorte que ao menos o § 1º não se lhe é de aplicação, sequer lógica. Com efeito, ao passo que se prescinde do pedido de voto explícito na captação ilícita mediante vantagens ao eleitor, posto que a simples ocorrência de entrega ou promessa de benesse induz no eleitor sentimento de gratidão, o inverso ocorre no emprego de ameaça ou violência, desde que desacompanhado de exigência do voto. Aquele que sofre ameaça, ou violência, por parte de candidato, sem que lhe seja exigido o sufrágio, tenderá, por certo, a votar exatamente contra o agente que lhe agrediu, moral ou fisicamente. O fim de obter o voto, nesses casos, somente será alcançado caso a ameaça e/ou a violência dirigida a eleitor seja explícita no que é pertinente à intenção do voto favorável. De resto, qualquer conduta que não preencha tais condições deverá ser tratada sob aspectos cíveis e criminais, posto que nada repercutirá, a nosso modo de ver, na regularidade do pleito, ou mesmo na liberdade de convicção do eleitor.

4 Aplicabilidade das novas disposições do art. 41-A a fatos já ocorridos

É certo que a inserção dos novos parágrafos ao

art. 41-A teve lugar entre dois pleitos, passada a eleição municipal há menos de um ano da entrada em vigor da Lei nº 12.034/2009. E não se pode olvidar que se encontram ainda em curso inúmeras causas judiciais eleitorais em todo o Brasil, visando à apuração de captação ilícita de sufrágio. A questão que se põe para acerto é a seguinte: aplicam-se as disposições previstas nos §§ 1º e 2º do art. 41-A a fatos já ocorridos, referentes à eleição de 2008, para fins de caracterização da captação ilícita de sufrágio? Toma-se por base para responder a tal indagação, por óbvio, e soberanamente, o Princípio da Irretroatividade da Lei Penal, insculpido na nossa Constituição Federal (CF) em seu art. 5º, inciso LX. Tenha-se em conta, ainda, que o Direito Eleitoral, tal qual o Tributário, é regido pelo Princípio da Anterioridade e da Anualidade (CERQUEIRA, 2006). Alie-se a isso a aplicação do inciso XXXVI do art. 5º da CF, o art. 6º da Lei de Introdução ao CC, além da circunstância de que a Lei nº 12.034/2009 não trouxe em seus dispositivos qualquer ressalva quanto a eventuais efeitos retro-operantes, tal como poderia fazê-lo, a teor do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI 605 MC-DF, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello.

Traçadas essas premissas, analisemos separadamente os dois parágrafos de que cuida a presente análise sob o aspecto de sua aplicabilidade a fatos ocorridos antes de sua vigência.

4.1 Da plena aplicação do § 1º do art. 41-A a fatos anteriormente ocorridos: norma meramente explicativa não incriminadora

O teor da norma contida no § 1º do art. 41-A não nos remete à inovação em termos de ilícito de natureza eleitoral. Com efeito, o preceptivo legal não inova, não cria novo tipo. O objetivo normativo, *in casu*, é claramente o de explicar, de esclarecer. Chega-se a essa conclusão, com facilidade, da simples leitura dos seus termos. O dispositivo faz referência explícita ao ilícito previsto

no *caput*, consignando que para a sua caracterização não se faz necessária a ocorrência de pedido explícito de votos. Ou seja, tomando-se por base o ilícito da captação ilícita de sufrágio e, especialmente, a parte final do tipo, que estabelece como elemento objetivo o fim de obter o voto, tornou-se necessária uma explicitação, no sentido de que para a averiguação desse fim específico (obtenção do voto) não é imprescindível que a doação, a entrega, a promessa ou a oferta de bem ou vantagem de caráter pessoal ao eleitor seja seguida ou mesmo precedida de pedido explícito de voto.

Aplicam-se as disposições previstas nos §§ 1º e 2º do art. 41-A a fatos já ocorridos, referentes à eleição de 2008, para fins de caracterização da captação ilícita de sufrágio?

Saliente-se que, como já asseverado alhures, o TSE já vinha manifestando entendimento pela desnecessidade de pedido expresso de votos quando as circunstâncias do caso denotassem o intento ilícito. A norma explicativa, dessarte, teve por função pacificar entendimento jurisprudencial, evitando-se interpretações outras que não aquela pretendida pelo Legislador. A conduta ilícita continua sendo exatamente a mesma dantes prevista no *caput*. A sua caracterização, todavia, dada a explicação advinda com a inserção do § 1º, resta mais facilmente realizável, ante a desnecessidade de comprovação do pedido expresso de votos. Não há, como se disse acima, inovação em qualquer dos elementos do tipo ilícito eleitoral.

Tomamos de empréstimo, por pertinente, do Direito Penal, o conceito de norma não incriminadora explicativa ou interpretativa, que não cria novo tipo penal nem tampouco agrava

sanção, mas tão somente se presta a explicar ou dar linha de interpretação de crime já tipificado. É exatamente o que ocorre no caso do § 1º do art. 41-A.

O teor da norma contida no § 1º do art. 41-A não nos remete à inovação em termos de ilícito de natureza eleitoral.

E, nessas condições, temos de admitir a plena aplicabilidade do referido dispositivo a fatos ainda que preteritamente ocorridos e ainda pendentes de apreciação judicial. Afinal, não há qualquer alteração no campo de atuação da norma contida no *caput*. A conduta de doação, entrega, promessa ou oferta de bem ou vantagem a eleitor com o fim de obtenção do voto continua exatamente a mesma. O novo dispositivo serviu, tão somente, para deixar clara a desnecessidade de pedido expresso de votos para a caracterização desse intento de conquista do voto.

Importa ressaltar, de todo modo, que não se pretende aqui esgotar o tema, passível de longas discussões, até mesmo em face da insegurança jurídica que a aplicação imediata e com efeitos retroativos do § 1º gera, especialmente no curso dos processos judiciais, ante a já demonstrada inversão do ônus da prova. Pretende-se tão somente lançar a semente para uma discussão mais aprofundada.

4.2. Da inaplicabilidade do § 2º a fatos já ocorridos

Partindo de idênticas premissas, à mesma conclusão não se pode chegar quanto à possibilidade de aplicação retroativa do preceito contido no § 2º do art. 41-A. É que, como já visto alhures, não se trata aqui de mera explicitação ou direção interpretativa de um ilícito já previsto na legislação. Trata-se, em verdade, de novo

tipo penal, com elemento objetivo diverso, que não se confunde, de modo algum, com a figura da captação ilícita de sufrágio capitulada no *caput*.

A conduta agora tipificada, de captação ilícita de sufrágio por grave ameaça ou violência, não continha qualquer previsão legal sancionatória. Dessarte, a prescrição de uma sanção que importa não apenas em pagamento de multa, mas também na cassação de registro ou de diploma não pode ter aplicação retroativa, sob pena de malferimento do Princípio Constitucional da Irretroatividade. Com efeito, traçando um paralelo com o Direito Penal, como fizemos acima, estaríamos diante de uma norma penal material.

5 Conclusão

Os recentes acréscimos ao art. 41-A da Lei das Eleições, especialmente os §§ 1º e 2º, inseridos por força da Lei nº 12.034/2009, são de grande valia para o aperfeiçoamento da nossa democracia, posto que consistem em elevação da garantia de liberdade de convicção do eleitor em sua escolha de candidatos, livre de influências, positivas ou negativas, indevidas e ilegais.

A previsão do § 1º, que exclui a necessidade de existência de pedido expresso de voto, tem caráter de norma meramente explicativa, não criando nova ilicitude de conduta, mas tão somente servindo a orientar a caracterização da captação ilícita de sufrágio, razão pela qual tem aplicação inclusive sobre fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor.

