

TEMAS DE
DIREITO ELEITORAL
NO SÉCULO XXI



República Federativa do Brasil
Ministério Público da União

Procurador-Geral da República
Roberto Monteiro Gurgel Santos

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União
Nicolao Dino de Castro e Costa Neto

Câmara Editorial Geral da ESMPU
Membros

Ministério Público Federal

Robério Nunes dos Anjos Filho – Coordenador
Procurador Regional da República – 3ª Região
Antonio do Passo Cabral
Procurador da República – PR/RJ

Ministério Público do Trabalho

Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto
Procurador do Trabalho – PRT 10ª Região/DF
José Antônio Vieira de Freitas Filho
Procurador do Trabalho – PRT 1ª Região/RJ

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Ana Luisa Rivera
Promotora de Justiça
Maria Rosynete de Oliveira Lima
Promotora de Justiça

Ministério Público Militar

José Carlos Couto de Carvalho
Subprocurador-Geral de Justiça Militar aposentado

Escola Superior do Ministério Público da União

TEMAS DE
DIREITO ELEITORAL
NO SÉCULO XXI

Coordenação
André de Carvalho Ramos



Escola Superior do Ministério Público da União

SGAS Av. L2 Sul, Quadra 604, Lote 23, 2º andar
70200-640 – Brasília – DF

Tel.: (61) 3313-5107 – Fax: (61) 3313-5185

Home Page: <www.esmpu.gov.br>

E-mail: <editoracao@esmpu.gov.br>

© **Copyright 2012**. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Atividades Acadêmicas

Nelson de Sousa Lima

Divisão de Apoio Didático

Adriana Ribeiro Ferreira

Supervisão de Projetos Editoriais

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Preparação de originais

Carolina Soares dos Santos

Davi Silva do Carmo

Revisão de provas

Adrielly Gomes de Souza

Aline Paiva de Lucena

Eduarda Lins de Albuquerque Campos

Núcleo de Programação Visual

Rossele Silveira Curado

Projeto gráfico, capa e diagramação

Rossele Silveira Curado

Impressão

Gráfica e Editora Ideal Ltda. – SIG Quadra 8, 2268

CEP 70610-480 – Brasília-DF – Tel.: (61) 3344-2112

E-mail: <ideal@idealgrafica.com.br>

Tiragem: 3.200 exemplares

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Biblioteca da Escola Superior do Ministério Público da União

T278 Temas do direito eleitoral no século XXI / André de Carvalho Ramos (coordenador) ; Alice Kanaan ... [et al.]. – Brasília : Escola Superior do Ministério Público da União, 2012.

538p.

ISBN 978-85-88652-57-6

1. Direito eleitoral 2. Partido político – liberdade de expressão 3. Inclusão eleitoral 4. Ficha Limpa 5. Justiça eleitoral 6. Ministério Público Eleitoral 7. Partido político 8. Campanha eleitoral – financiamento 9. Propaganda eleitoral 10. Crime eleitoral 11. Processo penal eleitoral I. Ramos, André de Carvalho. II. Kanaan, Alice.

CDD 341.28

AUTORES

ALICE KANAAN

Procuradora Regional da República na 3ª Região, Procuradora Regional Eleitoral em São Paulo (biênios 1998-2000 e 2000-2002), mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/SP).

ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS

Procurador Regional da República na 3ª Região e Procurador Regional Eleitoral em São Paulo. Professor Doutor e Livre-docente de Direito Internacional do Programa de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

CARLOS AUGUSTO DA SILVA CAZARRÉ

Procurador Regional da República na 4ª Região e Procurador Regional Eleitoral no Rio Grande do Sul. Professor de Direito Penal e Processo Penal nos cursos de preparação à carreira do Ministério Público (FMP-RS) e à magistratura federal (ESMAFE-RS) e professor no curso de Especialização em Ciências Criminais do Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC-RS).

CLAUDIO DUTRA FONTELLA

Procurador da República em Santa Catarina. Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-RS). Professor de Direito Processual Constitucional no Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC).

EDUARDO PELELLA

Procurador da República em Sergipe.

FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Subprocurador-Geral da República. Mestre em Instituições do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/RS). Professor de Direito Constitucional e de Direito Eleitoral. Procurador Regional Eleitoral no Rio Grande do Sul (biênios: 2000-2002 e 2002-2004). Membro da Coordenação da Ação 7 da ENCCCLA que acompanha as discussões, debates em audiências públicas, acerca do tema “Financiamento de Campanha Eleitoral”, nas sessões das Comissões Especiais de Reforma Política na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

LUIZ CARLOS DOS SANTOS GONÇALVES

Procurador Regional da República na 3ª Região e Procurador Regional Eleitoral em São Paulo (biênio 2008-2010).

MARCELO RIBEIRO DE OLIVEIRA

Procurador da República e Procurador Regional Eleitoral em Goiás. Mestre em Direito de Estado pela Universidade de Brasília.

MÔNICA CAMPOS DE RÉ

Procuradora Regional da República na 2ª Região, Procuradora Regional Eleitoral no Rio de Janeiro. Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ).

PAULO THADEU GOMES DA SILVA

Procurador Regional da República na 3ª Região e Procurador Regional Eleitoral Substituto em São Paulo. Especialista em Sistemas de Proteção dos Direitos Humanos pelo Institut International d'Administration Publique de Paris, mestre em Direito pela PUC/Rio, doutor em Direito pela PUC/SP. Foi pesquisador visitante no Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte de Frankfurt. Professor da Universidade São Judas Tadeu.

ROBERTO MOREIRA DE ALMEIDA

Procurador Regional da República na 5ª Região. Especialista, mestre e doutorando em Direito. Professor da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), da Escola Superior do Ministério Público

de Pernambuco (ESMAPE), da Escola Superior do Ministério Público da Paraíba (ESMA/PB) e da Fundação Escola Superior do Ministério Público da Paraíba (FESMIP/PB).

SANDRA CUREAU

Subprocuradora-Geral da República. Vice-Procuradora-Geral Eleitoral.

SERGEI MEDEIROS ARAÚJO

Procurador Regional da República na 3ª Região, tendo, ainda, atuado como Procurador Regional Eleitoral. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

SÉRGIO MONTEIRO MEDEIROS

Procurador Regional da República na 3ª Região. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba.

SIDNEY PESSOA MADRUGA DA SILVA

Procurador Regional Eleitoral e Procurador Regional Eleitoral na Bahia. Doutor pela Universidade Pablo de Olavide. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.

SUMÁRIO

Liberdade de expressão e ideais antidemocráticos veiculados por partidos políticos – tolerância com os intolerantes? <i>André de Carvalho Ramos</i>	15
Inclusão eleitoral e efetivação dos direitos políticos <i>Paulo Thadeu Gomes da Silva</i>	37
Alistabilidade e elegibilidade dos indígenas no ordenamento jurídico brasileiro <i>Roberto Moreira de Almeida</i>	69
A ficha limpa e a inelegibilidade – avanço histórico e democrático <i>Mônica Campos de Ré</i>	109
A Justiça Eleitoral e o Ministério Público Eleitoral – considerações sobre o sistema de administração, regulação, normatização e controle das eleições no Brasil <i>Eduardo Pelella</i>	133
Justiça para os vencedores <i>Luiz Carlos dos Santos Gonçalves</i>	203
Partidos políticos e eleições no Brasil <i>Sandra Cureau</i>	217
Financiamento de campanha eleitoral – entre o público e o privado <i>Francisco de Assis Vieira Sanseverino</i>	251

Financiamento público, privado e misto frente à reforma política eleitoral que propõe o financiamento público exclusivo <i>Alice Kanaan</i>	271
O financiamento público nas eleições brasileiras <i>Sergei Medeiros Araújo</i>	315
Propaganda eleitoral. Espécies. Propaganda antecipada. Propaganda na Internet <i>Sidney Pessoa Madruga da Silva</i>	355
Propaganda eleitoral – uma síntese atual <i>Claudio Dutra Fontella</i>	397
Breve técnica do recurso especial (na propaganda) eleitoral <i>Sérgio Monteiro Medeiros</i>	421
Crimes eleitorais – sua fundamentação constitucional e a deficiência de proteção penal em alguns aspectos do processo eleitoral <i>Carlos Augusto da Silva Cazarré</i>	463
O artigo 299 do Código Eleitoral – um exame sob ótica integralmente garantista e seu alcance nas hipóteses de “compra” de apoio político <i>Marcelo Ribeiro de Oliveira</i>	481

APRESENTAÇÃO

A coletânea de artigos *Temas do Direito Eleitoral no Século XXI* é fruto do esforço da Escola Superior do Ministério Público da União para atender à necessidade de se concretizar uma produção bibliográfica de qualidade e que sirva ao interesse público, em uma matéria que sofre constantes atualizações e frequentes alterações normativas todos os anos, como é o Direito Eleitoral.

Nesse sentido, a obra reúne artigos de membros que atuam ou atuaram perante a Justiça Eleitoral e, com isso, acumularam importante conhecimento e grande experiência no tema, lutando sempre pela consecução dos valores do Estado Democrático de Direito.

Assim, inicialmente, André de *Carvalho Ramos* se ocupa da análise dos limites da liberdade de expressão política, especialmente na veiculação, pelos partidos políticos, de ideais odiosos e antidemocráticos, estudando a matéria com base no Direito brasileiro e no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Após, a caracterização dos direitos políticos com foco na Constituição brasileira de 1988 – como manifestação da liberdade do direito político e da igualdade –, as várias facetas da inclusão eleitoral e a necessidade de sua promoção constante são objeto de profunda análise de Paulo Thadeu *Gomes da Silva*.

Roberto *Moreira de Almeida*, por sua vez, faz uma análise do direito/dever de alistamento eleitoral e voto, bem como da elegibilidade dos indígenas no sistema jurídico brasileiro.

A seguir, Mônica *Campos de Ré* apresenta discussão referente às novas causas de inelegibilidade da Lei da Ficha Limpa, sustentando o significativo avanço histórico e democrático que demandará novos

desafios, não só da Justiça Eleitoral como também do Ministério Público Eleitoral.

Por sua vez, Eduardo *Pelella* aborda o tema das superpostas atribuições da Justiça Eleitoral brasileira, apresentando-a como o *electoral management body* do País, e demonstra seu histórico e sua organização. Além disso, analisa a atuação do Ministério Público Eleitoral.

O emprego do resultado das urnas como princípio ou argumento para decisões judiciais é tema de estudo de Luiz Carlos dos Santos *Gonçalves*, que analisa se sua utilização seria suficiente para não tornar efetivas inúmeras ações eleitorais capazes de invalidar o resultado do pleito eleitoral.

Sandra *Cureau*, a seu turno, discorre acerca da história da legislação eleitoral brasileira, com foco nos partidos políticos e na legislação que os regula, e aborda temas como o voto feminino e a infidelidade partidária.

Em seguida, Francisco de Assis Vieira *Sanseverino* apresenta os modelos de financiamento de campanha, inclusive o sistema misto brasileiro. Defende como pontos fundamentais de reforma a maior publicidade do financiamento durante o período de campanha eleitoral e a maior efetividade na ação da fiscalização por parte do Ministério Público Eleitoral, da Justiça Eleitoral, dos adversários e da sociedade civil.

Também versando sobre o tema do financiamento de campanha eleitoral, Alice *Kanaan* apresenta os pontos fundamentais de cada sistema, para defender a adoção do modelo de financiamento público exclusivo no Brasil.

Sergei Medeiros *Araújo*, por sua vez, analisa profundamente o financiamento público de campanha, abordando conceito, justificativas, modalidades e constitucionalidade, e defende que somente o financiamento misto é compatível com o modelo pluripartidário.

Após, Sidney Pessoa *Madruga* apresenta ampla análise da propaganda eleitoral no Brasil, expondo conceitos, características, diferenciações e espécies. Estuda também, mais detidamente, a propaganda antecipada subliminar e a propaganda eleitoral na Internet.

De sua parte, Cláudio Dutra *Fontella* apresenta as espécies de propaganda política (eleitoral, partidária e intrapartidária), para então discorrer sobre a propaganda na Lei n. 9.504/1997.

Em seguida, Sérgio Monteiro *Medeiros* discorre sobre a técnica do recurso especial eleitoral, com peculiar foco na propaganda eleitoral.

Carlos Augusto da Silva *Cazarré* versa acerca da fundamentação constitucional dos crimes eleitorais, discorrendo a respeito de sua natureza, conceito e bem jurídico tutelado e, então, analisa a deficiência de proteção penal em alguns aspectos do processo eleitoral.

A seu turno, Marcelo Ribeiro de *Oliveira* examina o tipo penal do artigo 299 do Código Eleitoral (corrupção eleitoral), tratando de sua abrangência e a casuística já enfrentada pela jurisprudência. Nessa esteira, confere ênfase às hipóteses de compra de apoio político, defendendo que se amoldam ao referido tipo penal.

Ante a produção bibliográfica de alta qualidade que aqui se apresenta, a Escola Superior do Ministério Público da União espera contribuir com o debate qualificado na seara do Direito Eleitoral, sempre com vista à afirmação do Estado Democrático de Direito.

NICOLAO DINO DE CASTRO E COSTA NETO

Procurador Regional da República na 1ª Região
Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União

Liberdade de expressão e ideais antidemocráticos veiculados por partidos políticos – tolerância com os intolerantes?

ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS

Sumário: 1 Introdução. 2 Conceito e alcance da liberdade de expressão. 3 A liberdade de expressão e o “discurso de ódio” (*hate speech*) no Brasil. 4 Liberdade de expressão em período eleitoral. 5 As ideias odiosas veiculadas por partidos políticos no Brasil. 5.1 A proibição de conteúdo odioso na propaganda eleitoral. 5.2 O cancelamento do registro dos partidos políticos. 6 A repressão aos intolerantes: uma tradição europeia. 7 A teoria do abuso do direito. 7.1 Conceito. 7.2 A prática: alguns casos da Corte Europeia de Direitos Humanos. 8 As restrições legítimas à liberdade de associação política. 8.1 Aspectos gerais. 8.2 A dissolução de partidos políticos turcos. 8.3 A dissolução do Herri Batasuna (HB). 9 Conclusão.

1 Introdução

O presente artigo visa analisar, com base no Direito brasileiro e no Direito Internacional dos Direitos Humanos, os limites da liberdade de expressão política, especialmente na veiculação, pelos partidos políticos, de ideais odiosos e antidemocráticos.

Para tanto, responderemos às seguintes indagações: a) é legítima a dissolução de partidos políticos que, na arena político-partidária, apoiem concepções de mundo racistas, xenófobas, discriminatórias e antidemocráticas? b) mesmo que tais ideais sejam compartilhados apenas por uma minoria, deveriam os eleitores ter a opção de escolher aqueles projetos ou sequer essa opção poderia ser dada?

Essa discussão é antiga e existe desde a afirmação histórica dos direitos humanos: qual é o tratamento a ser dado, pelo Estado de Direito, aos que justamente almejam destruir liberdades fundamentais? Tolerar os intolerantes ou reprimi-los?

A repressão aos intolerantes é uma das soluções possíveis que consta em vários diplomas nacionais e internacionais de proteção de direitos humanos. Nesses diplomas, consagrou-se a possibilidade de proibição da organização de partidos políticos que possuam ideais antidemocráticos ou discriminatórios. Em resumo, “*pas de liberté pour les ennemis de la liberté*”.

Outra solução é justamente a oposta, ou seja, permitir que esses ideais sejam discutidos na arena democrática, uma vez que o *debate livre* é a concessão mínima a ser feita por um Estado de Direito aos que adotam visão minoritária e que necessariamente devem se curvar aos desejos da maioria. Assim, a regra *mater* do jogo democrático (aceitação da decisão da maioria) exige, em contrapartida, que todos (maioria e minoria) possam livremente discutir e veicular suas ideias no processo eleitoral, para que, após, a minoria aceite cumprir as normas aprovadas pelo regime democrático.

Este artigo visa estudar, de modo crítico, a opção internacional de reprimir os intolerantes, enfocando, em especial, a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. Assim, analisaremos a restrição à organização e à existência de partidos políticos cujos propósitos contrariem os ideais democráticos à luz da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Ao final, abordaremos o caso brasileiro e a opção constitucional de 1988 de exigir o respeito, pelos partidos políticos, dos ideais democráticos e dos direitos fundamentais do homem.

2 Conceito e alcance da liberdade de expressão

A liberdade de expressão consiste no direito de se manifestarem, sob qualquer forma, ideias e informações de qualquer natureza. Por isso, abrange a produção intelectual, artística, científica e de comunicação de quaisquer ideias ou valores. Para o STF, a liberdade de expressão engloba a livre manifestação do pensamento, a exposição de fatos atuais ou históricos e a crítica¹.

1 BRASIL, STF, HC 83.125, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 16 set. 2003, Primeira Turma, DJ de 7 nov. 2003.

A forma da manifestação não é relevante: o STF decidiu que o gesto de mostrar as nádegas em público, em reação a críticas da plateia em um teatro, ainda que a conduta seja “inadequada e deseducada”, está inserido na liberdade de expressão².

A liberdade de expressão é prevista, inicialmente, no art. 5º, IV, da CF. Há, contudo, dispositivos constitucionais correlatos, como o art. 5º, VI, que dispõe sobre a liberdade religiosa (ver abaixo), ou ainda o art. 5º, IX, que prevê a liberdade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura e licença e o art. 5º, XIV, que assegura o direito ao acesso à informação.

Esses direitos, em seu conjunto, demonstram que a liberdade de expressão possui duas facetas: a que assegura a expressão do pensamento e a que respeita o direito dos demais de receber, sob qualquer forma ou veículo, a manifestação do pensamento de outrem. Nessa linha, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é clara: a liberdade de opinião e expressão inclui o direito de, “sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras” (artigo XIX).

A CF/88 protege a liberdade de manifestação do pensamento também em outro título da Constituição (título VIII, referente à “ordem social”), no capítulo da “Comunicação Social”. O art. 220, *caput*, prevê, novamente, a liberdade de manifestação do pensamento, da criação, da expressão e informação, sob qualquer forma e veículo. O art. 220, § 1º, assegura a liberdade de informação *jornalística* em qualquer veículo de comunicação social e seu § 2º veda expressamente qualquer censura de natureza política, artística ou ideológica.

A repetição da vedação da censura (art. 5º, IX e art. 220, § 2º) não deixa dúvida sobre a orientação constitucional a favor da liberdade de manifestação, contrária a qualquer forma de censura.