O § 2º do art. 41-A, de seu turno, preencheu uma lacuna da legislação no que tange à caracterização de conduta de candidato que implica grave ameaça ou violência contra eleitor com o fim de obtenção de voto, criando, assim, um novo ilícito eleitoral, de sorte que não se mostra possível a sua aplicação aos fatos ocorridos preteritamente à sua vigência, sob pena de violação ao Princípio da Irretroatividade. ■

Bibliografia

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal, Parte Geral*. v. I. 6. ed. Saraiva, 2008.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Preleções de Direito Eleitoral*. t. I. Direito Material. Lumen Juris, 2006.

CONEGLIAN, Olivar. *Lei das Eleições Comentada*. 5. ed. rev. e atual. Juruá, 2008.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Del Rey, 2006.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Del Rey, 2010.

MAIOR FILHO, Marcos Souto. *Direito Eleitoral – Lei da Compra de Votos e a Reforma Eleitoral*. Juruá, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 8. ed. Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6. ed. Malheiros, 2009.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. Saraiva, 2009.

N

otas sobre as novas inelegibilidades.

Lei Complementar nº 135/2010 que alterou a Lei
Complementar nº 64/1990.

Ricardo Penteado

Advogado eleitoral. Membro do Instituto de
Direito Político e Eleitoral (IDPE).

Sumário

1. O tema abordado
2. A aplicação imediata da Lei
3. A duração das sanções de inelegibilidade
4. As novas inelegibilidades por fatos anteriores
5. Os novos tipos de inelegibilidade e sua duração
6. Os atos que constituem abuso de poder ou uso indevido dos meios de comunicação
7. Conclusão

1 O tema abordado

O advento da Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, que criou novas hipóteses de inelegibilidade, acabou por constituir o episódio mais destacado do cenário jurídico eleitoral deste ano, sendo certo que a sua imediata aplicação praticamente nos obriga a dedicar este artigo ao tema das novas inelegibilidades.

Ocorre, porém, que o tempo entre a promulgação dessa nova lei complementar, a decisão do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) de aplicá-la de imediato e o prazo para a entrega deste artigo não nos permitiram um estudo com a profundidade merecida, notadamente quanto à discussão de certos aspectos que mereceriam, cada qual, uma

monografia exclusiva e aprofundada. São eles: a imediata aplicação da Lei; o Princípio Constitucional da Irretroatividade da Norma; o Princípio Constitucional da Presunção da Inocência e os novos tipos legais de inelegibilidade.

A urgência do tema, longe de desvalorizá-lo, serve ao menos para que contemos com a indulgência dos leitores em relação à pouca profundidade com que trataremos dos aspectos mais polêmicos da nova lei complementar, que criou diversas figuras de inelegibilidades.

Nossa proposta, portanto, não é a de esgotar os temas, mas de destacá-los para que sobre eles se trave um debate na comunidade jurídica que nos parece mais do que necessário.

2 A aplicação imediata da Lei

Para quem se dedica ao estudo do Direito Eleitoral foi realmente surpreendente a decisão do TSE de afastar a incidência do art. 16 da Constituição Federal (CF)¹ para os casos de criação de inelegibilidades.

Esse insólito entendimento de se aplicar imediatamente a Lei Complementar nº 135/2010 permite, à míngua de previsão de qualquer outro prazo de antecedência, que inelegibilidades possam ser instituídas até mesmo às vésperas do pleito.

Não se discute aqui a conveniência da adoção desta ou daquela regra de inelegibilidade, notadamente num cenário em que é unânime o diagnóstico quanto à necessidade de aperfeiçoamento de nosso sistema eleitoral. O que se anota, nesta introdução, é a nossa surpresa quanto à redução do universo de aplicação objetiva da regra do art. 16 da CF, de modo a permitir que, no lugar dessa garantia constitucional, atue um juízo “caso a caso” que o TSE reservou para aplicar no exercício de uma atividade “moderadora”, semelhante àquela reservada ao Imperador do Brasil, na Constituição de 1824.

O essencial é que essa decisão barateou substancialmente uma das mais preciosas joias da coroa democrática: a estabilidade das regras eleitorais, que Montesquieu avaliava com estas palavras:

“disciplinar como, por quem, sobre o que serão dados os sufrágios, nele (sistema político), é tão importante quanto saber, numa Monarquia, qual é o Monarca, e de qual maneira se deve governar.”

As regras eleitorais têm de estar postas e definidas com um ano de antecedência.

Não faltarão estudos críticos a respeito dessa decisão do TSE – que deve ser reexaminada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) –, mas, no espaço que nos foi reservado para este estudo, deixamos a seguinte nota: os recentes sobressaltos que o sistema eleitoral brasileiro sofre trazem um grave risco para o sistema democrático representativo, pois desnorream as composições partidárias, com todos os seus interesses sociais implícitos. Esse comportamento errático da ordem jurídica parece esquecer que as eleições não são passagem política isolada, mas constituem evento histórico comprometido com o seu tempo. As regras eleitorais, notadamente as que dizem respeito às candidaturas, têm de estar postas e definidas com um ano de antecedência, de modo a propiciar que as forças políticas se componham, a sociedade se organize e as propostas e ideologias do seu tempo se aloquem nas trincheiras políticas que se desenham de acordo com as posições sociais e ideológicas próprias do momento histórico.

1. “Art. 16 - A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 4, de 1993).”

Postas essas observações preliminares, cabe-nos atender ao nosso propósito de apresentar as principais mudanças na chamada Lei das Inelegibilidades, a LC nº 64/1990,² que foi alterada pela LC nº 135/2010.

3 A duração das sanções de inelegibilidade

A primeira nota que se registra sobre as diversas mudanças introduzidas pela LC nº 135/2010 diz respeito ao aumento da duração das sanções de inelegibilidade: o Legislador optou por fixá-las no prazo mínimo de oito anos para qualquer hipótese, sendo certo que ela pode chegar a mais de 40 anos, conforme o caso.

Convém lembrar que a LC nº 64/1990 fixava dosimetrias diversas para diferentes hipóteses em que a sanção era cabível, variando entre três até oito anos o prazo de inelegibilidade, que era aumentado, eventualmente, pelo tempo remanescente do mandato cassado, nos casos de impedimento de Chefes do Executivo e de Parlamentares.

Para os casos de gestores públicos com contas reprovadas, a duração da inelegibilidade era de cinco anos; para os que fossem declarados indignos do oficialato, de quatro anos; e para os detentores de cargo na administração pública, condenados por abuso de poder em eleições, era

de três anos contados do término do mandato ou do período de sua permanência no cargo.

Para todas essas hipóteses a LC nº 135/2010 fixou o prazo mínimo de oito anos, parecendo desconsiderar o Princípio Constitucional da Proporcionalidade.

Com efeito, levando-se em conta que no caso de *impeachment* presidencial (art. 52, inciso I, da CF) é de oito anos o prazo de duração da inabilitação para o exercício de função pública³ – sendo esta a única sanção de natureza política aplicável –, parece-nos inadequado, se não desproporcional, que um Prefeito, cassado pela Câmara Municipal, fique inelegível por um prazo que eventualmente possa durar mais do que 11 anos (período remanescente do mandato, acrescido de oito anos de pena).

Parece-nos recomendável, ao menos por simetria, que o parâmetro das penas aplicadas ao Presidente da República seja adotado ao se estabelecer punições semelhantes a outros Chefes do Poder Executivo.

4 As novas inelegibilidades por fatos anteriores

Em resposta à recente consulta que lhe foi submetida,⁴ o TSE proclamou que os novos prazos de inelegibilidade seriam aplicáveis até mesmo aos casos anteriores à edição da nova ordem legal.

Ou seja: considerando que, de acordo com a LC nº 64/1990, era inelegível o Chefe do Executivo que fosse afastado por decisão do Legislativo, pelo período remanescente do mandato desconstituído e por mais três anos, o advento da Lei nº 135/2010, com a aplicação que lhe deu o TSE, possibilita a seguinte hipótese: um mandatário que esteja a um mês de cumprir sua pena de três anos de inelegibilidade foi agora surpreendido pela LC nº 135/2010, às vésperas de um pleito para o qual se considerava habilitado, a cumprir mais cinco anos de proscrição política, dado que a inelegibilidade passou de três para oito anos.

2. § 9º do art. 14 da CF: “Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)”.

3. Parágrafo único do art. 52 da CF: “Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do STF, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”.

4. Consulta nº 114709, relatada pelo Min. Arnaldo Versiani, cuja Resolução não foi publicada até a última revisão deste artigo.

E por que foi afastado o Princípio de Irretroatividade da Lei?

Entendeu o TSE que as inelegibilidades não constituiriam “pena” no sentido criminal e, portanto, a elas não seria aplicável o Princípio Constitucional da Irretroatividade,⁵ pois a Lei de Inelegibilidades “não tem caráter de norma penal. É uma lei para resguardar o interesse público”, e “a lei tem aplicação imediata e atinge uniformemente a todos no momento da formalização do pedido de registro da candidatura”.⁶

Com todas as vênias – e este é um dos aspectos dessa Lei referidos na introdução como merecedor de um artigo a ele exclusivamente dedicado –, não se pode concordar com a tese de que a inelegibilidade, decorrente de qualquer processo do qual resulte uma sanção, não esteja albergado pela garantia da irretroatividade da norma. Basta dizer que essa inelegibilidade decorre de uma condenação para se ter como necessária a prévia lei e a prévia pena para sua aplicação.

Com efeito, a inelegibilidade resultante de um ato tipificado como ilícito, em razão de um julgamento que assim o proclame, não pode constituir outra coisa senão uma sanção em relação à qual se aplica o Princípio da Irretroatividade da Lei, que não está restrito ao campo do Direito Penal.

5 Os novos tipos de inelegibilidade e sua duração

Convém analisar cada uma das novas hipóteses de inelegibilidade com a transcrição dos dispositivos respectivos. Os tipos legais alterados ou introduzidos pela LC nº 135/2010 estão, na sua maior parte, descritos nas alíneas do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990. Eis a nova redação desses dispositivos, segundo os quais são inelegíveis para quaisquer cargos:

“c) o Governador e o Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal e o Prefeito e o Vice-

Prefeito que perderem seus cargos eletivos por infringência a dispositivo da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente e nos oito anos subsequentes ao término do mandato para o qual tenham sido eleitos.”

A única alteração aqui implementada disse respeito à duração da inelegibilidade: na sua redação original, a LC nº 64/1990 fixava o prazo de inelegibilidade em três anos, acrescidos do período remanescente do mandato cassado, e agora esse período passou a ser de oito anos.

“d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos oito anos seguintes.”

A inovação mais polêmica do citado dispositivo diz respeito à imediata aplicação da inelegibilidade, desde a condenação “proferida por órgão colegiado”, ou seja, antes mesmo do trânsito em julgado da decisão respectiva. Eis aqui outro aspecto da Lei que mereceria um artigo a ele dedicado com exclusividade, missão de que essas notas não darão conta no espaço proposto.

Convém lembrar, contudo, que, na ADPF nº 144, relatada pelo Em. Ministro Celso de Mello, o STF repeliu a pretensão deduzida pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) de se afastar a exigência do trânsito em julgado para a caracterização da inelegibilidade.

Malgrado seja anterior ao advento da LC nº 135/2010, o conteúdo fundamental daquela decisão reconheceu como aplicáveis às inelegibilidades as cláusulas instituídas pela Constituição da

5. Inciso XL da CF: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

6. Notícia colhida no site do TSE: <http://agencia.tse.gov.br/sadAdmAgencia/noticiaSearch.do?acao=get&id=1310497>.

República que consagram, em favor da pessoa, o direito fundamental à presunção de inocência (CF, art. 5º, inciso LVII).

A garantia constitucional da presunção da inocência é aplicável para além dos limites dos processos penais de natureza condenatória.

Proclamou-se, ainda, que o postulado consagrador da garantia de inocência, embora historicamente vinculado ao processo penal, também irradia os seus efeitos

“contra o abuso de poder e a prepotência do Estado, projetando-os para esferas processuais não criminais, em ordem a impedir, dentre outras graves consequências no plano jurídico – ressalvada a excepcionalidade de hipóteses previstas na própria Constituição –, que se formulem, precipitadamente, contra qualquer cidadão, juízos morais fundados em situações juridicamente ainda não definidas (e, por isso mesmo, essencialmente instáveis) ou então que se imponham ao réu restrições a seus direitos, não obstante inexistente condenação judicial transitada em julgado.”⁷

Ou seja, a garantia constitucional da presunção da inocência, tanto quanto o Princípio da Irretroatividade da Lei Sancionadora, é aplicável para além dos limites dos processos penais de natureza condenatória, impedindo, desse modo, que situações processuais ainda não definidas por sentenças transitadas em julgado provoquem, em decorrência das exigências de probidade administrativa e de moralidade a que se refere o § 9º do art. 14 da CF, a inelegibilidade dos cidadãos ou obstem candidaturas para mandatos eletivos.

Relembrando o Ministro Celso de Mello, o

voto do saudoso Ministro Oscar Corrêa, em outra decisão, ainda sob a égide da Emenda Constitucional nº 1/1969, exigiu trânsito em julgado para aplicar inelegibilidade por condenações criminais. Muito embora a Lei Complementar nº 42/1982 não referisse expressamente o trânsito em julgado das condenações que induziam inelegibilidades, ponderou o Ministro Oscar Corrêa que

“não preserva a moralidade interpretação que considere condenado quem não o foi, em decisão final irrecurável. Pelo contrário: a ela se opõe, porque põe em risco a reputação de alguém, que se não pode dizer sujeito à punição, pela prática de qualquer ilícito, senão depois de devida, regular e legalmente condenado por sentença de que não possa, legalmente, recorrer.”

E cabe anotar com ênfase, como o fez o STF: a presunção de inocência não é garantia que se esvai conforme são vencidas as instâncias jurisdicionais ou de acordo com a composição do juízo que condena numa instância monocrática ou colegiada. Essa presunção é plena e não se relativiza, devendo ser respeitada até o último recurso contra a decisão condenatória.

Não bastasse, portanto, a inconstitucionalidade manifesta da cláusula que pespega inelegibilidade no cidadão não condenado em decisão transitada em julgado, é conveniente lembrar que, para reagir aos surtos autoritários do início do século passado, a Organização das Nações Unidas (ONU) promulgou – e o Brasil subscreveu – a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, cujo art. 11 proclama que todos se presumem inocentes, até definitiva condenação judicial:

“e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de oito anos após o cumprimento da pena, pelos crimes:

1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público;
2. contra o patrimônio privado, o sistema

7. ADPF nº 144-DF.

financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência;

3. contra o meio ambiente e a saúde pública;
4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade;
5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública;
6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores;
7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos;
8. de redução à condição análoga à de escravo;
9. contra a vida e a dignidade sexual; e
10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando.”

São aplicáveis a essas hipóteses, pelas idênticas razões antes expostas, as observações feitas a respeito da inconstitucionalidade da inelegibilidade decorrente de condenação judicial não definitiva.

Mas o dispositivo em questão encerra outra perversidade que deve ser anotada: pela nova sistemática, aquele que quiser exercer seu direito de defesa penal até a última instância possível, causará a si mesmo um agravamento da sanção de inelegibilidade agora criada.

É que o prazo estabelecido para essa inelegibilidade principia com a decisão condenatória colegiada e só termina oito anos após o cumprimento da pena; ou seja, quanto mais se prolonga o início do cumprimento da pena com a interposição de recursos, mais se distancia o término da inelegibilidade, que terá seu tempo de oito anos iniciado após a completa execução penal.