A censura consiste em ato estatal de direcionamento ou vedação da expressão do indivíduo ou da imprensa, o que é vedado pela Constituição. Para o STF, “Não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir

2 BRASIL, STF, HC 83.996, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17 ago. 2004, Segunda Turma, DJ de 26 de ago. 2005.

previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas”³ e ainda: “[...] a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões”⁴. Apesar dessa posição libertária do STF, cabe agora verificar a possibilidade de imposição de limites à liberdade de expressão, em especial no que tange aos discursos de ódio (*hate speech*).

3 A liberdade de expressão e o “discurso de ódio” (*hate speech*) no Brasil

O discurso de ódio (*hate speech*) consiste na manifestação de valores discriminatórios, que ferem a igualdade, ou de incitamento à discriminação, à violência ou a outros atos de violação de direitos de outrem. Essa terminologia acadêmica é de extrema atualidade no Brasil e em diversos países no mundo, em face do discurso neonazista, antissemita, islamofóbico, entre outras manifestações de pensamento odiosas. O STF debateu essa situação no chamado “Caso Ellwanger”, no qual, entre outros temas, discutiram-se os limites da liberdade de expressão e seu alcance em relação à publicação de obras antissemitas. De acordo com a maioria dos votos (vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto, que valorizaram a liberdade de expressão), não há garantia constitucional absoluta, ou seja, as liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites explícitos e implícitos (frutos da proporcionalidade e ponderação com outros direitos), previstos na Constituição e nos tratados de direitos humanos. A liberdade de expressão não pode ser invocada para abrigar “manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal”. Em vários votos, como, por exemplo, o do Ministro Gilmar Mendes, foram feitas referências à colisão entre a liberdade de expressão e o direito à igualdade, bem como à dignidade humana. No julgado, preponderou o direito à igualdade e à dignidade humana, admitindo-se que não era caso de se privilegiar a liberdade de expressão de ideias racistas antissemitas.

3 ADI 4.451-REF-MC, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 2 set. 2010, Plenário, DJe de 1º jul. 2011.

4 ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30 abr. 2009, Plenário, DJe de 6 nov. 2009.

Conseqüentemente, decidiu o STF que o

preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica⁵.

Nesse sentido, Daniel Sarmento, ao analisar as visões de liberdade de expressão no Brasil e nos Estados Unidos, ensina que a visão norteamericana é ultralibertária, com a expansão da liberdade de expressão ao custo do enfraquecimento dos diversos outros direitos a ela contrapostos⁶. A liberdade de manifestação, nesse contexto, é um fim em si mesmo, e não um instrumento.

A concepção brasileira sobre a liberdade de expressão, por outro lado, foi moldada de forma bastante distinta⁷. No Brasil, adotamos a visão da “liberdade de expressão responsável”, ou seja, com limites explícitos (por exemplo, a vedação ao anonimato, direito de resposta, indenização proporcional ao dano) e implícitos (ponderação com os demais direitos, que, no caso da divulgação de idéias racistas, vulnera o direito à igualdade).

4 Liberdade de expressão em período eleitoral

O Direito Eleitoral brasileiro, sob a justificativa de impedir manipulação do eleitorado, ofensa à isonomia entre os candidatos ou favorecimento pela mídia de determinado candidato, possui diversos dispositivos de regulamentação da liberdade de expressão no período eleitoral.

Um dos primeiros casos suscitados no STF, ainda em 1994, foi a vedação à utilização de gravações externas, montagens ou trucagens na propaganda eleitoral gratuita (vedação que hoje consta do art. 51, IV, da Lei n. 9.504/1997: “IV - na veiculação das inserções é vedada a utilização

5 BRASIL, STF, HC 82.424, Rel. p/o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17 set. 2003, Plenário, DJ de 19 mar. 2004.

6 SARMENTO, 2010, p. 211.

7 Ibidem, p. 250 e seguintes.

de gravações externas, montagens ou trucagens, computação gráfica, desenhos animados e efeitos especiais, e a veiculação de mensagens que possam degradar ou ridicularizar candidato, partido ou coligação”). O STF decidiu que essas restrições são constitucionais, uma vez que o acesso ao rádio e à televisão, sem custo para os partidos, dá-se às expensas do erário (há ressarcimento dos gastos às emissoras, pela via de compensação tributária) e deve ocorrer na forma que dispuser a lei, consoante disposição expressa na Carta Federal (art. 17, § 3º). Essas restrições são *proporcionais*, na ótica do STF, pois visam eliminar desequilíbrios fruto do poder econômico (por exemplo, vedando computação gráfica e efeitos especiais), assegurando-se a isonomia entre os candidatos⁸.

Em 2002, o STF analisou a constitucionalidade da proibição da participação, na propaganda partidária, de pessoa filiada a partido que não o responsável pelo programa (art. 45, § 1º, da Lei n. 9.096/1995). Para o STF, essa restrição é constitucional, pois a propaganda partidária “destina-se à difusão de princípios ideológicos, atividades e programas dos partidos políticos, caracterizando-se desvio de sua real finalidade a participação de pessoas de outro partido no evento em que veiculada”⁹.

Em 2006, o STF reconheceu a inconstitucionalidade do art. 35-A inserido na Lei n. 9.504/1997 (Lei das Eleições), que vedava a *divulgação de pesquisas eleitorais* a partir do décimo quinto dia anterior até as dezoito horas do dia do pleito. Decidiu o STF que essa regra ofendeu o direito à informação garantido pela Constituição Federal e a liberdade de expressão política, sendo,

à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com o objetivo pretendido pela legislação eleitoral que é, em última análise, o de permitir que o cidadão, antes de votar, forme sua convicção da maneira mais ampla e livre possível¹⁰.

8 BRASIL, STF, ADI 956, Rel. Min. Francisco Rezek, julgamento em 1º jul. 2004, Plenário, DJ de 20 abr. 2001.

9 ADI 2.677-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 26 jun. 2002, Plenário, DJ de 7 nov. 2003

10 BRASIL, STF, ADI 3.741, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 6 set. 2006, Plenário, DJ de 23 fev. 2007, Informativo 439 do STF.

Finalmente, em 2011, o STF declarou inconstitucionais as proibições às emissoras de rádios e televisões, na programação normal e noticiários, de uso de trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou a produção ou veiculação de programa com esse efeito, a partir de 1º de julho do ano de eleições (art. 45, II, da Lei n. 9.504/1997). Nesse caso, o STF fez valer a liberdade de imprensa das empresas de rádio e televisão, que, até aquele momento, estavam impedidas de veicular os tradicionais programas humorísticos expondo criticamente a imagem dos candidatos (ou os próprios) a situações cômicas. A única ressalva feita pelo STF foi quando “a crítica ou a matéria jornalísticas venham a *descambar para a propaganda política*, passando nitidamente a *favorecer* uma das partes na disputa eleitoral. Hipótese a ser avaliada em cada caso concreto”¹¹.

Vistas as balizas gerais ao conteúdo da liberdade de expressão, veremos, a seguir, as proibições existentes no Brasil quanto à difusão de ideias odiosas pelos partidos políticos.

5 As ideias odiosas veiculadas por partidos políticos no Brasil

5.1 A proibição de conteúdo odioso na propaganda eleitoral

O Direito Eleitoral brasileiro do regime militar é bastante amplo quanto a restrições ao conteúdo da propaganda partidária ou propaganda eleitoral. O art. 243 do vetusto Código Eleitoral (Lei n. 4.737/1965) dispõe que não será tolerada propaganda “I - de guerra, de processos violentos para subverter o regime, a ordem política e social ou de preconceitos de raça ou de classes [...]”. O art. 243, I, não possui sanção direta, podendo ser utilizado, eventualmente, em ação de crime contra a honra ou ainda indenização por danos morais. No entanto, o art. 40 da Lei n. 9.504/1997 estabelece sanção à “propaganda irregular”, que, inclusive, gera o dever de retirada em 48 horas (art. 40-B, parágrafo único), o que poderia incluir a propaganda ofensiva ao art. 243, I, do Código Eleitoral.

11 BRASIL, STF, ADI 4.451-REF-MC, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 2 set. 2010, Plenário, DJe de 1º jul. 2011.

Por sua vez, as leis posteriores à redemocratização são mais concisas. O art. 53 da Lei n. 9.504/1997 (Lei das Eleições) dispõe expressamente que não serão admitidos cortes instantâneos ou qualquer tipo de *censura prévia* aos programas eleitorais gratuitos. Porém, é vedada a veiculação de propaganda que possa degradar ou ridicularizar candidatos, sujeitando-se o partido ou coligação infratores à perda do direito à veiculação de propaganda no horário eleitoral gratuito do dia seguinte. Nessa proibição é possível incluir implicitamente a vedação a ofensas racistas ou odiosas contra determinado candidato. Há, ainda, uma *cláusula proibitiva aberta*, que consiste na vedação de propaganda ofensiva “à moral e aos bons costumes”, na qual ofensas discriminatórias poderiam ser amoldadas.

Nas previsões normativas (do Código Eleitoral e da Lei n. 9.504/1997), vê-se que os discursos de discriminação odiosa não possuem destaque, salvo o referente a preconceito de raça.

Apesar de ser possível o enquadramento normativo dos demais casos de discursos de ódio na hipótese de ofensa “à moral e bons costumes”, essa situação resulta em opacidade e insegurança jurídica, não gerando o efeito preventivo que uma cláusula expressa ocasionaria.

Assim, o combate ao discurso de ódio é incipiente na área eleitoral.

5.2 O cancelamento do registro dos partidos políticos

A extinção de partidos políticos foi uma característica da última ditadura militar brasileira (1964-1985). Já em 1965, após a vitória da oposição nas eleições estaduais em cinco estados, foi editado o Ato Institucional n. 2, que extinguiu treze partidos políticos e somente permitiu a existência de duas associações políticas nacionais, sem que estas pudessem até usar a palavra “partido”. Foi criada a Aliança Renovadora Nacional (ARENA), aglutinando o apoio ao regime militar e o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), que seria composto por aqueles que aceitassem fazer oposição tímida, limitada aos marcos rígidos fixados pela ditadura¹².

No período democrático, contudo, houve também a cassação do registro do Partido Comunista do Brasil, em 1947, por apertada maioria

12 Cf. FERREIRA, 1992, p. 191.

(3 x 2) no Tribunal Superior Eleitoral. Como recorda Pinto Ferreira, na época, a influência do macarthismo nos EUA respingou no Brasil e fez como que o PCB fosse considerado um partido “alienígena” e subversivo¹³. A declaração de Luiz Carlos Prestes de que, em uma hipotética guerra do Brasil contra a União Soviética, abraçaria a causa soviética foi utilizada amplamente como prova de que o partido comunista seria mero “braço de Moscou”. Com a cassação, as sedes do PCB foram fechadas e seus representantes posteriormente perderam os mandatos.

Na Constituição de 1988 foi estabelecido, em seu art. 5º, XVII, que é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar, bem como que as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado (inciso XIX).

No tocante aos partidos políticos em especial, o art. 17 da CF/88 dispõe que é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os *direitos fundamentais da pessoa humana*.

Contrario sensu, não será considerado legítimo um partido que atente contra os direitos humanos, abrindo-se a possibilidade de dissolução de partido político cujos ideais sejam antidemocráticos e discriminatórios por ofensa ao *caput* do art. 17.

Contudo, no momento de detalhar o modo pelo qual a democracia brasileira defende-se de ideias partidárias intolerantes, a Lei n. 9.096/1995, que rege os partidos políticos, foi omissa. O art. 28 desse diploma legal determinou tão somente que o Tribunal Superior Eleitoral, após trânsito em julgado de decisão, deve ordenar o cancelamento do registro civil e do estatuto do partido contra o qual fique provado ter recebido ou estar recebendo recursos financeiros de procedência estrangeira (inciso I), estar subordinado a entidade ou governo estrangeiros (inciso II), não ter prestado, nos termos dessa lei, as devidas contas à Justiça Eleitoral (inciso III) ou, ainda, estar mantendo organização paramilitar (inciso IV).

As hipóteses relativas ao descumprimento dos princípios democráticos e da proteção dos direitos fundamentais das pessoas foram

13 FERREIRA, 1992, p. 192.

olvidadas, devendo ser *invocado diretamente o texto constitucional* no momento da análise do cancelamento do registro de um partido cujos ideais sejam antidemocráticos ou discriminatórios.

Veremos, a seguir, como é feito esse combate às ideias intolerantes dos partidos políticos em alguns países europeus e na Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH).

6 A repressão aos intolerantes: uma tradição europeia

Uma resposta repressora aos inimigos da democracia foi adotada em vários países europeus.

Na Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn prevê que não são legítimos partidos políticos que atentem contra a ordem constitucional democrática. Essa vedação levou, em 1952, à proibição do Partido Socialista do Reich e, em 1956, à do Partido Comunista, esta referendada pela Comissão Europeia de Direitos Humanos¹⁴. Recentemente, o Partido Nacional Democrata alemão (NPD) não foi dissolvido pelo Tribunal Constitucional de Karlsruhe por questões processuais.

Por outro lado, na Holanda, foi proibido, com apoio judicial, o *De Nationale Volkspartij*, uma vez que esse partido reiteradamente pregava a discriminação racial e a xenofobia, em total contradição às normas constitucionais holandesas e aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados por aquele país.

Na Itália, é possível a dissolução de partidos fascistas ou promotores de ideias discriminatórias e odiosas. Na França, foi dissolvido, por decreto de 2002, um partido de extrema direita (neonazista) como represália à participação de um de seus membros em atentado ao Presidente da República. Na Turquia, como veremos, há um longo histórico de dissolução de partidos fundamentalistas islâmicos, tendo ainda existido diversas apreciações de tais casos pela Corte Europeia de Direitos Humanos¹⁵.

14 CARVALHO RAMOS, 2012b.

15 Cf. esses exemplos em CASADEVANTE ROMANI, Carlos Fernández de. Existen proyectos políticos incompatibles con la democracia. Papeles de Ermua, n. 7. Disponível em: <<http://www.papelesdeermua.com/html/cuadernos/c7.pdf>>, acesso em 9 abr. 2006.

Finalmente, na Espanha, o Tribunal Superior, com apoio do Tribunal Constitucional, ordenou a dissolução, em maio de 2003, dos partidos independentistas bascos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok e Batasuna, por considerar suas atividades como apoio ao terrorismo do grupo armado ETA.

O solo europeu é fértil em exemplos de dissolução de partidos em nome da defesa do regime democrático e dos direitos fundamentais. Consequentemente, é de interesse a análise de alguns casos práticos para apurar os fundamentos para tais proibições, bem como para verificar a existência de limites e controles dessas práticas repressivas.

7 A teoria do abuso do direito

7.1 Conceito

Uma possível fundamentação dessa drástica limitação à liberdade de expressão de ideias políticas é a teoria do *abuso de direito*¹⁶. Esse instituto, originário do Direito Privado, consiste na proibição do exercício de determinado direito que tenha como objetivo a supressão de outros direitos humanos ou do regime democrático.

Essa cláusula consta da Declaração Universal de Direitos Humanos, que no artigo 30 estabelece não poder nenhum de seus dispositivos ser interpretado no sentido de conferir direito a outrem de realizar atividades *que visem* à supressão de qualquer outro direito ou liberdade¹⁷.

Assim, percebemos de início a polêmica. Não há proteção de direitos humanos para determinadas atividades que tenham como objetivo a destruição de outros direitos ou liberdades, em especial as referentes ao regime democrático. O passado totalitário europeu dos anos 20 e 30 do século XX (ascensão do nazismo, por meio de eleições na República de Weimar, entre outros) gerou a preocupação de evitar que o regime democrático cometesse *suicídio* ao proteger (com direitos à liberdade

16 CARVALHO RAMOS, 2012b, p. 179-184.

17 Pouco tempo depois, a Lei Fundamental de Bonn estabeleceria que não tem direito à proteção constitucional aquele que abusar de seus direitos para combater o regime democrático (artigo 18).

de associação partidária, reunião, expressão, entre outros) aqueles que querem sua destruição.

O risco latente é permitir que maiorias decidam não poderem determinadas *ideologias* ser livremente discutidas (e quiçá apoiadas) no seio da arena democrática, pois seriam “antidemocráticas”¹⁸, e, assim, suprimir ameaças ao seu poder. O jogo é conhecido: em determinado momento, uma maioria eleitoral destroça qualquer ameaça futura, por meio da dissolução de partidos que estejam ganhando adeptos.

Nesse momento, salta aos olhos que pode existir desvirtuamento da teoria do abuso de direito, em detrimento das minorias. Assim, cabe analisar justamente a casuística da aplicação da teoria do abuso de direito, para verificar a existência de excessos que tenham desvirtuado esse instituto e a proteção de direitos humanos.

Para tanto, escolhemos a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, uma vez que há vários casos de invocação da teoria do abuso de direito naquela corte regional.

7.2 A prática: alguns casos da Corte Europeia de Direitos Humanos

A prática da Corte Europeia de Direitos Humanos é valiosa, pois a Convenção Europeia de Direitos Humanos, em seu artigo 17^o, estabelece a *proibição do abuso de direito*¹⁹. Esse artigo dispõe:

Nenhuma das disposições da presente Convenção se pode interpretar no sentido de implicar para um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de se dedicar a actividade ou praticar actos em ordem à destruição dos direitos ou liberdades reconhecidos na presente Convenção ou a maiores limitações de tais direitos e liberdades do que as previstas na Convenção.

Nos primeiros anos de funcionamento do sistema europeu de direitos humanos, a Comissão Europeia manifestou-se, em 1957, sobre a dissolução do Partido Comunista Alemão (KPD) pelo Tribunal

18 CARVALHO RAMOS, 2012b.

19 Cf. visão crítica em VAN DROOGHENBROECK, Sébastien. L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable? in *Revue Trimestrelle des Droits de l'Homme*, v. 12, n. 46, 2001 p. 541-566.

Constitucional (BVG) da República Federal da Alemanha em 1956. Dito partido foi dissolvido por ter sido considerada a ideologia marxista-leninista “antidemocrática”. Seus bens foram confiscados e se proibiu a criação de outras associações que o substituíssem. Em sua defesa, o Estado alemão apelou ao artigo 21.2 da Lei Fundamental de Bonn, que permite a dissolução de partidos que atentem contra a ordem constitucional e ainda ao artigo 17º da Convenção Europeia.

Em plena Guerra Fria, a Comissão Europeia de Direitos Humanos julgou a demanda improcedente²⁰, considerando ser plenamente compatível com a Convenção esse tipo de restrição à liberdade de associação e expressão. Foi levado em consideração que, embora o Partido Comunista não realizasse atividades reais de destruição do regime democrático (pelo contrário, buscava o poder pelas vias eleitorais), não havia renunciado formalmente à “revolução bolchevique” ou à “ditadura do proletariado” do ideário comunista.