É uma das mais monstruosas construções punitivas: quanto mais o réu exerce seu direito de defesa recursal, mais se prejudica!

“(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 suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos oito anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da CF a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição.”

Ressalvado o agravamento da pena, que antes era de cinco anos para os casos de contas rejeitadas e agora passou para oito anos, a inelegibilidade acima prevista mitigou sua incidência apenas ao caso “ato doloso de improbidade”, sendo certo que na redação original desse dispositivo bastava a rejeição das contas “por irregularidade insanável”.

Observa-se que, felizmente, nessa hipótese, o Legislador prestigiou a presunção constitucional de inocência ao exigir “decisão irrecorrível do órgão competente”.

“(h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos oito anos seguintes.”

O dispositivo em apreço padece das mesmas inconstitucionalidades apontadas para as hipóteses analisadas anteriormente. Mas é necessário anotar, ainda, que a inelegibilidade da letra *h* antes durava três anos além do término do mandato ou permanência no cargo, ao passo que a sua nova redação fixa esse prazo de inelegibilidade para os oito anos seguintes ao da eleição em que se praticou o ilícito.

Consideramos positiva a alteração, pois, na hipótese de ser apenado o “detentor de cargo” não mandatário, mas servidor permanente, não havia critério objetivo para a duração da pena, sujeitando-se o condenado a uma inelegibilidade que tinha a duração igual ao tempo de seu vínculo

funcional, mais três anos após o seu desligamento, o que era manifestamente inconstitucional.

Segundo a nova redação, essa inelegibilidade tem duração de oito anos, contados da eleição na qual se praticou o ilícito. Corrigiu-se o defeito, portanto.

“j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de oito anos a contar da eleição.”

Todos os tipos acima são novos, sendo certo que as condutas incriminadas só geram inelegibilidades se tiverem sido suficientes para “cassar registro ou diploma eleitoral”.

A nota acima é de extrema relevância, posto que nem toda prática de conduta vedada a agentes públicos leva à cassação de registro ou diploma, sendo torrencial e pacífica a jurisprudência do TSE no sentido de se exigir proporcionalidade na aplicação dessa pena de cassação (§ 5º do art. 73 da Lei nº 9.504/1997). Hipóteses existem em que a prática de condutas vedadas por agentes públicos resulta apenas na aplicação de multa, sem cassação de mandato eletivo ou do registro eleitoral.

Também no ilícito do art. 30-A da Lei nº 9.504/1997, que tipifica a captação ou gasto ilícito, exige-se a proporcionalidade para implicar a cassação de registro ou diploma, quer por atenção ao princípio constitucional respectivo, quer por aplicação do art. 25, que exige a prática do ato “abusivo” para consequências mais graves quanto ao descumprimento das normas referentes à arrecadação e aplicação dos recursos eleitorais.

8. “Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita.”

Dúvida pode surgir, contudo, quanto à exigência de haver cassação de registro ou diploma nas hipóteses do art. 41-A da Lei nº 9.504/1997, que trata da captação ilícita do sufrágio.

Se a acusação é aviada ainda no curso do processo eleitoral, a aplicação da pena de cassação de registro é inexorável.

É que, se a acusação é aviada ainda no curso do processo eleitoral, a aplicação da pena de cassação de registro é inexorável, ao passo que, se esta imputação é feita em ação de impugnação de mandato eletivo (posterior ao pleito), exige-se potencialidade da conduta – caso em que a captação ilícita de sufrágio pode resultar apenas na aplicação de multa.

Por fim, uma curiosidade inexplicável nesta Lei Complementar que foi apresentada como instrumento tendente a agravar todas as penas: no caso de corrupção eleitoral, que constitui crime previsto no art. 299 do Código Eleitoral, para o qual se prevê até quatro anos de reclusão,⁸ o Legislador instituiu a sanção de inelegibilidade por oito anos desde a eleição na qual se praticou o ilícito.

Restou afastada, portanto, a aplicação da pena da letra e, item 4, segundo a qual a inelegibilidade perduraria desde a decisão colegiada até oito anos após o cumprimento da pena criminal – pena que seria bem mais severa e é aplicável a todos os demais condenados por crimes eleitorais para os quais se comine pena privativa de liberdade.

“k) o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de

processo por infringência a dispositivo da CF, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos oito anos subsequentes ao término da legislatura.”

O dispositivo em apreço transforma a renúncia ao mandato eletivo, na hipótese descrita, em grave ilícito a gerar inelegibilidade. Trata-se de hipótese de inelegibilidade pelo não julgamento pelas casas legislativas competentes. Uma condenação por presunção de culpabilidade erigida sobre a concepção de que a renúncia corresponde necessariamente a uma confissão por parte do mandatário.

É evidente que o que animou o Legislador a acolher essa ideia monstruosa foi a equivocada concepção de que a renúncia possa ser utilizada como forma de frustrar um julgamento e, por consequência, evitar penas, tais como a suspensão de direitos políticos e a consequente inelegibilidade por via de outros processos.

Convenha-se, porém, que a suspensão de direitos políticos não é produto apenas do atípico julgamento pelo Poder Legislativo. Também, e principalmente, o julgamento pelo Poder Judiciário pode levar a esta e a outras consequências ainda mais graves do que a temporária inelegibilidade dos condenados. Em suma, nosso sistema jurídico não deixa a cobro condutas que poderiam ser julgadas no juízo político e não o foram.

É sempre bom lembrar que, qualquer que seja a sua causa, a renúncia consubstancia uma solução política que antecipa consequências da mesma natureza e, desse modo, provoca a recomposição e o redesenho das forças representadas pelos mandatos eletivos com a rapidez e a adaptabilidade que são próprias e necessárias à dinâmica democrática.

Se a abertura de um julgamento político não se deu a tempo de evitar as consequências de uma renúncia, não é correto impedir esta última, mas

sim é caso de se entender o porquê de não ter havido processo no tempo que parecia adequado. Com efeito, assim como é política a razão de uma renúncia, também o é a da decisão de se instaurar um processo contra um mandatário popular no âmbito legislativo.

Não existe foro mais adequado e legítimo para o julgamento de um representante popular do que o eleitoral.

Mas a solução da renúncia – enquanto ela ainda é possível – não pode deixar de ter o poder de precipitar o significado político deste gesto que extingue um mandato eletivo e inaugura um outro processo, que é consequente dela: o da sucessão.

Quem testemunhou os recentes escândalos que envolveram o Governador e o Vice-Governador do Distrito Federal – que renunciaram aos seus mandatos e viabilizaram a sucessão – bem sabe o quanto foi importante a manifestação da renúncia para que houvesse a recomposição administrativa daquela unidade federativa.

De agora em diante, contudo, a prevalecer esta ordem jurídica, o mandatário é estimulado a não renunciar – apenas para poder preservar seus direitos de elegibilidade –, ainda que o interesse público assim o recomende para a recomposição das instituições e a solução dos conflitos políticos que entravam o interesse público.

De resto, a afirmação de que qualquer renúncia manifestada em meio a uma crise tenha propósito exclusivo de “driblar” a punição simplifica sobremaneira o processo político e pressupõe a culpa daquele que jamais foi julgado. A quem não se conforma com a falta de um julgamento parlamentar, sempre restará o conforto de haver uma próxima eleição. Não existe foro mais adequado e legítimo para o julgamento de um representante

popular do que o eleitoral. Quem acredita na democracia não desdenha do poder do voto nem despreza o resultado de uma eleição, para culpar ou absolver, para o bem ou para o mal.

Porém, mais absurda ainda parece ser a pena aplicada ao Presidente da República: se ele for julgado e condenado pelo Senado, restará inabilitado para o exercício de funções públicas por oito anos (parágrafo único do art. 52 da CF).

No entanto, se o Presidente da República renunciar ao cargo antes de a denúncia ser recebida, será condenado a uma inelegibilidade por um prazo maior do que duraria a sua condenação pelo Senado, pois se tornará inelegível pelo resto de seu mandato, mais oito anos!

Trata-se, portanto, de uma incoerência inaceitável e que fere, evidentemente, a Constituição.

De resto, essa inelegibilidade por conta de renúncia manifestada após o mero “oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo” é de uma violência inaudita, muito mais grave e autoritária do que a hipótese prevista na letra *n* do inciso I do art. 1º da LC nº 5/1970, editada na pior fase do regime militar, segundo a qual bastava a instauração de um processo para considerar o indiciado como inelegível.

No caso em comento, nem mesmo a instauração de processo se exige, basta o protocolo de uma petição que contenha o pedido de impedimento, apresentado por qualquer cidadão, para que o representante popular se torne inelegível no caso de renunciar ao mandato.

Se a inelegibilidade por mera condenação em órgão judicial colegiado, sem trânsito em julgado, foi suficiente para caracterizar inconstitucionalidade, o que não dizer dessa hipótese de inelegibilidade por um processo que jamais existiu em razão da renúncia do mandatário.

Feitas as observações acima, é importante anotar que o § 5º do art. 1º da LC nº 64/1990 estabelece que “a renúncia para atender à desincompatibilização com vistas à candidatura a cargo

eletivo ou para assunção de mandato não gerará a inelegibilidade prevista na alínea *k*, a menos que a Justiça Eleitoral reconheça fraude ao disposto nesta Lei Complementar”.

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

Trata-se de nova hipótese de inelegibilidade, decorrente da condenação por “ato doloso de improbidade administrativa que importe em lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito”. Ou seja, devem concorrer os seguintes elementos: o dolo, a lesão ao patrimônio público e o enriquecimento ilícito.

Como se sabe, os atos de improbidade administrativa, de acordo com a Lei nº 8.429/1992, podem resultar, após o trânsito em julgado da decisão respectiva, na condenação ao pagamento de multas e suspensão dos direitos políticos pelo prazo de três a oito anos, sendo certo que durante o cumprimento dessa pena o condenado será inelegível.

Na hipótese agora construída, a inelegibilidade por ato de improbidade surge desde a decisão condenatória em órgão colegiado até oito anos após o cumprimento da pena (de suspensão dos direitos políticos, pagamentos das multas, etc.).

A mesma crítica feita à inelegibilidade decorrente de condenação criminal (letra *e*) deve ser repetida aqui: quanto mais o réu exercer seu direito recursal, após a decisão colegiada, mais aumentará a sanção de inelegibilidade que lhe é imposta: trata-se de um verdadeiro atentado ao direito de defesa.

“m) os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração

ético-profissional, pelo prazo de oito anos, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário.”

A hipótese não tinha precedentes: os “órgãos profissionais” que tenham competência sancionatória passaram a ter, por via dessa Lei Complementar, autoridade para aplicar sanções de inelegibilidade, sem que o Legislador tenha se preocupado em verificar quais hipóteses podem resultar na exclusão profissional – dentre elas, possivelmente, casos de condutas meramente culposas, ainda que graves.

Ora, se nem mesmo a lesão culposa aos cofres públicos é suficiente para tornar inelegível um agente público, por que qualquer exclusão profissional pode chegar a tanto? Qual é a proporção entre uma coisa e outra?

De resto, é de se observar que o § 9º do art. 14 da CF não admite a criação de inelegibilidades que não tenham como propósito a tutela da probidade administrativa, moralidade para exercício de mandato e repulsa ao abuso do poder econômico e do exercício de função política.

É de se indagar: todos os casos de exclusão profissional se incluem nas categorias identificadas pelo § 9º do art. 14 da CF? Se a resposta for negativa, então a imposição dessa sanção viola a Carta Magna.

“(n) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão de terem desfeito ou simulado desfazer vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade, pelo prazo de oito anos após a decisão que reconhecer a fraude.”

Diz a lei: “os que forem condenados” em razão de terem desfeito ou simulado desfazer vínculo (conjugal ou de convivência). Cabe indagar: condenados por quem? Condenados a quê? Condenados em que ação?

Como se sabe, situações como essa (simulação de divórcio ou separação) são normalmente

discutidas em pedidos de registro de candidatura – processos de índole jurisdicional e administrativa que não têm caráter condenatório e, portanto, não se enquadram na hipótese em comento.

Passa a existir, portanto, uma ação “condenatória” por “fraude ao casamento ou união estável”? Qual seria o juízo competente para essa condenação? Que rito seria adotado para essa demanda condenatória? Qual seria, enfim, a condenação?

Em nosso entender, necessária seria uma ação própria, perante o Juízo Eleitoral, em que se adote o rito do art. 22 da LC nº 64/1990, que se destina à apuração dos casos de abuso de poder ou uso indevido dos meios de comunicação.

Convenha-se, contudo, que o Legislador trouxe para a jurisdição eleitoral bem mais do que uma discussão a respeito de registro de candidatura, pois acometeu a essa Justiça especializada a discussão sobre controvérsia de natureza civil do Direito de Família, assunto que é bastante distinto do universo que constitui o processo eleitoral propriamente dito.

“(o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de oito anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário.”

O caso deve ser reservado, quer nos parecer, aos servidores públicos estatutários, e a demissão em apreço, salvo melhor juízo, deve ocorrer em hipótese “a bem do serviço público” por falta gravíssima do servidor. Caso contrário, a mera demissão por inaptidão revelada em estágio probatório seria suficiente para essa inelegibilidade, o que consubstanciaria hipótese teratológica que viola o § 9º do art. 14 da CF.

“(p) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, pelo prazo de oito anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22.”

O dispositivo em apreço remete, implicitamente, às regras que estabelecem os limites quantitativos e subjetivos de doações eleitorais, fixadas no § 1º, inciso I, do art. 23 e no § 1º do art. 81, ambos da Lei nº 9.504/1997, segundo as quais as pessoas físicas e as jurídicas não podem, respectivamente, doar mais do que 10% da sua renda bruta e mais do que 2% da sua receita (faturamento) bruta, considerado o ano anterior ao da eleição.

Além de bastante severa a pena, parece-nos que a hipótese para ela prevista merece ser interpretada conforme os limites constitucionais, sob o risco de evidente desrespeito ao § 9º do art. 14 da CF.

É que a inelegibilidade em apreço não é estabelecida de forma gradativa nem proporcional ao eventual excesso de doação, bastando que haja um excesso de centavos para que o doador seja condenado na mesma medida em que o seria aquele que excedesse os mesmos limites legais de forma exagerada e abusiva.

Repare-se, contudo, que o art. 22 da LC nº 64/1990, no seu inciso XIV, prevê a mesma pena de inelegibilidade para hipótese que configure abuso de poder econômico, a exigir não apenas o descumprimento da Lei, mas o ato capaz de consubstanciar esse ilícito (o abuso).

Nesse propósito, aliás, é que o § 9º do art. 14 da CF reclamou uma Lei de Inelegibilidades e limitou o Legislador infraconstitucional a certas hipóteses fechadas, não admitindo criação de tipos estranhos a elas (proibidade administrativa, moralidade para exercício de mandato e repulsa ao abuso do poder econômico e do exercício de função política).

No caso em apreço, entendemos que, se o excesso de doação não consubstanciar abuso do poder econômico, não se faz possível a composição do tipo admissível pela Constituição, de maneira que a condenação em apreço dependerá do reconhecimento dessa mesma condição.

“q) os Magistrados e os membros do Ministério

Público que forem aposentados compulsoriamente por decisão sancionatória, que tenham perdido o cargo por sentença ou que tenham pedido exoneração ou aposentadoria voluntária na pendência de processo administrativo disciplinar, pelo prazo de oito anos.”