Assim, a Comissão não distinguiu entre atos materiais e discursos políticos (como tradicional na jurisprudência norte-americana sobre liberdade de expressão) e arquivou a demanda. Parte da doutrina criticou duramente essa decisão, por considerá-la desproporcional e destruidora do núcleo essencial da liberdade de expressão²¹.

Após, no caso *Lawless* contra Irlanda, a Corte Europeia analisou a situação de um trabalhador de Dublin que havia estado preso durante quase seis meses em estabelecimentos militares, suspeito do crime de terrorismo, mas sem ser levado à presença de um juiz. O governo irlandês utilizou em sua defesa a “guerra contra o terrorismo”, legitimada pelo artigo 17º da Convenção. Nesse caso, a Comissão Europeia decidiu processar o Estado, e a Corte julgou desproporcionais as medidas da Irlanda, pois a violação do devido processo legal em nada auxiliava a luta do Estado contra o IRA.

20 Não havia ainda o direito de acesso direto da vítima à Corte Europeia de Direitos Humanos. CARVALHO RAMOS, 2012a.

21 Cf. mais em GARCIA ROCA, J. La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el TEDH: Estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas, 65 *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2002, p. 295 e ss.

O raciocínio da Corte foi simples: a teoria do abuso de direito era inaplicável ao caso, pois o Sr. Lawless²², em teoria, teria abusado da liberdade de expressão e de associação, e o Estado restringiu direito totalmente diverso, o direito ao *devido processo legal*.

Em 1998, a Corte Europeia foi chamada a avaliar a conduta da França, que condenou, por apologia de crime de guerra e colaboração, os responsáveis pela publicação de anúncio pago no jornal *Le Monde*, no qual louvavam e pediam a reabilitação histórica e moral do Marechal Petáin, chefe do governo colaboracionista de Vichy na 2ª Guerra Mundial. O governo francês defendeu-se, alegando que teria existido abuso da liberdade de expressão. A França²³ invocou, então, aplicação do artigo 17º da Convenção que excluiria os demandantes da proteção do artigo 10º, referente à liberdade de expressão²⁴.

Saliente-se que, de início, a Corte distinguiu entre o caso em análise e os chamados “casos de revisionismo”, em que a negação do holocausto judeu e dos campos de concentração não deveria merecer a proteção do artigo 10º, pois a liberdade de expressão não protege a mentira histórica. Após, a Corte reconheceu que os fatos narrados referiam-se a “página dolorosa” da história francesa, na qual um ex-herói da 1ª Guerra Mundial havia se transformado em colaborador nazista. No entanto, para que o artigo 17º fosse aplicável, seria necessário que os atos impugnados incitassem o ódio, a violência ou o uso de meios ilegais para destruir os direitos previstos na Convenção, o que não havia se passado. Assim, para a Corte, a interpretação do artigo 17º deve ser estrita, pois as democracias devem tolerar visões díspares da história, sendo *desproporcional*, para punir a conduta em questão, o uso de sanções penais referentes ao crime de apologia de crime de guerra²⁵.

22 O sobrenome da vítima é uma incrível coincidência com os fatos em debate.

23 Como já abordado em obra própria, o Estado responde mesmo por atos de seu Poder Judiciário. Cf. CARVALHO RAMOS, 2004.

24 Corte Europeia de Direitos Humanos, Caso *Lehideux e Isorni vs. França*, julgamento de 23 set. 1998.

25 Cabe salientar que a decisão do caso “*Petaim*” não foi unânime.

Por sua vez, no caso *Vogt*, uma professora alemã ocidental, da rede pública, foi afastada, em plena década de 1980 e antes da queda do Muro de Berlim, após sofrer processo administrativo pelo mero fato de pertencer a um partido político comunista que, diferentemente do antigo KPD, não havia sido banido pelo Tribunal Constitucional. De acordo com o rígido entendimento do governo alemão (apoiado pelo Tribunal Constitucional), essa postura de uma servidora pública era prova de deslealdade face à Constituição alemã, pois o ideário comunista (mesmo de um partido legalizado) era contrário à Constituição. A Corte Europeia, por escassa maioria (um voto), considerou que a medida fora desproporcional, uma vez que a perda do emprego, a redução da pensão e todos os malefícios causados a uma professora com desempenho inatacável, em nome de uma rígida defesa em abstrato da ordem constitucional (herança do trauma da República de Weimar) significavam impor um sacrifício desproporcional ao ganho (uma vez que o risco à ordem constitucional era mínimo, se é que existia algum risco).

O Professor *Isi Foighel* (Universidade de Copenhague) considerou o caso *Vogt* o mais importante de todo seu período de vários anos como juiz da Corte Europeia. Para *Foighel*, ao longo da história da humanidade, muitos já foram considerados “inimigos do Estado” (cristãos na época romana, protestantes, judeus, homossexuais, ciganos e, mais recentemente, nos Bálcãs, muçulmanos). No caso *Vogt*, o mais poderoso Estado europeu (Alemanha) foi processado por uma professora do ensino médio e obrigado a justificar sua postura perante juízes internacionais. E não convenceu a Corte Europeia do acerto de sua decisão.

Com isso, vê-se que a Corte Europeia de Direitos Humanos adotou o chamado princípio da “democracia militante” ou “democracia apta a se defender” (*wehrhafte Demokratie*), que teria sido acolhido pelo artigo 17 da Convenção, mas é necessário que o Estado prove que suas medidas são coerentes com um juízo completo de proporcionalidade (idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)²⁶.

26 Corte Europeia de Direitos Humanos, Caso *Vogt vs. RFA*, julgamento de 23 set. 1995, Série A n. 323. Cf. FOIGHEL, Isi. Three Judgments from European Court of Human Rights, 20 *Magazine Justice* (2000), Revista da International Association of Jewish Lawyers and Jurists, p. 25-28.

8 As restrições legítimas à liberdade de associação política

8.1 Aspectos gerais

Além do recurso à teoria do abuso do direito, a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos também apela, para justificar a dissolução de partidos políticos, às restrições legítimas à liberdade de associação política. Essas restrições constam, genericamente, do artigo 11º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que dispõe que o exercício da liberdade de associação

só pode ser objeto de restrições que, sendo previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros (artigo 11º, 2).

Assim, tal dispositivo convencional estabeleceu três parâmetros de adequação das restrições à liberdade de associação política: previsão em lei, finalidades legítimas e necessárias em uma sociedade democrática.

A exigência de que as restrições sejam previstas em lei serve para dar *publicidade* e *previsibilidade* à reação do Estado, evitando-se a surpresa e possibilitando aos destinatários da norma que evitem uma drástica restrição à liberdade de expressão política.

Considerando que a previsão em lei é, em geral, cumprida, vê-se que, quanto às finalidades legítimas, a Convenção Europeia de Direitos Humanos abusa de conceitos indeterminados como segurança nacional, defesa da ordem etc. Isso exigiu da Corte Europeia um adensamento de juridicidade no exame dos casos concretos para impedir que toda ideia política contrária ao *establishment* fosse asfixiada graças aos conceitos indeterminados de “segurança nacional” ou “defesa da ordem”.

Assim, os partidos reformistas que pugnem por mudanças radicais na legislação devem ser aceitos, desde que os meios para as mudanças sejam constitucionais e o conteúdo da reforma não atente contra a democracia e os direitos fundamentais. Nesse sentido, a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu que um partido político pode apoiar a mudança estrutural de normas, desde que os meios invocados para tal fim

sejam previstos na ordem constitucional e ainda que a reforma proposta seja compatível com os princípios democráticos fundamentais.

Projetos de reformas baseados na violência ou com objetivos de destruir o acervo democrático não são compatíveis com a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Assim, para a Corte Europeia,

um partido político cujos responsáveis incitam o recurso à violência ou propõem um projeto político que não respeita uma ou várias normas da democracia, ou que tenda à destruição desta, assim como o desprezo aos direitos e liberdades nela inerentes, não pode invocar a proteção da Convenção contra as sanções impostas por tais motivos²⁷.

Por outro lado, ao se exigir que as medidas sejam *necessárias* à ordem democrática, vê-se que a Convenção faz uma opção pela aplicação do princípio da proporcionalidade (medidas idôneas e necessárias, cujo benefício supera o custo) no exame da convencionalidade dos atos de repressão. Com isso, parece óbvio que a dissolução de partidos políticos deva ser um último recurso e que tais finalidades não possam ser atingidas por meio de outro instrumento menos gravoso.

Além disso, é imperioso distinguir aqueles partidos pleiteadores de reformas (mesmo que estruturais) por meio das regras democráticas daqueles que defendem as mesmas reformas, mas pela violência. De fato, há sempre a possibilidade de identidade de propósitos entre partidos políticos e grupos armados, como, por exemplo, em relação a temas sensíveis aos grupos dominantes (distribuição das riquezas, reforma agrária, autonomia de determinada região etc.), mas tal identidade cessa na escolha dos meios.

Os partidos políticos permitidos, na visão da Corte Europeia de Direitos Humanos, podem compartilhar dos ideais, mas não da violência, para o atingimento de tais fins. De fato, se tal identidade de ideias fosse motivo suficiente para a dissolução de partidos políticos, a única via para o atingimento dos fins almejados seria justamente a violência, o que seria um contrassenso. Como argutamente observou a Corte Europeia de Direitos Humanos ao condenar a Turquia no caso da extinção do Partido

27 Cf. Corte Europeia de Direitos Humanos, Caso *Refah Partisi vs. Turquia*, julgamento de 13 fev. 2003, parágrafo 46, tradução nossa.

do Trabalho do Povo, tal medida de dissolução anula a possibilidade de tratar esses temas no marco democrático “e se permitiria a movimentos armados monopolizar a defesa de tais princípios, o que está em contradição direta com o espírito do artigo 11 e com os princípios democráticos nos quais este se fundamenta”²⁸.

Todavia, o Estado não necessita esperar que haja consecução prática das ideias antidemocráticas de um partido para que, então, seja ordenada sua dissolução. De fato, para a Corte Europeia de Direitos Humanos

O Estado implicado pode, de modo razoável, impedir a realização de tal projeto político, incompatível com as normas da Convenção, antes de que seja posto em prática mediante atos concretos que possam por em risco o regime democrático e a paz de um país²⁹.

8.2 A dissolução de partidos políticos turcos

Nos últimos anos, a Corte Europeia apreciou várias dissoluções de partidos fundamentalistas turcos³⁰. No caso mais aguardado, tendo em vista o tamanho do partido, a Corte, por decisão unânime de uma Grande Sala (17 juízes), considerou *legítima*, em 2003, a dissolução do Partido da Prosperidade (Refah Partisi) da Turquia, por ser fundamentalista islâmico e, com isso, atentar contra os fundamentos da República *laica* turca. Registre-se que tal Partido não era diminuto e contava, em 1996, com 156 dos 450 representantes da Assembleia Nacional³¹.

É interessante observar que a Corte praticamente não cita o artigo 17 (invocado pelo Governo turco) e se apoia nos limites do artigo 11º

28 Cf. Corte Europeia de Direitos Humanos, *Yazar, Karata, Aksoy e o Partido do Trabalho do Povo (HEP) vs. Turquia*, parágrafo 57.

29 Cf. Corte Europeia de Direitos Humanos, *Caso Refah Partisi vs. Turquia*, julgamento de 13 fev. 2003, parágrafo 80.

30 Vejam-se os casos do Partido Comunista Unificado (TKBP), o caso do Partido Socialista (SP), o caso do Partido da Liberdade e Democracia (OZDEP), o caso do Partido do Trabalho do Povo (HEP), todos contra a Turquia. Em todos eles, a linha de defesa do governo turco foi a luta contra o terrorismo curdo e o fundamentalismo islâmico. Cf. ALLUÉ BUIZA, Alfredo. Pluralismo político en Turquía y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 34 *Revista de Estudios Europeos* (2003), p. 131-153.

31 Cf. Corte Europeia de Direitos Humanos, *Caso Refah Partisi vs. Turquia*, julgamento de 13 fev. 2003.

(liberdade de reunião e associação), que não poderia ser invocado por aqueles que não defendem a separação da Igreja e do Estado, tida como essencial para a garantia do pluralismo político.

Por outro lado, não era desconhecido para a Corte Europeia de Direitos Humanos o tratamento privilegiado dado à Igreja Católica em vários Estados ocidentais, inclusive com educação católica em escolas públicas, como na Espanha. A própria Corte Europeia, no caso *Otto-Preminger Institut*, não condenou a Áustria por ter proibido a exibição de filme (*Das Liebeskonzil*, baseado em obra satírica de Oskar Panizza e seu julgamento por blasfêmia no século XIX) considerado ofensivo à religião católica, alegando que a maioria católica austríaca deveria ter sua sensibilidade respeitada³².

É que, no caso da ascensão de um partido político fundamentalista religioso, fica ameaçada a *democracia*, uma vez que se transfere o poder da esfera pública para a esfera religiosa. Essa transferência radical (que não ocorre em outras áreas, como na educação ou na censura a obras consideradas ofensivas a uma religião) de poder vulnera o próprio conceito de Estado Democrático. Para a Corte, então, o regime democrático é indisponível, devendo, mesmo contra a vontade de parcela expressiva do eleitorado, ser protegido. Logo, vulnera-se o princípio democrático “quando a população de um Estado, de modo inclusive majoritário, renuncia a seus poderes legislativo e judicial em benefício de uma entidade que não é responsável perante o povo que governa, seja essa entidade laica ou religiosa”³³.

Assim, para a Corte Europeia de Direitos Humanos, quando o pluralismo de ideias inerente ao regime democrático é posto em risco, o Estado pode impedir a continuação do projeto político que tenha gerado tal risco³⁴.

32 Cf. CARVALHO RAMOS, 2012b.

33 Cf. Corte Europeia de Direitos Humanos, Caso *Refah Partisi vs. Turquia*, julgamento de 13 fev. 2003, parágrafo 42.

34 Cf. Corte Europeia de Direitos Humanos, Caso *Refah Partisi vs. Turquia*, julgamento de 13 fev. 2003.

8.3 A dissolução do Herri Batasuna (HB)

Em 2003, a Espanha dissolveu o Partido Herri Batasuna (HB), considerado braço político do grupo terrorista Euskadi Ta Askatasuna (ETA), tendo sido essa decisão mantida pelo Tribunal Constitucional espanhol e pela Corte Europeia de Direitos Humanos³⁵.

Referida dissolução foi fruto da aplicação da Lei Orgânica espanhola dos Partidos Políticos e, em especial, de seu artigo 9º, que, anteriormente, havia sido alvo de alegação de inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional Espanhol (TCE).

Nesse caso, o TCE entendeu ser constitucional a previsão de dissolução de um partido político envolvido com grupos terroristas. Para o Tribunal, no exercício do controle de constitucionalidade abstrato das leis, a existência de um partido político que, com sua atividade, colabore ou apoie atos terroristas de violência põe em risco a sobrevivência da ordem pluralista adotada pela Constituição e, frente a tal risco, não cabe outra sanção que não seja a sua dissolução³⁶.

Por seu turno, na análise concreta do Tribunal Supremo Espanhol, a dissolução do HB foi necessária, uma vez que ficou provado, por meio da análise de posturas, homenagens, discursos, manifestações e atos dos militantes do partido político em questão, que havia endosso à luta armada do grupo terrorista ETA.

Em resumo, buscou-se harmonizar o legítimo interesse de uma sociedade democrática em se proteger de atividades dos grupos terroristas e o dever de respeitar e garantir a liberdade de expressão política de todos, e, em especial, das minorias³⁷.

35 Cf. Tribunal Supremo Espanhol, acórdão de 27 mar. 2003, Sala Especial, por meio do qual foram dissolvidos os partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok e Batasuna. No Tribunal Constitucional, em 15 dez. 2003 houve a denegação da ordem de amparo (Auto número 417/2003). Sobre tais decisões, ver BILBAO UBILLOS, J.M. Guión para el debate sobre la disolución de los grupos parlamentarios vinculados a partidos que han sido ilegalizados judicialmente, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 68, maio/ago. 2003, p. 249 e ss.

36 Cf. STC n. 48/2003, de 12 mar. 2003. Sobre o papel dos tribunais constitucionais europeus no controle de constitucionalidade, CLÈVE, Clèmerson Merlin, 2000.

37 Sobre essa tensão, cf. Corte Europeia de Direitos Humanos, *Zana vs. Turquia*, de 25 nov. 1997. Em especial, o parágrafo 55.

9 Conclusão

No Brasil, a restrição às ideias odiosas veiculadas por partido político engatinha; o que é resultado, por certo, do trauma causado pelas inúmeras restrições ao “mercado de ideias” geradas pela ditadura militar recente.

Por outro lado, em vários países com democracias consolidadas na Europa, aceita-se a possibilidade de derrogação da liberdade de expressão política em nome da prevalência do Estado Democrático de Direito, que deve possuir *mecanismos* que assegurem sua existência em casos de perigos extremos. Os defensores da “democracia militante” sustentam existir apenas um *aparente* conflito de valores, que seria resolvido pela certeza de que, somente com a permanência do Estado de Direito (suscetível de ser ameaçada pelas situações anormais), *todos os direitos humanos* serão efetivamente protegidos. Porém, os diversos casos, vistos acima, dos países europeus reavivaram a polêmica da democracia militante e da possibilidade do uso camuflado da extinção de partidos políticos para impedir que minorias cheguem ao poder.

A teoria do abuso de direitos ou a teoria das restrições à liberdade de expressão política, quando aplicadas ao pluralismo político, devem sofrer escrutínio estrito. Ademais, deve a dissolução de partidos políticos ser considerada intervenção gravíssima nos direitos fundamentais, a ser justificada em poucas ocasiões, quiçá quando o partido for mera camuflagem de uma associação armada. Nem é preciso dizer que a dissolução de partidos políticos representativos das visões de mundo de parcela da população frustra toda a esperança de tomada do poder por meios democráticos³⁸.

Os velhos e novos desafios às democracias (xenofobia, ideais neonazistas camuflados – ou não – em partidos de extrema direita em vários países europeus, por exemplo) não podem ser esquecidos, mas não devem levar a “conjuntura de pânico”, com a eliminação de partidos políticos e a asfixia das minorias.

Por isso, urge que os sistemas internacionais de direitos humanos atentem para o crivo estrito das referidas restrições, não confiando (e

³⁸ Ver GARCIA ROCA, J. La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el TEDH: Estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas, 65 *Revista Española de Derecho Constitucional* (2002), p. 295 e ss.

alinhando-se) cegamente em uma pretensa tradição democrática do Estado que adota regras limitadoras.