A LC nº 135/2010 converteu a ação de investigação judicial em remédio próprio para a cassação do diploma eleitoral.

São três as hipóteses de inelegibilidade aplicadas aos Magistrados e aos membros do Ministério Público: a) aposentadoria compulsória por decisão sancionatória; b) perda do cargo por sentença; c) exoneração ou aposentadoria voluntária na pendência de processo administrativo disciplinar. Trata-se de hipótese semelhante àquela prevista na letra o, mas com contornos muito mais claros na medida em que se exige, a toda evidência, o reconhecimento de ato de improbidade.

6 Os atos que constituem abuso de poder ou uso indevido dos meios de comunicação

Ainda que a LC nº 135/2010 não tenha alterado o tipo previsto no art. 22 da LC nº 64/1990, previu uma pena maior para as hipóteses de que trata e converteu a ação de investigação judicial em remédio próprio para a cassação do diploma eleitoral (e o mandato eletivo). Eis o dispositivo (inciso XIV do art. 22 da LC nº 64/1990, com a alteração implementada pela LC nº 135/2010):

“XIV – julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as

eleições a se realizarem nos oito anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar.”

No campo político, a mera acusação equivale a uma inapelável sentença de condenação.

Em nosso entender, a norma acima tem índole material, e não processual, de maneira que só se aplica aos casos inaugurados após o advento da LC nº 135/2010.

Assim é que todas as investigações judiciais eleitorais em andamento, propostas no regime anterior, não podem estabelecer inelegibilidades em prazos maiores do que três anos nem podem resultar em cassação de diplomas eleitorais, visto que o pedido continua circunscrito aos limites da causa original.

7 Conclusão

As notas acima expostas – ainda que pequem por sua ligeireza e superficialidade – chamam a atenção para as manifestas inconstitucionalidades de que padece a LC nº 135/2010.

No ano de 2006, tivemos a oportunidade de produzir a seguinte manifestação, que, em nosso entender, calha como conclusão ao que foi acima considerado: é difícil voltar a aceitar que se imponha inelegibilidade àquele político ou cidadão que foi apenas acusado ou está sob suspeita de envolvi-

mento em atos abjetos de corrupção, sem ter sido ainda julgado pelo Poder Judiciário. Dessa regra, felizmente, nos livramos com a revogação da LC nº 5/1970, que foi editada pelo regime militar para afastar da política os inimigos do poder, os quais eram criteriosamente acusados por quem dominava a polícia e os meios de repressão.

Para quem não tem pesadelos com a lembrança daquela época, convém refrescar a memória: eram inelegíveis os cidadãos meramente denunciados por crime contra a administração pública, ainda que não tivessem sequer apresentado sua defesa em juízo.

No campo político, como é próprio das ditaduras, a mera acusação equivale a uma inapelável sentença de condenação.

Impressiona que boa parte da sociedade brasileira se veja tentada outra vez a adotar medidas dessa natureza, na ilusão de que agora elas seriam produto de uma indignação social e não da vontade tirânica de um sistema ditatorial. É assustador, entretanto, que nos vejamos seduzidos a resolver certos problemas pelo “higiénico” linchamento de determinados elementos, que, por razões às vezes episódicas, são julgados por paixões e circunstâncias da mídia, sem que sequer tenham tido a oportunidade de apresentar sua defesa perante o Poder Judiciário.

Desde os pecados que justificaram o castigo do dilúvio, passando pelas perversidades que causaram a destruição de Sodoma até chegar à dissoluta política do “mensalão” e às práticas depravadas dos “sanguessugas”, é recorrente o delírio que espera uma providência suprema que ponha ordem na casa e separe os bons dos maus, em um mundo que é branco e preto.

Mas, como todo delírio, esse surto recorrente produz muito mais o mal do que o almejado bem, pois, além de estimular a irresponsabilidade dos ingênuos, outorga um poder de legitimação duvidosa ao vaticínio dos fuzilamentos sumários e inquestionáveis, uma vez que se tornam irreversíveis depois de consumados.

O equívoco está em considerar que a ditadura seja produto apenas de um tirano. Não é, pois também faz parte dela um sistema jurídico que desrespeita garantias fundamentais, como o direito de defesa e o da soberania do voto no Estado Democrático de Direito.

A despeito disso, insiste-se em negar diplomacia a políticos que têm amplo apoio popular, mas contra os quais “pendem condenações”. Das duas uma: ou a proposta é ingênua, ou é demagógica, visto que só se pode dizer que é irrefutável a acusação discutida no contraditório e na ampla defesa e só pode existir condenação quando ela venha decretada por uma decisão judicial transitada

em julgado. Em suma: não se faz justiça sem o devido processo legal e sem uma decisão do órgão judicial competente; assim está escrito na Declaração Universal dos Direitos Humanos e assim foi proclamado pelo Pacto de São José da Costa Rica.

De resto, reconhecer elegibilidade ao cidadão meramente suspeito de corrupção não implica necessariamente elegê-lo. Só o eleitor tem direito ao julgamento político e só o eleitor pode sufragar ou rejeitar um mandato representativo. A pena de inelegibilidade, quando mal aplicada, não castiga apenas o político, priva também o eleitor de uma escolha e retira do Estado de Direito aquele predicado que o qualifica como Democrático. ■

Jornalismo e propaganda no Direito Eleitoral.

Walter Ceneviva

Advogado em São Paulo. Ex-Conselheiro da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP).

Sumário

1. Introdução
 2. No caminho da democracia
 3. Registro das candidaturas
 4. Prévias eleitorais
 5. Mudanças em 1995 e depois: a lenta transformação
 6. Propaganda política e as mídias
 7. Equilíbrio nos debates
 8. Os canais por assinatura
 9. Direito de resposta e resumo dos modos de seu exercício
 10. A propaganda e sua liberdade
 11. Dano moral
- Bibliografia

1 Introdução

A importância dos veículos de comunicação social, impressos, televisivos, radiofônicos, transforma-se e cresce a cada pleito eleitoral. O primeiro decênio do novo século, com a avalanche da comunicação proporcionada pela Internet, somada à gama de seus subprodutos, mas não jornalística, contribui para dar às próximas eleições novo perfil, diferente das anteriores. As alternativas podem ir infinito, acentuadas pela pluralidade dos intervenientes, muitas vezes ocultos, não identificáveis.

O condicionamento jurídico da cobertura propriamente jornalística, a ser aplicada no próximo pleito, sofreu modificações substanciais, o mesmo se podendo dizer do condicionamento técnico. As regras aplicáveis compreendem a definição dos comportamentos individuais e partidários. Exigem o exame da Constituição, do Código Eleitoral (CE), da Lei dos Partidos Políticos, da legislação esparsa, até do Direito Societário e das Instruções emitidas pelo Tribunal Superior Eleitoral, entre os muitos campos pelos quais a normatividade eleitoral se espalhou. Nesse universo da legislação em permanente mudança entram os jornalistas, em sua cobertura diária até o dia do pleito. Para essa atividade, os profissionais foram recebendo equipamentos sempre mais sofisticados, de modo a exigir que a lei também lhes desse regulamentação adequada.

Com vistas ao universo sumariamente descrito, este artigo pretende resumir elementos das transições do Direito Eleitoral, com mais força no período posterior a 1985, na contraposição da disputa do voto aos procedimentos próprios da comunicação social (Constituição, art. 220) e à pluralidade legislativa. Também cuida de seus pontos de equilíbrio, passados 45 anos desde a edição do CE (Lei nº 4.737/1965), assinada pelo Marechal Castelo Branco, primeiro dos escolhidos para governar o país, pela Revolução de 1964.

A visão mais geral da legislação mostra que o CE sobrevive com o arcabouço original, nada obstante dezenas de alterações substanciais sofridas desde então. Editado o Código, a presença ameaçadora dos governos militares engendrou formas de censura explícita ou de autocensura, na comunicação social, criando obstáculos à livre informação, no rol das medidas restritivas. Está nesse enquadramento o bipartidarismo fictício imposto à nação, com Arena, do governo, e MDB, da oposição. O rompimento das estruturas partidárias antigas veio sob diversas formas. Entre elas, o afastamento de líderes políticos mais conhecidos, me-

diante cassações fundadas em atos institucionais, com restrições à divulgação efetiva dos fatos.

Apenas em 1985, abriu-se acesso à redemocratização, quando o art. 105 do Código foi alterado.

2 No caminho da democracia

O cerne da matéria legal sobre as eleições ainda começa no art. 82 do Código. Apesar das imposições do poder ditatorial, na origem, esse dispositivo se manteve formalmente íntegro ao dizer que “o sufrágio é universal e direto; o voto, obrigatório e secreto”. A prevalência absoluta do princípio majoritário foi reservada, a partir da Lei nº 6.534/1978, para eleição direta de senadores, prefeitos e vice-prefeitos.

A Lei nº 4.961/1966 introduziu a primeira carga modificadora para ajustar a norma codificada aos interesses do poder ditatorial. Exemplo histórico: proibiu alianças ou coligações, na conformação geral da Lei com apenas dois partidos, ficando os atos institucionais sobre todas as normas vigentes, aí incluída a própria Constituição.

3 Registro das candidaturas

A essência do sistema de registro veio definida pelo art. 87, a permitir candidatos registrados por partidos, e, no regime militar, desde que não casados. A não aceitação de qualquer registro fora dos seis meses que precederem a eleição está no art. 87. Bom exemplo das mudanças pelas quais passou a colcha de retalhos, na qual o Código se transformou, foi o processo de registro (arts. 92 e 93, modificados originalmente pelas Leis nºs 6.990/1982 e 7.454/1985). A Lei nº 6.324/1976 chegou a permitir o registro de candidatos às Câmaras

Municipais até o triplo do número de cadeiras, mas foi revogado pela Lei nº 9.504/1997.

O período anterior a 1995 foi assinalado pela predominância de leis expedidas para cada pleito conforme conviesse ao poder dominante.

Apenas em 1985, abriu-se acesso à redemocratização, quando o art. 105 do Código foi alterado. Voltou a possibilidade de dois ou mais partidos se coligarem, em negociação livre, com registro de candidatos comuns para deputado, nos níveis federal e estadual, bem como para vereadores (Lei nº 7.454 daquele ano). A Lei nº 7.476/1988 vedou meios publicitários aptos a criar artificialmente na opinião pública estados mentais, emocionais, tornada obrigatória a indicação do partido.

4 Prévias eleitorais

A avaliação dos efeitos das prévias eleitorais em pesquisas de opinião divulgadas por veículos impressos ou eletrônicos variou ao longo do tempo, a contar de novas posições quanto aos seus efeitos sobre tendências do voto. A norma básica (art. 255 do Código) proibiu, nos 15 dias anteriores ao pleito, a divulgação, por qualquer forma, de resultados das sondagens. Não sobreviveu na prática, desde os primeiros anos de sua aplicação, ante a abundância dos meios fáceis pelos quais era ultrapassável. O período anterior a 1995 foi assinalado pela predominância de leis expedidas para cada pleito, com sucessivos ajustes, conforme conviesse ao poder dominante. Hoje, conforme se viu na eleição de Barack Obama, nos Estados Unidos, a Internet é veículo importante de divulgação, estranho à comunicação social e de difícil controle.

5 Mudanças em 1995 e depois: a lenta transformação

A Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995), ao estabelecer critérios para formação de cadeias de transmissão, com a requisição dos horários, a requerimento dos órgãos nacionais dos partidos, impôs antecedência mínima de 15 dias, marcando passos na atualização da propaganda. Incluiu, em seus arts. 45 a 49, normas referentes ao acesso gratuito ao rádio e à televisão, para logo sofrer diversas modificações, servindo de exemplo mais recente a Lei nº 12.034/2009, que alterou os §§ 2º e 3º do art. 45, e a Lei nº 9.504/1997, cujo art. 57 foi acrescido para permitir propaganda eleitoral pela Internet, nas condições indicadas na mesma Lei.

A Lei nº 9.100/1995 fixou, no art. 56, duas normas básicas:

a) proibiu a veiculação de propaganda paga nos meios eletrônicos, ou seja, não permitiu que, com caráter publicitário, o partido ou o candidato remunerassem a emissora de rádio ou de televisão para acolher anúncios pedidos por aquele ou por este;

b) restringiu a inserção de todas as formas de propaganda eleitoral ao horário gratuito.

Os deveres e a responsabilidade das emissoras de rádio e de televisão foram muito discutidos em face da busca de divulgação por candidatos ocupantes de cargos de governo, quanto aos fatos de sua atuação administrativa ou dos disputantes do mesmo partido ou coligação, especialmente na propaganda política disfarçado de informações úteis. A chamada **publicidade subliminar** com divulgação bem ou mal disfarçada como propaganda despertou controvérsia, com o crescimento do número de profissionais ou religiosos com intensa atividade no rádio e na televisão. Apresentadas sob forma de entrevista ou de notícia política trazem, ao mesmo tempo, conteúdo inerente à propaganda eleitoral. É impossível traçar linha clara entre as duas atitudes, devendo predominar – na dúvida –

o respeito à liberdade plena da manifestação do pensamento e da comunicação, ante a clareza das regras constitucionais a respeito.

6 Propaganda política e as mídias

Para agilizar os procedimentos de realização da propaganda propriamente dita, chegou-se, à Lei nº 9.504, de 30/9/1997, a cuidar da propaganda, desde os *outdoors* (art. 42) até aquelas propagandas aceitas desde o CE, na mídia impressa e eletrônica, com critérios para a chamada "imprensa escrita" (art. 43), em redundância evidente e algumas variáveis para o rádio e a televisão, mantida a restrição ao horário gratuito e a proibição da propaganda paga (art. 44).

A visão puramente jurídica teve de se ajustar aos novos recursos publicitários, à medida que se modificava a cobertura jornalística, em todos os seus veículos, na mídia antes só impressa, caracterizada também pelo jornal e pela revista on-line.

A modernização deve ajustar-se, outrossim, à regra do art. 220 da Carta Magna, pois bem se compreende que a lei, sob o império constitucional da igualdade inviolável, atribua tratamento equitativo a todos os candidatos. Na redação do art. 45, porém, a matéria teve tratamento incompatível com a liberdade da manifestação do pensamento, ao menos pela evidência de que o jornalista tem o direito de exercer sua profissão, podendo manifestar, livre de censura, suas opiniões pessoais, respondendo por elas, e entrevistar pessoas, quando não envolvam propaganda política. O caminho de pregação religiosa e de liberdade dos cultos não se inclui na aplicação do art. 220 da Carta Magna.

Em outro efeito das invocações tecnológicas, o § 3º do art. 45 estendia sua aplicação aos sítios mantidos pelas empresas de comunicação social na Internet e demais redes destinadas à prestação de serviços de telecomunicações de valor adicionado, mas foi revogado em 2009, pela Lei nº 12.034.

7 Equilíbrio nos debates

Os debates transmitidos pelo rádio ou pela televisão foram regulados em termos mais estáveis pelo art. 46. Podem ser realizados, independentemente da veiculação de propaganda eleitoral gratuita, nas eleições majoritárias ou proporcionais, assegurada a participação de candidatos dos partidos com representação na Câmara dos Deputados. Tem-se discutido a constitucionalidade e a conveniência dessa norma, que envolve a chamada cláusula de desempenho eleitoral das agremiações partidárias, mas a única exigência (representação que inclua deputado federal) é compatível com a posição do partido político.