A vigilância internacional dos direitos humanos serve justamente para oferecer um contraponto à visão majoritária nacional. Isso assegura que restrições eventualmente adotadas não sejam meramente um disfarce para salvaguardar interesses eleitorais de maiorias de momento, asfixiando minorias.

Referências

ALLUÉ BUIZA, Alfredo. Pluralismo político en Turquía y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *34 Revista de Estudios Europeos* (2003), p. 131-153.

BILBAO UBILLOS, J. M. Guión para el debate sobre la disolución de los grupos parlamentarios vinculados a partidos que han sido ilegalizados judicialmente, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 68, maio./ago. 2003.

CARVALHO RAMOS, André de. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2012a.

_____. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2012b.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Lei Orgânica dos Partidos Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1992.

FOIGHEL, Isi. Three Judgments from European Court of Human Rights. *20 Magazine Justice* (2000), *Revista da International Association of Jewish Lawyers and Jurists*, p. 25-28.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*. Estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Inclusão eleitoral e efetivação dos direitos políticos

PAULO THADEU GOMES DA SILVA

Sumário: 1 Introdução. 2 Direito político. 3 Inclusão eleitoral. 4 Conclusão.

1 Introdução

O título deste artigo já traz consigo uma contradição, expressa em que quando se pensa em inclusão pensa-se em direitos sociais, pressupondo-se que com relação aos direitos políticos ela, a inclusão, já se efetivou. Essa imediata associação da palavra inclusão com os direitos sociais por meio de uma falsa ideia, a de que o Estado de Bem-Estar Social significou a positivação, apenas, dos direitos sociais, esconde um fato da realidade histórica, que é representado pelo reconhecimento jurídico de vários outros direitos, entre os quais, os políticos, sob regime de extensão a um maior número de pessoas¹, o que quer dizer, de inclusão.

A inadequada associação aqui tratada talvez decorra da, hoje, ao menos pela pena deste autor, combatida classificação dos direitos fundamentais, entre os quais os políticos, em gerações, pois, se em determinado contexto histórico ela serviu a algum propósito científico, hoje se encontra um tanto desgastada no que diz com seu potencial para significar alguma coisa. É que, como será visto, na sociedade moderna, complexa e contingente, os direitos fundamentais se manifestam quase que sob suas diversas formas, sendo, por exemplo, de defesa e de prestação. Isso acaba por impedir sua classificação em gerações históricas estanques e separadas umas das outras.

Uma maneira de se dissolver a contradição aqui apontada é analisar as palavras-chave em jogo pelo seu próprio significado, o que, uma vez feito pelo intérprete, leva, necessariamente, a uma inversão dos termos,

¹ Nesse sentido, cf. MAUÉS, A. G. M. *Poder e democracia: o pluralismo político na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 19.

isto é, primeiro deve-se analisar o que significa a expressão direitos políticos, para depois abordar o significado de inclusão eleitoral. A inversão se justifica porque, na sociedade moderna atual e no momento histórico presente, já houve a positivação dos direitos políticos, seja em nível constitucional, seja em nível internacional, fenômeno esse que pode, potencialmente, produzir a inclusão eleitoral.

E assim foi desde o início da história do tema, pois a positivação dos direitos políticos, fruto das lutas dos movimentos sociais organizados, funciona como um necessário antecedente de um compulsório consequente que é a inclusão, ou seja, para que esta seja realizada, impõe-se que a primeira se concretize.

2 Direito político

Nessa linha, direito político pode ser analisado tanto por abordagem sociológica quanto por dogmática, que não se excluem, antes se complementam. Para a Sociologia, direito político é expressão de um paradoxo, pois remete o pensamento a ideias dissociadas entre si e ligadas a sistemas diferentes: o jurídico e o político.

O fato de se qualificar como um paradoxo não impede sua análise pela decomposição de seus significados. A proeza de unir conceitos pertencentes a sistemas diferentes é oriunda do evento conhecido como positivação do direito, fruto de uma decisão que optou por tornar direitos fundamentais determinados fatos levados a cabo na sociedade, com base em valores atinentes à participação política dos cidadãos nos negócios do Estado, o que fornece uma ideia, ainda que parcial, de autogoverno.

Se num primeiro momento essas ações podem ser qualificadas como manifestações de liberdade, num outro se apresentam sob as vestes da igualdade, uma vez que, ao lado da liberdade do sufrágio, há a igualdade de sua realização que se expressa no valor igual do voto de cada um, não mais interessando sua origem de classe, de nascimento, de sobrenome etc. A positivação do direito político, então, acaba por incluir a todos no próprio sistema jurídico e contribui, decisivamente, à consolidação da passagem histórica do estágio de privilégios ao de direitos.

Se por um lado essa inclusão significa o reconhecimento de direitos de participação no sistema político aos indivíduos, por outro constitui a maneira que o sistema jurídico encontrou para dar efetividade a um princípio que norteia o sistema político e é representado pela norma constitucional de que todo poder emana do povo e em seu nome será exercido, conforme dispõe o art. 1º, parágrafo único. Cria, assim, um artifício para que se possa convencer o próprio povo de que é ele a *fons etorigo* de todo poder e, portanto, é ele quem governa: artificialmente, bem entendido, pois se a democracia não significa alguma coisa, essa é exatamente ser um governo do povo, pelo povo e para o povo².

O documento formal mais adequado à positivação do tipo de direito político é a Constituição, e isso porque ela se qualifica como não sendo de propriedade exclusiva do sistema jurídico e do político, o que faz destacar seu caráter – e não a falta deste – ambivalente: vale tanto para o direito quanto para a política. Esse documento, por gozar de supremacia formal e ter valor maior se comparado a outros níveis hierárquicos formais e materiais (por exemplo e respectivamente, ordenamento infraconstitucional e internacional de direitos humanos), positiva em seu texto o processo de sua própria reforma, o que acaba por produzir dois interessantes efeitos na teoria constitucional: a) positiva-se uma autológica em que a própria lei determina como deve ser modificada; b) faz cair por terra o dogma de que lei posterior revoga a anterior, pois a Constituição continuará a existir, mesmo no caso de uma lei posterior a ela e que com ela conflita.

E isso não é pouca coisa, se se pensar em que, como decorrência direta desses postulados, é na mesma Constituição que se encontra positivado o núcleo intangível, no qual se inclui, de forma parcial *bis in idem*, os direitos políticos. Vale ressaltar que é dessa força normativa da Constituição³ que decorre a possibilidade de existência de um direito que

2 LUHMANN, 1997, p. 162.

3 Pelo gênio de Luhmann, a Constituição diz eu a si mesma (*Die Verfassung sagt ich zu sich selbst*), conforme, em alemão, *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*. In: *Rechtshistorische Journal*, n. 9, 1990, p. 176-220 (187); em francês, *La Constitution comme acquis évolutionnaire*. In: *DROITS – Revue Française de Théorie Juridique*, PUF, Paris, n. 22, p. 103-125 (113); e em italiano, *La Costituzione come conquista evolutiva*. In: ZAGREBELSKY, G.; PORTINARO, P. P. e LUTHER, J. (a cura di),

seja político, pois o só-fato de se admitir que haja essa possibilidade já implica ter de aceitar que uma parte da política foi constitucionalizada em termos de direitos e, portanto, em termos jurídicos. No limite, essa forma de pensar leva ao argumento de que o poder é domesticado, pois a Constituição se afigura como restrição a sua atuação. E uma das possibilidades de se limitar a atuação do poder é exatamente positivar normas de direitos políticos.

É o que ocorre, por exemplo, com a soberania popular (prevista no art. 14, *caput*, da Constituição), normatizada, expressamente, em termos de seu exercício, seja de forma direta pela própria norma constitucional no que diz com o sufrágio universal e o voto direto, secreto e igual para todos, seja de forma indireta, mediante remissão explícita à lei infraconstitucional que tratará do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular de lei.

Essa verdadeira formalização da soberania popular na Constituição produz a reflexão acerca de que a soberania do povo deve ser compreendida como positivada naquele texto; vale dizer, a soberania popular que existe é aquela constitucionalmente positivada, é a soberania popular tal como posta na Constituição. Raciocínio dessa natureza, se num primeiro momento pode demonstrar que se está a escrever uma tautologia, num segundo momento fornece a base para que se defenda, por exemplo, a repulsa a uma suposta manifestação da tirania da maioria, o que quer dizer, o povo não pode tudo, pode apenas aquilo que a Constituição autoriza e, quando esta o faz, leva em consideração os direitos da minoria.

Normatizar a soberania popular em nível constitucional, portanto, serve como real obstáculo a aventuras políticas de caráter autoritário ou totalitário, e tendo sempre em vista – por necessidade de sobrevivência dos padrões civilizatórios alcançados à custa de muita luta –, nunca é demais se afirmar, que nem sempre se deseja efetivar, e em alguns casos nem mesmo saber, o que quer o povo.

Sob a perspectiva dogmática, direito político é, na tradição dos direitos fundamentais, um direito de participação. Jellinek, em sua obra

Il Futuro della Costituzione, Einaudi, Torino, 1996, p. 83-128 (94). E pela pena deste autor: a Constituição dirige a palavra em primeira pessoa.

*Sistema de direitos públicos subjetivos*⁴, há mais de cem anos, já escrevia a respeito e classificava os direitos fundamentais de acordo com a posição jurídica ocupada por seu titular. Assim, havia os direitos de participação e de *status* ativo, os de defesa e de *status* negativo e os de prestação e de *status* positivo, e ao lado desses três os deveres de *status* passivo.

Na época em que foi escrito esse livro havia uma certa oscilação a respeito do significado de direito político, ali apontado por Jellinek, uma vez que, por exemplo, o Tribunal de Justiça austríaco submetia a esse título pretensão de juízes de acordo com a lei ao lado do direito de voto parlamentar e também referente à comunidade⁵. Hoje já não há muita dúvida a respeito de seu significado, ainda que, de acordo com o aqui articulado mais adiante, o direito de constituir partido político e de se associar a partido político também possa ser considerado sob esse conceito.

Para Jellinek, então, poderiam ser considerados direitos políticos o direito do monarca, o direito dos regentes, que eram os representantes constitucionais dos monarcas, o direito dos chefes de Estado e juízes republicanos, o direito de voto, o direito dos eleitos, o direito de nomear um parlamentar não eleito, a votação e o direito de votar na democracia direta e, por último, as pretensões às funções públicas.

A descrição proposta por Jellinek se ajusta a um tempo histórico no qual ainda se construía a ideia de personalidade como *ius publici*, o que implica afirmar que apenas como membro de um Estado a pessoa era titular de direitos: o Estado como que criava a personalidade⁶. Essa compreensão leva à afirmação de que havia uma relação entre a personalidade e o Estado, relação essa que acabava por limitar a própria personalidade e que possibilitava pensar que a vontade estatal era a vontade humana, exatamente porque os indivíduos passaram a ser titulares de direitos políticos, compostos por uma qualificação passiva e uma ativa⁷, as hoje denominadas condições de elegibilidade e inelegibilidades; portanto, direitos de participação (conforme Jellinek, *Der aktive Status oder Status*

4 Cf. JELLINEK, G. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Elibron Classics, Lexington, USA, 2010. Texto original.

5 *Ibidem*, p. 133-134.

6 *Ibidem*, p. 82-83.

7 *Ibidem*, p. 133-135.

der aktiven Cívität) na tomada de decisões políticas e que diziam respeito aos próprios representados, vale dizer, a ideia de autogoverno que se mantém até o tempo histórico presente.

Os direitos políticos vêm positivados, na Constituição, no interior do catálogo formal dos direitos fundamentais, que vai desde o art. 5º até o 17, mais especificamente no Capítulo IV, que compreende os arts. 14 a 16. Essas normas especificam, por exemplo, o sufrágio universal como gênero pelo qual a soberania popular é exercida, do qual são espécies o voto, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de lei. O significado desses direitos tanto é esclarecido pelo ordenamento infraconstitucional, para o caso geral a Lei n. 9.709/1998, quanto, para o caso particular da iniciativa popular de lei, pelo art. 61, § 2º, da Constituição.

A localização topográfico-formal dos direitos políticos nos arts. 14 a 16 da Constituição não pode impedir a inclusão, em seu rol exemplificativo, do disposto no art. 17 do mesmo texto e que tem por título *Dos Partidos Políticos*. Essa necessidade de se considerar as normas positivadas, nesse último artigo, como também atingidas pela ideia de direitos políticos encontra justificação no fato de que, entre os direitos políticos, há aqueles atinentes à instituição de e ao pertencimento a determinado partido político, sem embargo de que esses mesmos direitos possam encontrar sua fundamentação em outras normas constitucionais de direitos fundamentais, *v.g.*, o direito de livre associação, que, no caso dos partidos políticos, torna-se associação política.

Dilui-se, por essa forma de interpretação, a confusão causada pela inadequação de tratamento da matéria pela própria Constituição, que, ao dividir os temas em capítulos distintos, produz razoável perplexidade naquele que observa, levando à compreensão de que o tema dos partidos políticos não se insere no dos direitos políticos. Essa confusão em nada é esclarecida pela própria norma internacional que trata do tema, qual seja, o artigo 25º do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, ao positivar tratamento generalizado.

Compreender o tema dos direitos políticos, por esse modo de observar, implica que ele: a) se liga, numa relação de complementaridade, a outros direitos fundamentais, tais quais o de livre expressão e o de

associação; b) é manifestação imediata de um direito de liberdade e mediata de um direito de igualdade, conforme se pode extrair do disposto no art. 17, *caput*, da Constituição.

A relação de complementaridade existente entre os direitos políticos e os direitos de liberdade de expressão e de associação, no caso, políticas, demonstra a manifestação dos direitos fundamentais na sociedade moderna, sob a égide de uma forma polifacetada, pois pode representar vários direitos fundamentais a incidirem, simultaneamente, na realidade social.

Por sua vez, considerar os direitos políticos, na modalidade de criação e pertencimento a um partido político, como direito de liberdade demanda uma interpretação, ainda que breve, do preceituado no art. 17, *caput*, da Constituição. Esse artigo prescreve que é livre a criação, a fusão, a incorporação e a extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana, observados os preceitos elencados nos incisos I-IV do mesmo artigo.

Ser livre a criação de partido político (que é gênero do qual são espécies a fusão, a incorporação e a extinção, como acessórios que acompanham o principal), bem assim o pertencimento a um determinado partido político, e possuir como limitação essa liberdade de ação, exatamente os direitos fundamentais da pessoa humana, significa a restrição expressa do direito de liberdade por outros direitos fundamentais de mesma bitola, tais quais a mesma liberdade e a igualdade.

Essa forma de pensar é de grande ajuda para o tema aqui tratado, pois é essa mesma ideia de restrição à liberdade de ação partidário-política que pode produzir argumentos favoráveis à inclusão das pessoas no processo político. Vale dizer, aos partidos políticos estaria vedado excluir com base em critérios proibidos de discriminação, o que, se imediatamente promove a inclusão, mediatamente refuta a exclusão. Essa proibição é oriunda do direito de igualdade, que aqui ocupa um lugar no direito de liberdade, para limitá-lo.

De igual efeito, os direitos políticos, por força do disposto no art. 14, *caput*, da Constituição, podem ser tidos na conta de beneficiários do regime mais amplo da legalidade estrita e do menos abrangente da

reserva legal. Com relação à primeira hipótese, verifica-se que o disposto no art. 62, § 1º, ao impedir a disposição, por medida provisória, sobre a matéria dos direitos políticos, confere a estes o beneplácito garantista da legalidade estrita, com seu sentido complementado pelo que preceitua o art. 5º, inciso II, também da Constituição, norma pela qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, norma com um alcance, portanto, bastante extenso, pois objetiva impedir o arbítrio estatal, o que, na linguagem montesquiana, significa dizer que a forma é garantia da liberdade.

A reserva legal a que se submete o regime de regulamentação dos direitos políticos tem como fundamento de validade tanto o disposto no art. 14, *caput*, quanto o prescrito no mesmo artigo, §§ 3º e 9º, no art. 15, inciso V, e no art. 16, todos da Constituição, os quais exigem lei que disponha sobre as matérias neles mencionadas, *v.g.*, respectivamente, plebiscito, referendo, iniciativa popular, condições de elegibilidade, outros casos de inelegibilidade distintos daqueles já positivados na Constituição, improbidade administrativa como causa de restrição a direito político e alteração do processo eleitoral.

Aqui mais um destaque se impõe: é o representado pelo sentido da palavra sufrágio. Quase de forma automática, o intérprete constitucional associa a palavra sufrágio à escolha, à seleção, o que não é inadequado, uma vez que um dos significados dessa palavra é exatamente esse. Todavia, se esse significado pode se atrelar ao gênero sufrágio e às espécies referendo e plebiscito, que se concretizam por meio de voto, o mesmo não se pode afirmar com relação à iniciativa popular de lei, pois aqui não se trata, genuinamente, de escolha ou seleção, mas sim de aprovação ou concordância, que podem ser os outros dois significados da palavra sufrágio: aprovação de e concordância com determinado projeto de lei a ser apresentado por iniciativa popular.

Essa abordagem dogmática, pela qual se constata e se acusa o tratamento normativo bastante forte no sentido de proteção dos direitos políticos, permite, também, afirmar que ao menos um deles, o direito de voto, é positivado por mais de um modal deôntico, vale dizer, num primeiro momento ele é veiculado sob a forma de permissão, pois é um direito fundamental, e, num segundo momento, sob a forma de obrigação,

desde que passe a interpretar o regime desses direitos como um subsistema da Constituição e aí se traga ao processo de interpretação o disposto no art. 14, § 1º, inciso I, de seu texto, que preceitua que o alistamento eleitoral e o voto são obrigatórios para os maiores de dezoito anos.

A veiculação de um direito fundamental por mais de um modal deôntico não é matéria de todo estranha à teoria dos direitos fundamentais, o que pode ser ilustrado pelo caso de o direito social de férias ser, na norma constitucional, uma permissão e, no ordenamento infraconstitucional, uma obrigação, devendo o trabalhador, compulsoriamente, gozar dos dias referidos ao período respectivo, ressalvada a possibilidade de venda de um terço correspondente, o mesmo se podendo afirmar com relação ao direito de liberdade de livre expressão do pensamento que, conforme o disposto no art. 5º, inciso IV, da Constituição, é, em sua parte inicial, uma permissão quando se afirma ser livre esse tipo de manifestação, e, em sua parte final, é uma proibição quando se veda o anonimato; contudo, essa contradição não anula o próprio direito fundamental de que se cuida.