As emissoras, evidentemente, não têm interesse econômico ou publicitário em reunir, no mesmo debate, candidatos de partidos sem maior expressão no eleitorado. Conforme anota Marco Maciel (1996, p. 94-95), os sistemas eleitorais são de baixa, média e alta eficácia, envolvendo ou não a cláusula do desempenho, que, quando excluída, impede por si mesma a eficácia do processo eletivo na representação adequada da vontade popular. A limitação aos partidos representados na Câmara dos Deputados é forma, embora tímida, que dá ao debate político caráter de expressão mais apropriada das ideias em confronto.

8 Os canais por assinatura

O art. 47 da Lei nº 9.504 incluiu em sua incidência e pela primeira vez os canais por assinatura, mencionados no art. 57. Foi importante acréscimo da tecnologia atualizada, enquanto veículo publicitário. A regra, que também compreendeu emissoras de rádio e de televisão, impôs a reserva, nos 45 dias anteriores à antevéspera das eleições (e não mais 60, como dispunha a lei precedente), horário destinado à divulgação em rede da propaganda eleitoral gratuita.

Ajustando a Lei à realidade eletrônica moderna, o art. 57 estendeu a aplicação da lei às emissoras de televisão que operam em VHF e UHF e aos canais de televisão por assinatura sob a responsabilidade do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou das Câmaras Municipais.

A Lei nº 9.504 regulamentou o direito de resposta.

9 Direito de resposta e resumo dos modos de seu exercício

O direito de resposta compõe capítulo cabuloso, com sua aplicação do Direito Eleitoral. Correspondeu à especial forma de redarguir a publicidade prejudicial, ofensiva ou apenas depreciativa, emitida pelo atingido, contra o autor, pessoa natural ou partido, ou, ainda, qualquer representante do partido. Resposta compreende o esclarecimento e a crítica da provocação divulgada contra o candidato adversário.

A Lei nº 9.504 regulamentou o direito de resposta. Foi aproveitada a experiência anterior para confirmar a liberdade na manifestação do pensamento (art. 57-D). Escolhidos os candidatos em convenção, preservada a manifestação livre pela Internet a candidato, partido ou coligação atingidos, ainda que de forma indireta. A minudente caracterização da matéria a ser respondida corresponde a conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social, por iniciativa deste ou por manifestação de partido adversário ou de candidato da mesma legenda. Em todas e em qualquer uma das alternativas previstas é cabível o direito de resposta.

O ofendido, ou seu representante legal, poderá pedir (§ 1º) o exercício do direito de resposta à

Justiça Eleitoral. Os prazos legais são exíguos: 24 horas (quando se tratar do horário eleitoral gratuito), 48 horas, na programação normal das emissoras de rádio e televisão. Por último, 72 horas, para órgão de imprensa.

O processo envolve a notificação do ofensor, pela Justiça Eleitoral, para que se defenda em 24 horas, devendo a decisão ser prolatada no prazo máximo de 72 horas da data da formulação do pedido. O 3º tem regras diversificadas, conforme a espécie do órgão no qual ocorreu a divulgação, para o caso de pedido de resposta relativo à ofensa veiculada. Traço marcante do direito de resposta, na espécie aqui considerada, está em que se trata de questão estranha ao veículo, quando divulgou a manifestação ofensiva, caracterizando, em modo incontroverso, a responsabilidade do partido adversário, tido como ofensor. O espírito da lei consiste em garantir tratamento igualitário em face de todos os partidos e candidatos.

O direito de resposta tem a limitação natural de que não constitui título para o ofendido de, sob capa de contestar ofensas que afirme existentes, por seu turno ofenda o oponente. Há casos nos quais a Justiça pode admitir direito à tréplica, ou seja, o de responder à resposta.

Quando a manifestação tida por ofensiva partiu do partido ou candidato adversário, a despesa da resposta pode exigir indenização do valor despendido. A Lei pormenoriza os cuidados a ser adotados para o exercício da resposta tanto para veículos impressos quanto pelas emissoras, alheios ao espírito destas anotações.

Quanto às emissoras de rádio e de televisão, deferido o pedido, a resposta será dada em até 48 horas após a decisão, em tempo igual ao da ofensa, porém nunca inferior a um minuto, veiculada no horário gratuito destinado ao partido ou à coligação responsável pela ofensa, devendo necessariamente dirigir-se aos fatos nela veiculados, no mesmo espírito comentado acima. A geradora e o partido ou coligação atingidos serão notificados

imediatamente, para a veiculação inserida obrigatoriamente no início do programa gratuito do ofensor, de uma só vez.

Outras medidas foram indicadas, inclusive na punição do não cumprimento. Se, porém, a ofensa ocorrer em dia e hora que inviabilizem sua reparação dentro dos prazos estabelecidos, a resposta será divulgada nos horários que a Justiça Eleitoral determinar (§ 4º), ainda que nas 48 horas anteriores ao pleito, em termos e forma previamente aprovados, de modo a não ensejar tréplica.

Em qualquer decisão sobre o exercício do direito de resposta cabe recurso às instâncias superiores, em 24 horas da data de sua publicação em cartório ou sessão. O recorrido tem direito de oferecer contrarrazões em igual prazo, a contar da sua notificação, em matéria cujo conteúdo o veículo não tem interesse juridicamente relevante. Os custos da veiculação da resposta correrão por conta do responsável pela propaganda original, conforme acréscimo da Lei nº 12.034/2009. Este acrescentou, ainda, o art. 58-A ao texto da Lei nº 9.504 para dizer que os pedidos de resposta e as apresentações por propaganda irregulares nas emissoras ou na Internet tramitarão preferencialmente em relação aos demais processos.

10 A propaganda e sua liberdade

Nada obstante a plenitude da liberdade da informação, as medidas indicadas repercutiram diretamente nas atividades dos órgãos de comunicação social inúmeras alterações introduzidas nos arts. 246 a 256. Duas anotações específicas têm cabimento no relativo à propaganda eleitoral:

a) ninguém poderá impedir a propaganda,

nem inutilizar, alterar ou perturbar os meios lícitos nela empregados;

b) o direito à propaganda é elemento essencial da disputa política na conquista do voto sem importar restrição ao poder de polícia, quando este deva ser exercido em benefício da ordem pública.

O impedimento da propaganda irregular também corresponde ao interesse social, mas a preservação de sua liberdade só se compatibiliza quando determinada por mandado judicial. O texto do art. 248, ao vedar divulgação por meios lícitos, poderia sugerir que, sendo ilícitos, qualquer pessoa teria legitimidade para obstar sua divulgação. Configuraria exemplo impróprio, afirmando o imperativo da ordem judicial para esse efeito, mesmo que, em exemplo inusitado, a propaganda fizesse crítica da própria emissora que a divulgasse. Não seria interpretação aceitável.

11 Dano moral

O mesmo cabe quando alguém considerar-se ofendido por calúnia, difamação ou injúria, e poderá demandar, no Juízo Cível, a reparação do dano moral. Desse enunciado resulta que a preservação dos direitos eleitorais, na forma indicada, não significa por si mesma a satisfação dos direitos do ofendido. Dada a diversidade da natureza dos dois caminhos, não há *bis in idem* no reconhecimento de ambos nem em sua indenizabilidade. Só o partido responde pelos encargos civis, diretamente ou em solidariedade com o ofensor, e só este pela responsabilidade penal, mas não a emissora, pois aceita a propaganda, nos estritos termos em que solicitada. Não a pode restringir, não sendo, portanto, responsabilizável por ela. ■

Bibliografia

MACIEL, Marco. Reforma partidária: o essencial e o acessório. In: *Direito Eleitoral*. Del Rey, 1996.



revista do
ADVOGADO