Para o caso aqui tratado, não se observa uma exclusão do direito em si mesmo considerado porque ele vem positivado por dois modais deônticos: um que permite e outro que obriga. Sua anulação, por certo, poderia derivar de uma situação normativa na qual primeiro se permitisse o direito de voto para depois se proibir o mesmo direito. Pelo fato de haver previsões normativas que permitem e obrigam, resulta daí que não se trata de anular o direito em jogo.

Se é certo pensar dessa maneira, não menos correto é pensar que, uma vez aplicada essa aparente contradição ao tema versado neste artigo, qual seja, inclusão eleitoral e direitos políticos, a só existência de preceitos normativos que permitem e obrigam como que causam uma inclusão forçada, pois que, apesar de se ter o direito de voto, é-se obrigado a exercê-lo, i.e., não se cogita, à dessemelhança de vários outros direitos de caráter individual, da não fruição da ação, situação ou posição jurídica ocupada pelo titular do direito fundamental: há de se fruí-la, ainda que seja para se anular o voto e, como dizem os italianos, basta.

Por uma outra perspectiva de análise, os direitos políticos, na modalidade de sufrágio, podem ter, atualmente, índole positiva, no

sentido de que o Estado tem a obrigação de prestação para efetivar esse direito, e índole negativa, no sentido de que nem o Estado nem o particular podem interferir no processo de seleção que se dá na consciência de cada um e que se exterioriza, de forma secreta, pelo depósito da cédula ou pela digitação do número do candidato na urna eletrônica. Relaciona-se esse direito, como se pode observar, com o de liberdade de consciência, previsto no art. 5º, inciso VI, da Constituição.

E isso não é pouco porque tanto o direito de liberdade de consciência, que alberga o processo interno (que ocorre no mesmo do fluxo da consciência) de escolha dos candidatos, quanto a sua exteriorização, que se efetiva pelo voto, são de índole absoluta, nada existindo que possa flexibilizá-los: primeiro porque, num regime de normalidade democrática, a tortura é proibida, conforme art. 5º, inciso III, da Constituição, e segundo porque, mesmo num regime cuja normalidade democrática se encontre abalada, *v.g.*, estado de sítio e estado de defesa, não há como pensar na possibilidade de se lançar mão de medidas coercitivas que representem a revelação do conteúdo do que foi pensado, escolhido e selecionado.

Os direitos políticos gozam de proteção reforçada pelo disposto na própria Constituição, art. 60, § 4º, incisos II e IV, normas pelas quais se proíbe a deliberação de emenda tendente a abolir o voto direto, secreto, universal e periódico e os direitos e garantias individuais. Essa forma de proteção constitui um parcial *bis in idem*, e isso porque protegem-se, diretamente, o direito de sufrágio pelo voto e os direitos individuais.

Explica-se isso. Os direitos políticos, embora na tradição dos direitos fundamentais se distingam dos individuais, podem ser considerados, também, como direitos individuais, uma vez que, a par de ombrear com a liberdade e a igualdade, porque se trata, exatamente, de uma das formas de autogoverno, exercem-se de forma individual, e não coletiva.

Além disso, na análise a ser empreendida com relação ao disposto no art. 60, § 4º, inciso II, esse comando expressa-se por uma explícita proibição no que diz com a tendência a abolir o voto: a) direto, de modo que não parece acertado pensar na possibilidade de se instaurar, no sistema político brasileiro, método de exercício indireto de voto, tal qual faz exemplo o processo eleitoral nos Estados Unidos, mais conhecido como eleições primárias; b) secreto, de maneira a não ser possível excepcionar-

se a hipótese do segredo para nele admitir-se, ainda que em caso isolado, qualquer possibilidade de se devassar o voto, aqui residindo, repisa-se, um aspecto absoluto desse exercício do direito de sufrágio; c) universal, de forma que não se admite o caráter censitário do voto, nesse ponto se manifestando uma característica bastante forte da concepção moderna de direito, positivo, por certo, em detrimento da ideia de privilégio; d) periódico, de modo que não se possa tentar tornar o exercício do voto algo perene, e não intermitente. Essas duas últimas características que marcam a ferro e fogo o exercício do voto guardam relação de pertinência temática com o princípio republicano, construído sobre as bases da universalidade do voto e da periodicidade de mandatos.

Além de tudo o que vem de ser escrito, é importante destacar que, ao lado dos tipos clássicos de exercício da soberania popular de forma direta, há outras possibilidades isoladas de participação popular na administração pública, positivadas na Constituição, sem que haja a necessidade de se lançar mão de direito político no processo eleitoral, *v.g.*, arts. 5º, incisos XXXVIII e LXXIII; 29, incisos XII e XIII; 37, § 3º; 74, § 2º; 187; 194, parágrafo único e inciso VII; 204, inciso II; 206, inciso VI; e 224⁸.

3 Inclusão eleitoral

Foi escrito neste artigo que a positivação constitucional dos direitos políticos produziu a inclusão de todos no sistema jurídico. Essa afirmação pode ser problematizada por três abordagens: a) a descrição da evolução semântica da palavra inclusão; b) todos, aí significa a parcela do povo que pode votar e ser votada; c) a inclusão como fenômeno que nunca se exaure, *i.e.*, sempre está a se manifestar, o que se aplica à inclusão eleitoral como espécie do gênero inclusão.

Para Luhmann, a inclusão só existe se existir a exclusão⁹. Na evolução semântica da inclusão, esta era produzida pelo pertencimento a um segmento, na sociedade segmentária; a um estrato na sociedade estratificada, pelo pertencimento a um determinado estrato social.

8 Para o caso, ver a ADI n. 244, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 31 out. 2002.

9 LUHMANN, 1997, p. 621.

Nesses tipos de sociedade, a solidariedade com os excluídos era alcançada apenas artificialmente, e em geral as pessoas sem estamento social, sem disciplina, sem senhor e sem casa representavam um perigo para a sociedade, situação que mudou no início da Modernidade, quando então o problema passa a ser de competência do político, que por sua vez reage a ele por meio da organização do trabalho¹⁰.

Os recrutamentos que os mosteiros e as marinhas de guerra faziam nas classes mais pobres continuam a ser feitos nas altas culturas da construção das cidades; contudo, aí já não se resolve mais o problema da exclusão pela expulsão¹¹ ou pela morte por execução¹². De mais a mais, a própria cristianização do Império Romano produziu exclusão por causas religiosas, *v.g.*, nos primeiros parágrafos do Código Justiniano se define quem pode ter o nome de cristão católico e os hereges eram tidos como dementes e sem juízo e, assim, sobre eles recaía a infâmia¹³.

Na sociedade diferenciada funcionalmente, portanto moderna, a regulação da inclusão é feita pelos sistemas parciais. Consequentemente, as pessoas já não detêm mais um *status* social de acordo com sua origem ou qualidade, mas sua inclusão depende de oportunidades de comunicação altamente diferenciadas, o que, ao menos para o sistema que aqui interessa, que é o jurídico, pode ser representado pela possibilidade de que cada um possa ser sujeito de direitos¹⁴.

Para o caso aqui estudado, sujeito de direitos políticos, ainda que, com relação aos analfabetos, refira-se apenas ao direito de votar – o que significa uma inclusão parcial –, e não ao de ser votado, conforme dispõe o art. 14, § 4º, da Constituição, operando-se, na realidade social brasileira, o processo reflexivo da exclusão da exclusão por meio de uma inclusão,

10 LUHMANN, 1997, p. 622-623.

11 Daí que bem se pode exemplificar como inclusão a norma do art. 5º, inciso XLVII, da Constituição, que veda a pena de morte e a de banimento. Neste ponto, o fato de existir a pena de morte em país como os Estados Unidos da América é exemplo de uma forma de exclusão presente na Modernidade, mas que com ela é incompatível, exatamente porque o tempo histórico presente é marcado pela extinção desse tipo de exclusão, apesar de produzir outras espécies respectivas.

12 LUHMANN, 1997, p. 623.

13 *Ibidem*, p. 624.

14 *Ibidem*, p. 624-625.

pois, ao mesmo tempo em que se inclui parcialmente o analfabeto, se exclui do âmbito da titularidade de um direito fundamental político uma pessoa já excluída socialmente, ou, numa linguagem sistêmica, já excluída dos outros sistemas parciais.

Com relação à segunda problematização, está em jogo o direito de liberdade dos indivíduos de votar e de ser votado. Nessa linha, esse direito é representado, na história constitucional e política mundial, ao menos na ocidental, pelo ganho paulatino de direitos políticos no que diz com o incremento dos direitos em si mesmos considerados e também de seus próprios destinatários, o que, numa linguagem dos direitos fundamentais, pode ser traduzido pelo aumento do âmbito de proteção e dos titulares desses direitos e, numa linguagem sociológica, pelo acréscimo de sentido atribuído também a esses mesmos direitos.

É o caso, por exemplo, das condições de elegibilidade, do direito de voto conferido às mulheres – fato que, no Brasil, veio positivado, pela primeira vez, no Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932 – e dos próprios analfabetos, que com o advento da República se viram tolhidos do exercício desses direitos, o que é já admitido pela Constituição de 1988.

A história constitucional mundial demonstra, também, que pode haver inclusão eleitoral de forma indireta, sendo exemplo disso o famoso caso *Edwards vs. Attorney General of Canada*, também conhecido como caso *Persons*. Isso ocorreu no Canadá do início do século passado, 1928, onde cinco mulheres, entre elas Henrietta Muir Edwards, pleitearam na Suprema Corte daquele país o reconhecimento da mulher como pessoa para os fins de nomeação ao Senado, obtendo o reconhecimento do direito no *Judicial Committee* após decisão daquela Corte Suprema negando o direito por meio de uma interpretação bastante estreita e tradicional do texto constitucional¹⁵. Um direito político reconhecido por um direito de personalidade.

Nesse ponto já fica clara a dificuldade em se divisar a linha que separa o direito político como manifestação da liberdade e o direito político como manifestação da igualdade, uma vez que, quando se pensa

15 Para uma descrição do caso, cf. SHARPE, R. J.; McHANON, P. I. *The Persons Case – the origins and legacy of the fight for legal personhood*. University of Toronto Press, Toronto, 2007.

em aumento e extensão desses direitos, tanto quanto possível, a todas as pessoas, já se está a pensar em igualdade.

A chave para abrir esse cofre talvez possa ser representada pela ideia de que a igualdade ocupa um lugar na liberdade e vice-versa. É que a própria inclusão se manifesta tanto num primeiro momento pelo deferimento de mais direitos políticos quanto num segundo momento para cada vez mais pessoas. Liberdade e igualdade, nesse quadro, como que se imiscuem para formar um único todo ou, melhor escrevendo, um único sistema.

Mas, mesmo assim, há uma outra face da inclusão, que pode ser marcada com o ferro mais forte da igualdade e se representa pela ideia de que ela sempre será um evento a se realizar, vale dizer, toda inclusão gera exclusão, conforme exposto na linha que traça a evolução semântica da inclusão.

Com base nessa premissa, pode-se considerar a inclusão sempre como um processo inacabado, o que vai implicar a necessidade de os sistemas político e jurídico sempre terem de incluir as pessoas, conferindo ou implementando, com relação a elas, direitos políticos. Esse processo sem fim decorre do fato singelo de que a sociedade produz desigualdades, sejam históricas ou naturais.

A produção de desigualdades na sociedade, que vai demandar a inclusão eleitoral, como que obriga os sistemas político e jurídico a dispensar tratamento às pessoas pertencentes aos grupos sociais que estão sujeitos à discriminação.

No que diz com a inclusão eleitoral a ser promovida pelo sistema político, é de se notar que guarda ela íntima relação com a ideia de representação política, artifício criado para que o povo ao menos se observe representado e por isso mesmo exercente do poder advindo da soberania popular.

Esse artifício expressa-se pelo instituto da representação política, alimentado pela própria possibilidade de que os indivíduos, com o direito de sufrágio, elejam seus representantes e pela relação que se deve construir entre representante e representado, se o primeiro se distancia de forma substancial dos interesses do segundo a quem, supostamente, deveria representar, este, que é o povo em seu conjunto de indivíduos, não pode

ser visto ou mesmo se colocar como vítima do processo¹⁶, vale dizer, o representado deve ser também capaz de ação e de juízos independentes, talvez residindo aí um dos pontos mais importantes referentes à crise da representação política e que deve ser trabalhado de maneira mais adequada pela teoria correspondente.

A garantia de participação de todos os indivíduos no processo político, decorrente da inclusão, não significa que seus interesses encontrarão eco no Parlamento e serão formatados normativamente; *v.g.*, o caso dos direitos de *gays* e *lésbicas* e da criminalização de condutas homofóbicas, do direito de aborto etc. Essa ausência de reverberação de determinados interesses de grupos específicos, isto é, de grupos minoritários, não no sentido demográfico, mas no sentido de não participação como sócios de um projeto de Nação¹⁷, produz uma situação peculiar e que demonstra mesmo a insuficiência da inclusão promovida pelos direitos políticos; o que quer dizer, apenas a inclusão eleitoral não se posiciona capaz de prover o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais de todos aqueles que já se encontram incluídos.

Opera-se, assim, no interior do sistema constitucional, no que diz com os direitos políticos, uma exclusão dentro de uma inclusão, ou seja, há determinados grupos sociais que se encontram formalmente incluídos pelos direitos políticos, podem votar e ser votados; contudo, não dispõem de poder político para fazer com que seus interesses e suas carências sejam providas pelo próprio sistema político¹⁸.

A comunicação, nesse caso, em referência especificamente a certas expectativas de direitos, manifesta-se bloqueada, sem que uma parte compreenda a outra, até porque, ao contrário do sistema jurídico, que é obrigado a decidir, o sistema político não o é, ou seja, encontra-se

16 Nesse sentido, o clássico de PITKIN, H. F. *El concepto de representación*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 233.

17 A expressão é da antropóloga Manuela Carneiro da Cunha: “E ser minoria, o que isso significa? Basicamente, significa que são sócias minoritárias de um projeto de nação. É este o sentido verdadeiro de minorias: não é um sentido demográfico”, depoimento prestado perante a Subcomissão dos negros, populações indígenas, pessoas deficientes e minorias, realizada em 23 abr. 1987, na Assembleia Nacional Constituinte.

18 Ilustra bem essa hipótese o caso *Romer vs. Evans*, analisado por NUSSBAUM, Martha C. *From disgust to humanity*. Oxford University Press, 2010.

liberado desse tipo de amarra por meio da tripla negação da proibição do *non liquet*.

A insuficiência da inclusão eleitoral pelos direitos políticos formalmente considerada, isto é, referente apenas ao sistema jurídico, pode ser suprida pela ideia de representação política descritiva¹⁹, que é aquela na qual os representantes são eleitos com base em traços descritivos²⁰ que permitem identificá-los com determinado grupo social minoritário e, por isso, de alguma forma, vulnerável. São exemplo as pessoas que vivem as mesmas experiências discriminatórias, o que pode tornar mais adequada a comunicação entre representante e representado para que o primeiro, pelo processo político da positivação de normas jurídicas, opere a inclusão do segundo.

A representação descritiva, como complementar à substantiva – que se caracteriza pelo simples pertencimento do representante a um partido político – e não como sua substituta, pode produzir um nível de confiança mais adequado entre representante e representado e também o tratamento a questões que não se encontram cristalizadas, isto é, que não faziam parte da agenda política quando da realização das eleições²¹. Isso ocorrendo, pode-se manifestar, como sua consequência, a inclusão eleitoral pelo sistema político, pois estar-se-á a conferir poder político a grupos minoritários até então sem esse poder, vale dizer, excluídos do processo político como um todo, ou incluídos apenas parcial e eleitoralmente pelo sistema político.

Com relação ao sistema jurídico, o tratamento dispensado ao tema pode ter, e no mais das vezes tem, como ponto de partida a norma constitucional já positivada, mas que, por razões várias, não alcança a pessoa de que se trata.

Os motivos pelos quais a norma constitucional positivadora de direito político não se manifesta expressamente a respeito de tal ou

19 Cf. MANSBRIDGE, J. *What does a Representative Do? Descriptive Representation in Communicative Settings of Distrust, Uncrystallized Interests, and Historically Denigrated Status*. In: KYMLICKA, Will and NORMAN, Wayne (ed.), *Citizenship in Diverse Societies*, Oxford University Press, New York, 2003, p. 99-123.

20 *Ibidem*, p. 101.

21 *Ibidem*.

qual pessoa podem ser decorrentes tanto do momento histórico em que a Constituição foi elaborada, quando não se pensava na possibilidade de surgimento da hipótese no mundo real, quanto da latência, e não manifestação, do próprio evento.

Explica-se isso. No primeiro caso, por exemplo, não se previu a possibilidade de que a doença grave pudesse ter força suficiente a justificar eventual extensão da facultatividade do voto à pessoa vítima; no segundo caso, a diferença cultural, embora protegida de forma global pela Constituição, não excepcionou da regra da exigência de cumprimento de exibição formal de documento as pessoas pertencentes a grupos étnicos diferenciados da sociedade envolvente, como exemplifica o certificado de alistamento militar pelos índios; no terceiro caso, não se pensou na possibilidade de comunicação da condição de inelegibilidade ao companheiro do mesmo sexo.

Todos são casos concretos, que representam, também, possibilidades de inclusão eleitoral pelo viés da igualdade, o que pode levar à afirmação de que ela, a inclusão, se manifesta seja pelo deferimento direto de direito político ao indivíduo, seja pelo deferimento direto de extensão de hipótese de facultatividade à obrigatoriedade do voto, seja pelo reconhecimento de óbice quanto à elegibilidade de cônjuge do mesmo sexo, demonstrando, por sua vez, a complexidade do próprio fenômeno.

Quando o intérprete constitucional se vê diante de tais situações, pode ele refletir em termos de que a Constituição é um sistema que se pode problematizar, primeiro porque não há mais qualquer contradição entre sistema e problema, segundo porque a Constituição é um sistema que pode ser considerado axiológico, a depender da ideia de sistema a que se filie o observador²², e terceiro porque os espaços em branco constatados na Constituição, se referidos a direito fundamental, sempre serão exemplos de lacunas axiológicas, e nunca de silêncio eloquente²³.

22 Por exemplo, se houver aderência à teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, não se pode pensar em lacuna, pois para Luhmann não há lacunas no sistema jurídico, há apenas hipótese não prevista em lei, que pode ser suprida pela decisão judicial, uma vez que o sistema jurídico é obrigado a decidir.

23 Silva, citando o Ministro Moreira Alves, para quem a não positivação, na Constituição, da atuação do Advogado-Geral da União como curador na ação declaratória de constitucionalidade se afigura como um silêncio eloquente, afastando

A dificuldade maior fica por conta da possibilidade ou não de que determinada condição restritiva de direito político possa ser assentada pela jurisdição constitucional, e não pela lei, típico caso de igualdade formal e que por ser formal é via de duas mãos. É o que se passa a expor.

A possibilidade de se conciliarem as noções de problema e sistema é afirmada por Reale em texto cujo título é *Ciência do direito e dogmática jurídica*, no qual, ao citar Paresce, menciona citação nele encontrada de Hartmann, para quem “o pensamento sistemático de hoje segue outro caminho. Não é mais pensamento-sistema. O pensamento-problema não é assistemático. Mira também ele a uma visão compreensiva. A sua meta deve sempre reluzir, à sua frente, como sistema”²⁴.

Por seu turno, considerar a Constituição um sistema axiológico é ter de, obrigatoriamente, admitir que ela positiva valores. E aí vai depender do ponto de vista do observador a sua aceitação e a sua justificação. Para *Luhmann*, por exemplo, isso não é possível porque justiça não exprime qualquer ideia de valor, constitui-se apenas fórmula de contingência do sistema jurídico que, pela concretização do princípio da igualdade formal, é capaz de produzir decisão consistente que vai gerar redundância, tudo a permitir o funcionamento do sistema jurídico²⁵.

A crítica de *Luhmann* é feita contra a tese de que a interpretação constitucional deve levar em conta supostos valores, padrões morais e éticos superiores; ser, portanto, uma interpretação diferente daquela realizada em relação ao ordenamento infraconstitucional, o que, para o autor, pode estar relacionado à necessidade que os que assim o fazem têm de apelar a algo maior para liberar-se de suas inseguranças²⁶.

Por primeiro, destaque-se que *Luhmann* não é um teórico do Direito, mas sim um sociólogo que pretendeu construir uma teoria da sociedade;

a ideia de omissão por inadvertência. (SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 59).

24 REALE, 2010, p. 123-145.

25 Para uma descrição mais pormenorizada, SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. Observações sobre a justiça em Kelsen e em *Luhmann*. In: *Boletim dos Procuradores da República*, Brasília, v. 39, jul. 2001.

26 LUHMANN, 1995a, p. 96.

segundo, essa sua afirmação pode ser combatida com o que afirma Larenz a respeito de Forsthoff, este que, na escrita daquele “desconhece que é a própria Constituição que torna obrigatória a observância de determinados valores e referências de sentido”²⁷; terceiro, esses valores são tão mais presentes no texto constitucional quanto mais se pense na institucionalização dos direitos fundamentais que são, via de regra e em sua esmagadora maioria, positivados sob a forma de princípios, e não sob a forma de regras que dizem respeito aos direitos não fundamentais; e quarto, derivado do terceiro argumento, a concepção de Luhmann é insuficiente porque, por exemplo, ao se articular com a sua afirmação segundo a qual o programa do sistema jurídico é o programa condicional²⁸, não dá margem a que outro método de solução de conflito de direito fundamental possa existir, e sua própria afirmação é contrariada pelos casos jurídicos que existem e envolvem esse tipo de conflito, cuja solução não pode ser obtida, porque impossível de sê-la, pela aplicação do método clássico de interpretação representado pela subsunção do fato à norma, i.e., programa condicional.

Canaris²⁹, por outro lado, descreve a possibilidade de se considerar o sistema jurídico um sistema axiológico, desde que se pense que o ordenamento deriva da regra da justiça, que é de natureza valorativa, o que vale para o sistema a ele, ordenamento, correspondente.

Aqueles que negam a possibilidade de um sistema jurídico ser de natureza axiológica afirmam que um sistema só é possível se for lógico-formal, pois, segundo Klug, na citação de Canaris, “só a lógica permite determinar onde existe, afinal, um autêntico sistema”³⁰. Canaris refuta essa tese ao argumento de que “adviria, daí, uma sentença de morte não só para a jurisprudência como Ciência, mas também, em geral, para cada tentativa de entender a aplicação do Direito como um processo racionalmente conduzido”³¹.

27 LARENZ, K. *Metodologia da Ciência do Direito*. Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, p. 437.

28 LUHMANN, 1995a, p. 195.

29 CANARIS, 1989.

30 Ibidem, p. 68.

31 Ibidem, p. 70.

Essa ideia de que a Ciência do Direito se reduziria à lógica-formal, repaginada na teoria luhmanniana por meio do programa condicional se/então, que informa o método de interpretação clássico da subsunção, não é adequada a explicar só por si o fenômeno jurídico se pensar-se em que os direitos fundamentais positivados na Constituição o são, quase sempre, sob a forma de princípios, e não de regras; de modo que, se com relação a estas vale sempre o programa condicional; por sua vez, com relação àqueles, esse programa é insuficiente a resolver os casos jurídicos que os envolvam, seja sob a forma de colisão de princípios que veiculem direitos fundamentais, seja sob a forma de restrição a um direito fundamental por uma regra.

Tanto é adequado pensar nesses termos que a produção de lacuna axiológica pela incompletude sistêmica é exemplo forte de que, quando se trata de direito fundamental, a jurisdição constitucional atua para suprir o vazio normativo que, por ser axiológico, é um vazio normativo qualificado e, por ser qualificado, de caráter especial, como que demanda o seu preenchimento, mesmo quando o Parlamento, que é a sede por excelência para esse tipo de ação, mantém-se inoperante, não legisla, por razões várias.

A questão é bastante complexa, disso não se duvida; contudo, para os fins da compreensão do aqui exposto, é importante destacar que se está a tratar de direito fundamental, gênero do qual é espécie o político. Portanto, impõe-se uma descrição que ao menos tente levar em consideração argumentos específicos encontrados na teoria geral respectiva.

Nessa linha, Alexy³² argumenta que o direito do homem diferencia-se de outros direitos por apresentar cinco características: a) direito universal; b) direito moral; c) direito preferencial; d) direito fundamental; e) direito abstrato. A universalidade vale tanto para os direitos individuais como para os coletivos, de grupo ou comunitários; a preferência se refere ao direito do homem ao direito positivo que respeita, protege e fomenta os direitos humanos; a fundamentalidade deve tratar, primeiro, de interesses e carências que, em geral, possam e devam ser protegidos e fomentados pelo direito e, segundo, interesse ou carência que seja tão fundamental que a necessidade de seu respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe

32 ALEXY, 1999, p. 55-66.

fundamentar pelo direito; a abstração demanda a ponderação do direito em cada caso concreto³³.

De forma intencional, não constou do parágrafo acima a descrição da característica de direito moral. A razão para descrevê-la em separado reside em ela poder fornecer pistas para que se possa considerar a Constituição como um sistema axiológico, desde que se concorde com a ideia de que a Constituição positiva direitos morais.

Alexy problematiza a noção de direitos morais pelos seguintes argumentos: a) direitos morais podem, simultaneamente, ser direitos jurídico-positivos; b) sua validade não pressupõe uma positivação, bastando que a norma, que está na sua base, valha moralmente, o que acontece quando ela, perante cada um que aceita uma fundamentação racional, pode ser justificada; c) direitos do homem existem, com isso, exatamente quando eles, no sentido apresentado, podem ser justificados perante cada um³⁴.

Pois bem, tomando-se como exemplo o caso deste artigo, qual seja, o dos direitos políticos, não parece haver querela a respeito de sua existência como direito fundamental e, portanto, como direito moral, uma vez que é um direito jurídico-positivo, pois encontra seu fundamento de validade em normas constitucionais que cuidam de sua positivação, e possui validade universal, assim como o próprio direito, pois pode ser justificado, de forma racional, perante cada um. Isso se alcança pela explicação, já construída nesta sede, a respeito do significado dos direitos políticos como condições de possibilidade de autogoverno, as quais se expressam, numa perspectiva sociológica, pela domesticação do poder e, num viés dogmático, pela soberania popular positivada e exercida pelas diversas formas de sufrágio. O processo de justificação de sua existência, assim, é racional, porque seu significado é acessível por meio de determinado método, e não intuitivo, pensado de maneira completamente arbitrária.

Assentado que direitos políticos são direitos fundamentais e que estes são direitos morais, abre-se o caminho para a justificação da própria Constituição como exemplo de sistema axiológico, pois quando se pensa em moral se pensa em valor e, se direito fundamental é direito moral, carrega consigo, em seu conteúdo, carga suficiente de valor, aqui tomado

33 ALEXY, 1999, p. 58-62.

34 Ibidem, p. 60.

na conta de “intencionalidade historicamente objetivada no processo da cultura, implicando sempre o sentido vetorial de uma ação possível”³⁵.

Daí o enquadramento do raciocínio aqui exposto naquilo que escreve *Canaris*, pois mesmo em um sistema axiológico há a possibilidade de se manifestar tanto a unidade quanto a ordenação³⁶, elementos componentes essenciais, que dão sentido à ideia de sistema e que podem ser extraídos do princípio da igualdade. E se o sistema jurídico-constitucional é axiológico, as incompletudes nele existentes, por sua vez, sistêmicas, serão, portanto, também de natureza axiológica, desde que se refiram a direitos fundamentais.

As espécies de inclusão que se citaram referem-se a casos de lacunas axiológicas que podem e devem ser supridas pela jurisdição constitucional, sem embargo dos problemas apontados com relação à circunstância que envolve restrição a direito fundamental.

Diferencia-se a lacuna axiológica, valorativa, do silêncio eloquente, pela ideia de que, na primeira, há sempre uma omissão não desejada, enquanto, no segundo, a omissão foi proposital; compreendendo o legislador, no caso constituinte originário, que não havia a necessidade de se positivar expressamente o enunciado. Se a lacuna axiológica admite preenchimento com os sentidos possíveis, o silêncio eloquente já fala por si mesmo³⁷.

Dessa forma, o Tribunal Superior Eleitoral houve por bem editar a Resolução n. 20.806, de 15 de maio de 2001, na qual, por unanimidade, ficou decidido que se impunham apenas aos índios integrados as exigências atinentes ao alistamento eleitoral, inclusive de comprovação de quitação do serviço militar ou de cumprimento de prestação alternativa, excluindo-se dessa obrigação, por consequência, os índios isolados e os em via de integração.

35 REALE, 1994, p. 96.

36 CANARIS, 1989, p. 18-23.

37 Sobre, especificamente, o silêncio eloquente, cf. FRANCA FILHO, M. T. *O Silêncio Eloquente – omissão do legislador e responsabilidade do Estado na Comunidade Europeia e Mercosul*. Almedina, Coimbra, 2008.

Essa decisão é exemplo típico de supressão de lacuna axiológica, pois o sistema, nesse caso particular, apresenta uma incompletude da qual parece não se poder divergir, uma vez que não havia tratamento constitucional e legal dispensado à matéria que diz respeito ao exercício de direito político.

Todavia, os fundamentos utilizados parecem não ter sido os mais adequados, e isso porque, mesmo à época da emissão da decisão que se comenta, em 2001, já havia uma inadequação das categorias utilizadas para se classificar os índios brasileiros em integrados, isolados e em via de integração, dispostas na Lei n. 6.001/1973, em interpretação conforme o texto constitucional de 1988, especialmente o artigo 231, que, ao positivar como seus direitos sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, reconhece, expressamente, um direito fundamental à identidade, sentido esse que é reforçado pela Convenção n. 169 da OIT, especificamente naquilo que diz com o direito de autodeclaração de sua etnia.

Disso decorre, portanto, não mais existir a ultrapassada classificação em lei de que um juízo constitucional que pudesse ser levado a cabo em sede de ADPF por certo poderia considerá-la como não recepcionada pela atual Constituição com relação a esse ponto específico. O que existe é o índio que pertence a uma determinada etnia.

Para fins de aferição de seu direito político de alistamento eleitoral, por exemplo, é de se dispensar a exigência, para todos os casos, de comprovação de quitação do serviço militar, facultando a sua apresentação, com base em que, embora haja a positivação da clivagem étnica dos grupos indígenas como direito, a integração resta um campo aberto, facultativo, àqueles que assim entenderem, vale dizer, se não há mais uma política oficial de Estado de assimilação das etnias indígenas no Brasil, por força do que dispõe a Constituição, de igual efeito não há uma proibição de que possa haver a integração à sociedade envolvente daqueles que assim desejarem, mediante, portanto, uma decisão espontânea.

A facultatividade de apresentação desse tipo de documento por parte do índio, então, pode encontrar seu fundamento de validade no art. 231, *caput*, da Constituição, e no artigo 1º, n. 2, da Convenção 169 da

OIT³⁸, normas de reconhecimento da identidade étnica e da afirmação dessa mesma identidade por meio da consciência da identidade indígena ou tribal.

Por outro lado, na Resolução n. 21.920, de 19 de setembro de 2004, o mesmo Tribunal Superior Eleitoral estendeu a facultatividade constitucional do direito de voto, prevista no art. 14, § 1º, inciso II, *a, b* e *c*, por isenção de sanção respectiva, à pessoa portadora de deficiência que torne impossível ou demasiadamente oneroso o cumprimento das obrigações eleitorais relativas ao alistamento e ao exercício do voto.

O fundamento primordial para o deferimento desse tipo de extensão foi a norma do art. 5º, § 2º, da Constituição, que prevê a não exaustividade do rol de direitos fundamentais positivados expressamente no mesmo texto normativo. Cláusula aberta que é, permite que se extraia um direito fundamental de normas que tratem de outro direito fundamental, as quais seriam, na dicção de Alexy, normas atribuídas³⁹; para o caso, a norma do art. 14, § 1º, *b*, que trata dos maiores de setenta anos de idade.

Constitui, portanto, uma diretiva geral de interpretação dos direitos fundamentais⁴⁰, o que pode ser comprovado pela sua utilização para, primeiro, preencher a lacuna axiológica e, segundo, para deferir um direito fundamental que já existia positivado constitucionalmente, mas que não contemplava esse grupo social como titular do direito, à semelhança do que se passou com as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ADI n. 4.277 e ADPF n. 132, que estenderam o direito de união estável às pessoas do mesmo sexo: nesse caso também havia a previsão do direito fundamental e os titulares respectivos, quais sejam, homem e mulher, mas não havia os titulares de mesmo sexo.

38 Promulgada pelo Decreto n. 5.051, de 19 de abril 2004.

39 Aqui uma observação se impõe, representada pelo alerta feito pelo próprio Alexy no sentido de que a norma atribuída de direito fundamental extraível de outra norma que estabelece um direito fundamental por um enunciado prescritivo, e não descritivo, não se confunde com a hipótese do direito fundamental não escrito (72). Portanto, o alcance do disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição, vai além da única possibilidade de se configurar a norma atribuída, englobando esta, mas alcançando, também, o direito fundamental não escrito (ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 69-76).

40 Nesse sentido, cf. SILVA, 2010, p. 27.

Por fim, no Recurso Especial n. 24.564, Relator Ministro Gilmar Mendes, o mesmo Tribunal Superior Eleitoral decidiu que os sujeitos de uma relação estável homossexual, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição.

Tratou-se, no caso, de pedido de impugnação da candidatura de M. E. R. S. F., de gênero feminino, concorrente ao cargo de Prefeita do Município de Viseu, no Estado do Pará, que à época mantinha relação de união estável com a então Prefeita reeleita da mesma cidade. Enquadrou-se o suporte fático, portanto, no disposto no art. 14, § 7º, da Constituição, que preceitua que são inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

O caso parece ser mesmo de adequação do fato à hipótese de incidência, a merecer o desfecho da proibição da candidatura. Demonstra tratar-se de igualdade formal, que sempre se constitui em uma via de duas mãos, i.e., aplica-se tanto a um quanto ao outro possível titular do direito, pouco importando se permite ou proíbe ou obriga.

Entretanto, em geral, quando se trata de igualdade formal, ela é veiculada sob a forma de lei, e não de decisão judicial, mal que se agrava quando se está diante da aplicação de uma regra que restringe direito fundamental, seja proibindo, seja obrigando em sentido contrário à ação perpetrada pelo titular do direito.

Essa é uma dificuldade que deve sempre merecer a atenção do juiz constitucional; todavia, no caso ora analisado, ela pode ser superada pela consideração de que já há regra, de índole constitucional, a restringir, pelo modal deôntico da proibição, o direito fundamental da pessoa de se candidatar quando mantiver relação de união estável com pessoa do mesmo sexo. Aqui, ao contrário do caso jurídico analisado anterior e imediatamente, houve a extensão da proibição, e não da facultatividade, ao se enquadrar a pessoa que mantém relação de união estável com outra do mesmo sexo no conceito de cônjuge, pois não se trata, na hipótese, de parente afim ou consanguíneo.

Por outro lado, há caso de inclusão eleitoral que não se insere na tipologia até agora descrita e que é representado pela já existência de norma constitucional reconhecendo o direito político a determinado grupo social sem que haja a sua fruição, *v.g.*, os presos sem condenação criminal com trânsito em julgado, a teor do que dispõe o art. 15, inciso III, da Constituição, que preceitua que é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

A não fruição dos direitos políticos por pessoas presas sem que contra elas haja condenação criminal com trânsito em julgado faz parte da realidade social do Brasil. Embora a Constituição date de 1988, apenas em 2010 o Tribunal Superior Eleitoral regulamentou a matéria por meio da Resolução n. 23.219, com o fim de criar seções eleitorais especiais em estabelecimentos penais e em unidades de internação de adolescentes, para que os presos provisórios e os adolescentes internados tenham o direito de voto assegurado.

Portanto, não se trata mais de incompletude sistêmica, mas sim de omissão estatal na implementação do próprio direito político, o que acaba por gerar uma situação bastante peculiar, pois não se está diante de uma lacuna axiológica a ser suprida pela jurisdição constitucional, porém defronta-se com uma omissão, inconstitucional, por certo, da parte de quem competente a viabilizar o direito em jogo, no caso, a Justiça Eleitoral do país. Essa situação se agrava pela interpretação do disposto no texto constitucional, tendo-se como ponto de partida a obrigatoriedade de votar, por não se encontrarem abrigados pela cláusula da facultatividade, que é inerente aos respectivos sujeitos de direitos aqui tratados, mas que não podem exercê-la⁴¹.

Esse tipo de omissão pode dar ensejo ao manuseio, por parte daquele que está a sofrer a violação ao seu direito fundamental, de medidas constitucionais adequadas a obrigar quem competente a tanto, *v.g.*, mandado de segurança no controle subjetivo e arguição de descumprimento de preceito fundamental no controle objetivo.

41 Contingente expressivo de pessoas, segundo consta do Relatório do TRE/SP a respeito das eleições de 2010, encartado no Procedimento Peças de Informação n. 1.03.000.000510/2011-81 da Procuradoria Regional Eleitoral em São Paulo.

4 Conclusão

Inclusão eleitoral, na qualidade de espécie do gênero inclusão, como se pode observar do articulado neste artigo, é sempre um trabalho em progresso a ser realizado pelo Estado e pela sociedade. E pode se concretizar tanto pelo sistema jurídico quanto pelo sistema político.

Essa forma de pensar se fundamenta em que tanto o Estado quanto a sociedade produzem desigualdades. Desigualdade quer dizer assimetria na relação entre os indivíduos e pode se manifestar no caso dos direitos políticos.

Pressupondo adequado afirmar que o rol dos critérios de discriminação constante do art. 3º, inciso IV, da Constituição, não é exaustivo, novas discriminações, ou seja, a indicação de uma diferença, fundadas em outros critérios, podem, sempre e sempre, surgir, o que acaba por conferir um caráter multidimensional ao próprio evento discriminatório. Por exemplo, discriminações que se interseccionam, *v.g.*, a mulher pobre, negra e portadora de deficiência, que sofre a discriminação em suas múltiplas dimensões.

Pelo conteúdo exposto neste artigo, a título de exemplo de inclusão eleitoral pelo sistema jurídico, é adequado asseverar que ela pode se manifestar com relação a quem já está incluído no sistema dos direitos políticos, isto é, quem pode votar e ser votado, caracterizando-se, nesse específico caso, também uma face de um processo reflexivo da sociedade moderna, qual seja, a inclusão da inclusão, quando, por exemplo, se tratar de estender a facultatividade do direito de voto às pessoas portadoras de deficiência grave.

Pode ela, de igual efeito, se concretizar no caso que envolva pessoas pertencentes a grupos sociais diferentes existentes na sociedade brasileira, sendo certo que também nesse caso já havia uma prévia inclusão, ocorrendo apenas uma especificação a respeito do cumprimento de um requisito para que o índio pudesse se alistar, ainda que, conforme articulado neste estudo, a solução mais adequada talvez fosse a de conferir o caráter de facultatividade, mesmo ao denominado “índio integrado”, à apresentação de documento comprobatório de quitação do serviço militar.

Um pouco diferente é o caso que estendeu a condição de inelegibilidade à candidata que mantinha união estável com mandatária

política da localidade, de mesmo sexo, o que se configura como inclusão eleitoral por restrição do direito, fundamentada na proibição de se candidatar. *Prima facie* pode parecer estranho que essa hipótese se configure como exemplo de inclusão eleitoral; contudo, numa interpretação mais adequada, pode-se refletir que de exclusão não se trata, pois a pessoa continua a se incluir no sistema dos direitos políticos que, quando se trata de aplicar o princípio da igualdade formal, faz valer a regra, por necessidade lógica, a todas as pessoas, à dessemelhança, por exemplo, da igualdade material, que se direciona a um grupo social específico.

O último caso parece ser exemplo do mais típico significado de inclusão eleitoral, pois demanda apenas sua implementação, por meio da extensão dos direitos políticos, de pessoas que possuem as condições de possibilidades para ser titulares de direitos políticos, mas que, por omissão inconstitucional de poder ou órgão estatal competente, não fruem da ação, situação ou posição jurídica conferidas pela norma constitucional.

Em suma, inclusão eleitoral pelo sistema jurídico significa: a inclusão da inclusão, a inclusão de incluídos por meio de regra de proibição – o que pode ser exemplo de manifestação da igualdade formal –, a inclusão de incluídos por meio de reconhecimento e proteção das culturas diferentes – o que pode ser exemplo de manifestação da igualdade material ou das diferenças – e a inclusão implementadora de direitos políticos de pessoas já incluídas, formalmente, no sistema dos direitos políticos, este caso exemplo da igualdade material.

Assim, a inclusão eleitoral pelo sistema jurídico também possui dois lados: a) um lado da inclusão pela igualdade formal; b) um lado pela inclusão da igualdade material.

O mesmo raciocínio parece valer para a inclusão pelo sistema político. Aqui as pessoas já se encontram incluídas, formalmente, pelo sistema jurídico, o que quer dizer, podem votar e ser votadas. A necessidade de inclusão, assim, relaciona-se, aqui, ao atendimento dos interesses e das carências – portanto, dos direitos fundamentais – dessas pessoas que, embora possam votar e ser votadas, não conseguem, por razões várias, ser representadas, *v.g.*, minorias não no sentido demográfico.

A inclusão dessas pessoas, a ser feita pelo sistema político, desloca-se, numa perspectiva imediata, para a qualidade da representação política e pode ser obtida mediante a implementação de estratégias por parte dos grupos minoritários. Em caráter de suplementação a essa inclusão pelo sistema político, e desde que este não atue para fazer incluir esses grupos minoritários, a jurisdição constitucional pode agir, operando-se, dessa forma, uma mutação na própria inclusão, que, se num primeiro momento foi considerada como inerente ao sistema político, na sua omissão, torna-se inclusão do sistema jurídico.

As duas espécies de inclusão eleitoral, *v.g.*, de igualdade formal e material, tanto podem ser realizadas pelo sistema jurídico quanto pelo sistema político; contudo, aquela concretizada pelo sistema jurídico é mais limitada, pois não se atém à qualidade da representação política; não se preocupando, a menos se provocada, com a positivação ou não de determinados direitos fundamentais de grupos específicos e minoritários, enquanto a inclusão feita pelo sistema político pode, desde que viabilizada por estratégias eficazes, produzir exatamente a positivação desses direitos; no Brasil, paradoxalmente, presencia-se a manifestação do inverso.

Nesse quadro, haverá sempre a necessidade tanto de se combater a discriminação, que produz desigualdade desproporcional, pelo reconhecimento dos direitos políticos a todos aqueles que são vítimas do fenômeno, quanto de se acompanhar o surgimento dos mais variados tipos de casos que demandem a efetivação dos direitos políticos pela inclusão eleitoral. E tanto o Ministério Público Eleitoral quanto a Justiça Eleitoral podem muito fazer nesse campo e nessa direção.

Referências

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar/FGV, v. 217: 55-66, jul./set. 1999.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Depoimento prestado perante a subcomissão dos negros, populações indígenas, pessoas deficientes e minorias*. Assembleia Nacional Constituinte, em 23 abr. 1987.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscana. *O silêncio eloquente – omissão do legislador e responsabilidade do Estado na Comunidade Europeia e Mercosul*. Almedina, Coimbra, 2008.

JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Elibron Classics, Lexington, USA, 2010.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989.

LUHMANN, Niklas. *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*. In: *Rechtshistorische Journal*. n. 9: 176-220, 1990.

———. *Das Recht der Gesellschaft*. Suhrkamp, Frankfurt, 1995a.

———. *La Constitution comme acquis évolutif*. In: *DROITS – Revue Française de Théorie Juridique*. n. 22: 103-125, 1995b.

———. *La Costituzione come conquista evolutiva*. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (a cura di). *Il Futuro della Costituzione*. Einaudi, Torino, 1996.

———. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Suhrkamp, Frankfurt, 1997.

MANSBRIDGE, Jane. *What does a Representative Do? Descriptive Representation in Communicative Settings of Distrust, Uncrystallized Interests, and Historically Denigrated Status*. In: KYMLICKA, Will; NORMAN, Wayne (ed.). *Citizenship in Diverse Societies*. Oxford University Press, New York, 2003.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. *Poder e democracia: o pluralismo na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NUSSBAUM, Martha. *From disgust to humanity*. Oxford University Press, New York, 2010.

PITKIN, Hanna Fenichel. *El concepto de representación*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

———. *O Direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SHARPE, Robert J.; McHANON, Patricia I. *The Persons Case – the origins and legacy of the fight for legal personhood*. University of Toronto Press, Toronto, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. Observações sobre a justiça em Kelsen e em Luhmann. In: *Boletim dos Procuradores da República*. São Paulo, ano 4, n. 39, jul. 2001.

———. *Direitos fundamentais: contribuição para uma teoria geral*. São Paulo: Atlas, 2010.

Alistabilidade e elegibilidade dos indígenas no ordenamento jurídico brasileiro

ROBERTO MOREIRA DE ALMEIDA

Sumário: 1 Introdução. 2 Silvícolas. 2.1 Conceito. 2.2 Classificação. 2.3 Etnias indígenas brasileiras. 2.4 Reconhecimento de direitos das populações indígenas. 3 Alistabilidade e voto dos silvícolas no ordenamento jurídico brasileiro. 3.1 Conceito de alistamento. 3.2 Obrigatoriedade. 3.3 Facultatividade. 3.4 Vedação. 3.5 Direito de voto. 3.6 Domicílio eleitoral. 3.7 Procedimento para o alistamento. 3.8 Transferência, revisão e segunda via. 3.9 Cancelamento e exclusão. 3.10 Fiscalização do alistamento. 4 Elegibilidade dos silvícolas no ordenamento jurídico brasileiro. 4.1 Conceito de direitos políticos passivos. 4.2 Condições de elegibilidade. 5 Inelegibilidade. 5.1 Conceito. 5.2 Casos de inelegibilidade. 6 Reelegibilidade. 6.1 Conceito. 6.2 Hipóteses constitucionais. 7 Privação dos direitos políticos. 7.1 Introdução. 7.2 Hipóteses legais. 8 Direitos políticos dos militares. 9 Conclusões.

1 Introdução

O presente ensaio tem por desiderato discorrer, mesmo que perfunctoriamente, acerca do direito/dever de alistamento eleitoral e voto, bem como sobre a elegibilidade dos índios no ordenamento jurídico brasileiro.

Prima facie haveremos de entender o que são índios, como eles se classificam e quais os regramentos constitucionais e legais para o exercício pleno da cidadania por esses povos, seja no tocante à legitimidade eleitoral ativa (capacidade para votar), seja no que concerne à legitimidade eleitoral passiva (capacidade para ser votado).

2 Silvícolas¹

2.1 Conceito

Quando os europeus chegaram às Américas imaginaram ter descoberto um novo caminho (o marítimo) para as Índias. Cristovão Colombo, quando de sua chegada ao novo mundo em 1492, resolveu chamar os nativos de “índios”, termo que se consagrou e passou a designar os habitantes primitivos ou os aborígenes americanos.

Nesse diapasão conceitual, Pinto Ferreira², com bastante acuidade, leciona: “O indígena representa a população primitiva do País que foi dominada pelo conquistador branco. Hoje o seu número é bastante reduzido e, sem cautelas, tende a desaparecer”.

Índio, indígena, silvícola, aborígine, aborígene, autóctone ou nativo, pode-se dizer, consiste na pessoa de origem e ascendência pré-colombiana identificada como integrante de um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional³.

2.2 Classificação

Os índios brasileiros, quanto ao processo de integração nacional, segundo tipologia contida no Estatuto do Índio, são classificados em: a) isolados; b) em vias de integração; e c) integrados.

Isolados são os indígenas que vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem vagos ou poucos informes. Eles mantêm pouco ou nenhum contato com os povos não índios.

Os índios em vias de integração são aqueles que, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam condições de sua vida nativa, mas já praticam setores da comunhão nacional e

1 A palavra silvícola significa “aquele que nasce ou vive nas selvas” e é utilizada como sinônima para índio. É digno de registro, contudo, que o termo é de certo modo inadequado e inapropriado porque o que faz a pessoa ser considerada índia não é o fato de ter nascido ou vivido nas “selvas”.

2 FERREIRA, 1995, p. 438.

3 Conceito extraído do inciso I do art. 3º da Lei n. 6.001/1973.

chegam a se comunicar fazendo uso da língua portuguesa, mas, na sua maioria, poucos sabem escrever ou ler em português.

Os silvícolas integrados, por seu turno, são aqueles que estão incorporados à comunhão nacional e, quando alfabetizados, no exercício pleno dos direitos, ainda mantêm os usos, tradições e costumes que caracterizam a sua cultura.

Quanto ao fim de proteção constitucional, contudo, o Supremo Tribunal Federal não adota a classificação extraída da Lei n. 6.001/1973 e reconhece o termo “índio”, genericamente considerado e dentro de um espírito de igualdade de direitos, para retratar a multiplicidade “interétnica” e “intraétnica” dos descendentes dos aborígenes ou povos autóctones existentes no país, inclusive garantindo-se àqueles em processo de aculturação o manto protetivo encartado na Constituição Federal. São, a propósito, as conclusões que se extrai do seguinte julgado, *in verbis*:

O substantivo ‘índios’ é usado pela CF de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intraétnica.

Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva. [...]

Somente à União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente, nada impedindo que o Presidente da República venha a consultar o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do art. 91 da CF), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira.

[...]

Os arts. 231 e 232 da CF são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o protovalor da integração comunitária. Era constitucional

compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica.

[...]

Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social. Daí o modelo contínuo de demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra. Modelo intraétnico que subsiste mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma conditio empírica de espaços que impossibilite uma precisa fixação de fronteiras interétnicas. Sendo assim, se essa mais entranhada aproximação física ocorrer no plano dos fatos, como efetivamente se deu na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não há como falar de demarcação intraétnica, menos ainda de espaços intervalados para legítima ocupação por não índios, caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios. (...) Voto do Relator que faz agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas, por iniciativa deste, para a parte dispositiva da decisão. Técnica de decidibilidade que se adota para conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão. (STF, Pet 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 19 mar. 2009, Plenário, DJE de 1^o jul. 2010.)

2.3 Etnias indígenas brasileiras

Diversas são as etnias ou comunidades indígenas brasileiras⁴.

4 Hartmut-Emanuel Kayse, no livro *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual* (Porto Alegre: SAFE, 2010), menciona a

Com efeito, calcula-se que, na época do descobrimento, com a chegada dos europeus em 1500, havia entre dois milhões e quatro milhões de nativos, distribuídos em 1.400 tribos e com cerca de 1.300 línguas.

Hodiernamente, segundo dados do Censo IBGE 2010, no território brasileiro contamos apenas com 817.963 índios⁵, divididos em 236 povos falantes de 180 línguas distintas. Representam 0,42% da população nacional.

2.4 Reconhecimento de direitos das populações indígenas

O art. 231 da Constituição Federal de 1988 foi direcionado às populações indígenas para:

a) atribuir-lhes o reconhecimento de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições;

b) assegurar-lhes os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam⁶, sendo dever da União, quanto a estas, demarcá-las e protegê-las.

Por seu turno, o art. 232 do texto constitucional em vigor atribuiu legitimidade para que os próprios índios, suas comunidades e organizações possam ingressar judicialmente na defesa de seus direitos e interesses, cabendo ao Ministério Público intervir em todos os atos do processo.

No plano infraconstitucional, quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, no que concerne à capacidade do índio para o exercício dos direitos civis, estava em vigor o Código Civil de 1916, que, no art. 6º, parágrafo único, os considerava relativamente incapazes e os sujeitava ao regime tutelar previsto em leis e regulamentos especiais. A

existência de diversos povos indígenas no Brasil, sendo os mais significativos em número populacional os Guarani (cerca de 46 mil), os Ticuna (32 mil), os Kaingang (28 mil), os Makuxi (23 mil) e os Yanomami (15 mil).

5 Da população indígena brasileira, de acordo com o IBGE (Censo de 2010), 315.180 índios vivem em cidades e 502.783 na zona rural (há 673 terras indígenas espalhadas de norte a sul do Brasil).

6 “São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições” (CF, art. 231, § 1º).

relativa incapacidade civil estaria a cessar à medida que os nativos fossem se adaptando à civilização do país. Em 10 de janeiro de 2002, contudo, foi promulgada a Lei n. 10.406, que instituiu o novo Código Civil brasileiro. Nesse diploma legal, ficou assentado que “a capacidade dos índios será regulada por legislação especial” (art. 4º, parágrafo único). A partir de então, não seriam mais os índios considerados pessoas relativamente incapazes. São sujeitos de direito tais quais os demais brasileiros. Eventual lei especial deve ser editada no sentido de proteção de tais povos, jamais como forma de restringir o exercício de direitos. A Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973, intitulada “Estatuto do Índio”, editada antes do advento da CF/88, havia inserido os aborígenes e suas comunidades, enquanto não integrados à comunhão nacional, sob regime tutelar.

3 Alistabilidade e voto dos silvícolas no ordenamento jurídico brasileiro

3.1 Conceito de alistamento

De acordo com Fávila Ribeiro⁷,

consiste o alistamento no reconhecimento da condição de eleitor, que corresponde à aquisição da cidadania determinando a inclusão do nome do alistando no corpo eleitoral. Essa admissão no corpo eleitoral se faz mediante requerimento formulado pelo interessado.

Para Armando Antônio Sobreira Neto⁸,

alistamento eleitoral é o ato pelo qual o indivíduo se habilita, perante a Justiça Eleitoral, como eleitor e sujeito de direitos políticos, conquistando a capacidade eleitoral ativa (direito de votar).

Denominamos alistamento eleitoral ao ato jurídico pelo qual a pessoa natural índia ou não índia adquire, perante a Justiça Eleitoral, após a habilitação e comprovação do preenchimento dos requisitos legais, a capacidade eleitoral ativa e passa a integrar o corpo de eleitores de

7 RIBEIRO, 2000, p. 213.

8 SOBREIRA NETO, 2004, p. 81.

determinada zona e seção eleitorais. O alistamento consiste na primeira fase do processo eleitoral⁹.

3.2 Obrigatoriedade

No que pertine à obrigatoriedade do alistamento eleitoral para os silvícolas, editou-se a Resolução TSE n. 20.806/2001, que passou a exigí-la apenas para os integrados e alfabetizados que tenham comprovação de quitação do serviço militar ou prestação alternativa¹⁰. Os índios não integrados e os em vias de integração, todavia, teriam o direito ao alistamento e ao voto, mas como facultativos, tal qual ocorre com os demais brasileiros não índios analfabetos.

A Resolução TSE n. 20.806, de 15 de maio de 2001, está assim emendada:

ALISTAMENTO ELEITORAL. EXIGÊNCIAS.

São aplicáveis aos indígenas integrados, reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, nos termos da legislação especial (Estatuto do Índio), as exigências impostas para o alistamento eleitoral, inclusive de comprovação de quitação do serviço militar ou de cumprimento de prestação alternativa (Processo Administrativo n. 18391 - Macapá/AP, Rel. Min. Jacy Garcia Vieira, Diário de Justiça, Volume 1, 24/08/2001, p. 173).

O direito dos indígenas ao exercício da cidadania é algo extremamente louvável. Nesse diapasão, previu o inciso I do § 1º do art. 14 da Constituição Federal que o alistamento eleitoral é obrigatório para todos os brasileiros natos e naturalizados maiores de dezoito anos de idade, de ambos os sexos¹¹.

9 ALMEIDA, 2011, p. 233-234.

10 A comprovação da quitação do serviço militar ou prestação alternativa está contida na Lei n. 4.375/1964, que a exige para os brasileiros do sexo masculino entre 18 e 45 anos de idade. Pensamos que tal obrigatoriedade não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Com efeito, o alistamento é a primeira fase do processo eleitoral e, sem ele, a pessoa não pode exercer a cidadania. A Carta Cidadã acolheu o sufrágio universal, o voto direto e secreto, e a soberania popular. Não há espaço, pensamos, para se fazer restrições legais, sem respaldo constitucional, como a descabida comprovação de prestação do serviço militar ou prestação alternativa para o alistamento eleitoral no País.

11 O brasileiro nato que não se alistar até os 19 anos ou o naturalizado que não se alistar até um ano depois de adquirida a nacionalidade brasileira incorrerá em multa

O critério estabelecido pela Resolução TSE n. 20.806/2001, *data venia*, merece críticas no que concerne à obrigatoriedade de comprovação de quitação do serviço militar ou serviço alternativo para os indígenas do sexo masculino maiores de dezoito anos.

Tal exigência, pensamos nós, não obstante ser o serviço militar obrigatório no Brasil, não faz sentido, seja para o alistando índio ou não índio, uma vez que o alistamento é um dever/direito a todos imposto em um Estado Democrático de Direito.

A propósito, em boa hora, a comprovação de quitação do serviço militar para o alistamento eleitoral de indígenas sofreu questionamento judicial por parte do Ministério Público. Com efeito, a Procuradoria Regional Eleitoral do Estado de São Paulo, em 8 de junho de 2011, nas pessoas dos Procuradores Regionais da República, Pedro Barbosa Pereira Neto e André de Carvalho Ramos, respectivamente, Procurador Regional Eleitoral e Procurador Regional Eleitoral substituto, após instauração de inquérito civil, ingressou com petição, dirigida ao Corregedor Regional Eleitoral, no sentido de que seja declarada a nulidade desse requisito de alistabilidade, por ser indevido.

Espera-se que a Justiça Eleitoral, sobretudo o Tribunal Superior Eleitoral, revendo os termos contidos na Resolução TSE n. 20.806/2001, acolha pedido de alistamento eleitoral de brasileiros alfabetizados índios ou não índios maiores de dezoito e menores de setenta anos de idade, sem a obrigatoriedade de apresentação de quitação do serviço militar ou prestação alternativa para os alistandos do sexo masculino.

De fato, a alteração normativa ora sugerida, se vier a ser acolhida pelo TSE, estará em consonância com o espírito constitucional extraído de uma exegese sistemática extraída dos §§ 1º e 2º do art. 14 da Constituição Federal, pelos quais o alistamento e o voto são obrigatórios (também um direito) para todos os brasileiros natos e naturalizados maiores de dezoito e menores de setenta anos de idade.

imposta pelo juiz eleitoral e cobrada no ato da inscrição. Não se aplicará a pena ao não alistado que requerer sua inscrição eleitoral até o centésimo quinquagésimo primeiro dia anterior à eleição subsequente à data em que completar 19 anos (Resolução TSE n. 21.538/2003, art. 15 e parágrafo único; Código Eleitoral, art. 8º; e Lei n. 9.504/1997, art. 91).

3.3 Facultatividade

O alistamento é facultativo para (CF, art. 14, § 2º, II):

a) os analfabetos¹² [observa-se, na prática, a partir de dados do IBGE (Censo de 2010), que a totalidade dos índios não integrados e boa parte dos em processo de integração não são alfabetizados];

b) os maiores de setenta anos de idade;

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos de idade.

3.4 Vedação

Previam os incisos I a III do art. 5º do Código Eleitoral que eram inalistáveis:

a) os analfabetos;

b) os que não soubessem exprimir-se na língua nacional (veja que ainda hoje há etnias indígenas com línguas próprias e que sequer precisam utilizar da língua portuguesa como instrumento de comunicação);

c) os que estivessem privados, temporária ou definitivamente, dos direitos políticos.

A Constituição Federal de 1988, por seu turno, não recepcionou parte do art. 5º do Código Eleitoral. Com efeito, são inalistáveis atualmente apenas:

a) os estrangeiros (CF, art. 14, § 2º);

b) os conscritos [os homens (inclusive indígenas) que se encontram prestando o serviço militar obrigatório para as Forças Armadas (CF, art. 14, § 2º)];

c) os que tenham perdido os direitos políticos em razão de cancelamento de naturalização por sentença transitada em julgado, por prática de atividade nociva ao interesse nacional (CF, art. 15, I);

¹² Se a pessoa deixar de ser analfabeta, deverá providenciar sua inscrição eleitoral sob pena de sujeição à cobrança de multa eleitoral. O § 1º do art. 1º da Lei n. 6.236/2005 dispõe: “o diretor, professor ou responsável por curso de alfabetização de adultos encaminhará o aluno que o concluir ao competente juiz eleitoral, para obtenção do título de eleitor”.

d) os que tenham perdido os direitos políticos em razão de aquisição de outra nacionalidade por naturalização voluntária, salvo nos casos de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira ou de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis (CF, art. 12, § 4º, II, “a” e “b”);

e) os que tenham seus direitos políticos suspensos, nos casos de:

- ◆ incapacidade civil absoluta (CF, art. 15, II);
- ◆ condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem os seus efeitos (CF, art. 15, III);
- ◆ recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa (CF, art. 15, IV);
- ◆ improbidade administrativa (CF, art. 15, V).

3.5 Direito de voto

Obrigatoriedade

O voto é obrigatório para os brasileiros natos e naturalizados maiores de dezoito e menores de setenta anos de idade (CF, art. 14, § 1º, I).

Entre esses brasileiros, entendemos incidir a obrigatoriedade de voto para os índios integrados e alfabetizados.

Facultatividade

O voto é facultativo para os índios brasileiros natos e naturalizados:

- a) Analfabetos;
- b) Maiores de setenta anos de idade;
- c) Maiores de dezesseis e menores de dezoito anos de idade.

Vedação

Foi vedado o direito de voto para todos os indivíduos estrangeiros (índios ou não índios) e, durante o período do serviço militar obrigatório,

para os conscritos¹³ (CF, art. 14, § 2º). Veda-se, também, o direito de voto àqueles que tiveram decretada a perda ou a suspensão dos direitos políticos.

3.6 Domicílio eleitoral

O conceito de domicílio eleitoral tem ensejado discussão na comunidade jurídica brasileira.

O Código Eleitoral (art. 42, parágrafo único) o definiu como “o lugar de residência ou moradia do requerente, e, verificado ter o alistando mais de uma, considerar-se-á domicílio qualquer delas”.

O Código Civil brasileiro de 2002, por seu turno, definiu o domicílio civil da pessoa natural como o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo (art. 70). Aduz, também, que se a pessoa tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, será considerado domicílio seu qualquer delas (art. 71). E, igualmente, asseverou que é domicílio da pessoa natural, quanto às relações afetas à profissão, o lugar onde esta é praticada (art. 72).

Podemos dizer, então, que os conceitos de domicílio civil e domicílio eleitoral são idênticos?

A resposta é negativa.

Com efeito, o Tribunal Superior Eleitoral¹⁴ já pacificou o entendimento segundo o qual o domicílio eleitoral não se confunde com o domicílio civil. Nesse diapasão, asseverou:

O domicílio eleitoral não se confunde, necessariamente, com o domicílio civil. A circunstância de o eleitor residir em determinado município não constitui obstáculo a que se candidate em outra localidade onde é inscrito e com a qual mantém vínculos (negócios, propriedades, atividades políticas).

Vê-se, destarte, que a expressão “domicílio eleitoral” é interpretada de forma mais ampla que “domicílio civil”. De fato, basta que o cidadão

13 Para o conscrito que já seja eleitor, quando do ingresso nas Forças Armadas, haverá de ser suspensa sua inscrição eleitoral enquanto durar a prestação do serviço militar obrigatório, sendo restabelecida após o cumprimento do aludido dever cívico.

14 Acórdão 18.124/2000.

apresente vínculos ou interesses profissionais, patrimoniais, comunitários, familiares, políticos ou comerciais com determinada localidade para que venha a requerer a sua inscrição eleitoral e ali vir a ser eleitor ou até candidato.

No que concerne às populações indígenas, há que se apurar qual o domicílio eleitoral do silvícola para lhe garantir o direito de cidadania, seja para votar, seja para ser candidato ou mesmo para exercer mandato eletivo.

3.7 Procedimento para o alistamento

Introdução

Para que o índio seja sujeito de direitos políticos e esteja habilitado ao exercício do sufrágio, faz-se necessário que requeira¹⁵, perante o Cartório Eleitoral ou Posto de Alistamento do seu domicílio, o respectivo alistamento.

O alistamento eleitoral mediante processamento eletrônico de dados foi implantado pela Lei n. 7.444, de 20 de dezembro de 1985, e está disciplinado pela Resolução n. 20.132 (TSE), de 19 de março de 1998 (DJU 22 abr. 98). Aludida instrução normativa fixa três fases para o procedimento: qualificação, inscrição e deferimento.

Qualquer indígena brasileiro maior de dezesseis anos poderá se alistar eleitor e passar a exercer regularmente os direitos políticos ativos.

Qualificação

A qualificação é o ato pelo qual o índio faz prova de que é alistável e que preenche todos os requisitos, inclusive idade mínima, para se tornar eleitor.

Os documentos exigidos para a qualificação do eleitor para fins de alistamento aos brasileiros não índios são um dos seguintes (Resolução TSE n. 21.538/2003, art. 13):

¹⁵ O alistamento é ato personalíssimo, pois não se admite que seja formulado o requerimento por procuração.

a) carteira de identidade ou documento emitido pelos órgãos criados por lei federal controladores do exercício profissional (CREA, OAB, CRM, CRC etc.);

b) certificado de alistamento militar ou de quitação do serviço militar, para os alistandos do sexo masculino maiores de dezoito anos e até 45 anos de idade, conforme Lei n. 4.375/1964;

c) certidão de nascimento ou casamento extraída do Registro Civil¹⁶;

d) instrumento público do qual se infira, por direito, ter o requerente a idade mínima de dezesseis anos e do qual constem, também, os demais elementos necessários à sua qualificação;

e) documento do qual se identifique a nacionalidade brasileira do requerente (Lei n. 7.444, art. 5º, § 2º, VI).

Cabe ao aborígine apresentar um dos documentos acima elencados e requerer a sua inscrição eleitoral.

Entendemos que os indígenas podem se alistar eleitores apenas com a comprovação de serem brasileiros natos ou naturalizados, possuírem a idade mínima legal (dezesseis anos de idade) e comprovarem domicílio eleitoral.

Inscrição¹⁷

Após comprovar que não há óbice ao alistamento, o serventuário do Cartório Eleitoral preenche um formulário oficial padronizado. A esse ato, ou seja, o preenchimento do Requerimento de Alistamento Eleitoral (RAE), chamamos de inscrição eleitoral.

Deferimento

O RAE, devidamente instruído com a documentação pertinente, na sistemática do Código Eleitoral, devia ser encaminhado ao Juiz Eleitoral para decisão. Se o magistrado, sob a fiscalização do Ministério Público

16 O § 2º do art. 50 da Lei n. 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos) prescreve que “os índios, enquanto não integrados, não estão obrigados a inscrição de nascimento. Este poderá ser feito em livro próprio do órgão federal de assistência aos índios”.

17 *Caput* do art. 12 da Resolução TSE n. 20.132/1998, de 19 mar. 1998 (DJ 22 abr. 1998).

Eleitoral e dos partidos políticos, verificasse que não havia vedação ao alistamento, assinava o documento e determinava que o título fosse entregue ao eleitor, após a assinatura deste no Protocolo de Entrega do Título Eleitoral (PETE).

Hodiernamente, contudo, não há mais a assinatura do Juiz Eleitoral no título, mas a chancela mecânica do Presidente do Tribunal Regional Eleitoral impressa no próprio documento. A rigor, a entrega do título eleitoral deve ser feita imediatamente ao alistando, antes mesmo de qualquer apreciação judicial¹⁸. Aguarda-se o deferimento do RAE pelo Juiz Eleitoral apenas para enviar o lote para processamento.

Impugnações e recursos ao alistamento¹⁹

Incumbe aos partidos políticos, na pessoa de seus delegados, e ao Ministério Público Eleitoral, na pessoa do Promotor de Justiça Eleitoral, a fiscalização do procedimento. A eles a lei eleitoral outorgou legitimidade para impugnar (recurso no prazo de dez dias²⁰) o ato judicial deferitório do pedido de alistamento eleitoral.

Em caso de indeferimento do pedido de alistamento, o próprio eleitor tem legitimidade para, no prazo de cinco dias, a contar da data do despacho indeferitório, interpor recurso (Lei n. 6.996/1982, art. 7º, § 1º). Entendemos que o Ministério Público Eleitoral tem legitimidade também para recorrer em favor do indígena, em caso de indeferimento ilegal do seu pedido de alistamento, pois, além de exercer a função de *custos legis* em todas as fases do processo eleitoral, nos termos preceituados no art. 232 da Constituição Federal, incumbe ao MP intervir em todos os atos do processo em que haja interesses indígenas em disputa.

18 Se houver dúvidas em relação ao eleitor (por exemplo, saber se ele possui mesmo domicílio na circunscrição eleitoral), poderá o cartório baixar o RAE em diligência. Nesse caso, não se fará a entrega do título ao eleitor, nem se realizará o seu processamento, antes de efetuada a respectiva diligência.

19 Art. 19, Resolução TSE n. 20.132/1998.

20 O prazo de dez dias (Lei n. 6.996/1982, art. 7º, § 1º) para recorrer é contado a partir da colocação da listagem contendo a relação das inscrições incluídas no cadastro eleitoral. Essa listagem é posta à disposição dos partidos políticos e do Ministério Público pelo Cartório Eleitoral nos dias 1º e 15 de cada mês ou no primeiro dia útil seguinte a essas datas.

Os recursos ajuizados, seja no caso de deferimento seja no de indeferimento do pedido de alistamento eleitoral, serão processados e julgados pelo Tribunal Regional Eleitoral.

Encerramento do alistamento

O alistamento eleitoral deve ser encerrado na data prevista em lei.

O Código Eleitoral (art. 67) estabeleceu que nenhum requerimento de inscrição ou de transferência eleitoral deverá ser recebido nos cem dias anteriores a qualquer pleito eletivo.

A Lei n. 9.504/1997 (art. 91, *caput*), diversamente, fixou a seguinte regra: “nenhum requerimento de inscrição eleitoral ou de transferência será recebido dentro de 150 (cento e cinquenta) dias anteriores à data da eleição”.

Hodiernamente, destarte, predomina o prazo fixado pela Lei das Eleições, ou seja, nenhum alistamento ou pedido de transferência será admitido no período de 150 dias anteriores a qualquer eleição.

O índio ou não índio deve, destarte, ficar atento ao prazo estabelecido na legislação eleitoral e procurar o cartório eleitoral de seu domicílio para realizar o alistamento eleitoral até 151 dias antes das eleições.

3.8 Transferência, revisão e segunda via

Transferência

O alistamento torna o eleitor vinculado a determinada zona e seção eleitorais. Não obstante, poderá ocorrer mudança de domicílio eleitoral e o cidadão solicitar ao Cartório Eleitoral a respectiva transferência.

Para a primeira inscrição (alistamento), basta a comprovação do domicílio eleitoral pelo indígena. Por outro lado, para a transferência (inscrição secundária ou derivada), a lei eleitoral é mais rigorosa.

De fato, para o deferimento do pedido de transferência (operação 3 no RAE), a legislação²¹ eleitoral exige:

21 Art. 15, Resolução TSE n. 20.132/1998.

a) entrada do requerimento no Cartório Eleitoral do novo domicílio até 151 dias antes da eleição;

b) transcurso de, pelo menos, um ano da inscrição ou da última transferência;

c) residência mínima de três meses no novo domicílio, declarada, sob as penas da lei, pelo próprio eleitor^{22,23};

d) prova de quitação com a Justiça Eleitoral; pede-se ao eleitor que apresente:

- ◆ comprovantes de votação;
- ◆ justificativas eleitorais;
- ◆ certidão de quitação eleitoral expedida pelo Cartório Eleitoral onde estava inscrito;
- ◆ comprovação de pagamento de multa pelo não exercício do voto.

Ao requerer a transferência, o índio entregará ao servidor do Cartório Eleitoral o título antigo e a prova de quitação com a Justiça Eleitoral.

Poderá o indígena requerer transferência:

- a) de um Município para outro dentro do mesmo Estado;
- b) de um Estado da Federação para outro;
- c) do Brasil para o exterior (votação em embaixada ou consulado);
- d) do exterior para o Brasil.

Em razão de indeferimento do pedido de transferência, caberá recurso, no prazo de três dias, a contar do despacho judicial, para o

22 As exigências contidas nas hipóteses “b” e “c” não se aplicam à transferência de servidor público civil, militar, autárquico, ou de membro de sua família, por motivo de remoção ou transferência (Lei n. 6.996, art. 8º, parágrafo único).

23 O inc. III do § 1º do art. 55 do Código Eleitoral previa, *in verbis*: “residência mínima de 3 (três) meses no novo domicílio, atestada, pela autoridade policial ou provada por outros meios convincentes”. Ocorre que o inc. III do art. 8º da Lei n. 6.996/1982 passou a exigir apenas “a residência declarada, sob as penas da lei, pelo próprio eleitor”. Aplica-se esta nova regra.

Tribunal Regional Eleitoral (Código Eleitoral, art. 57, § 2º). Esse recurso pode ser interposto pelo eleitor ou por partido político (entendemos que também pelo Ministério Público, nos casos de indeferimento ilegal).

Por seu turno, é cabível recurso dos pedidos de transferência deferidos, também no prazo de três dias, contados da data da divulgação da listagem com a relação de inscrições atualizadas no cadastro, por qualquer partido ou pelo Ministério Público (Código Eleitoral, art. 57, § 2º).

Revisão

O RAE será preenchido como revisão (operação 5) sempre que o eleitor:

- a) necessitar alterar o lugar de votação no mesmo município;
- b) mudar de endereço no mesmo município;
- c) desejar retificar dados pessoais constantes do cadastro eleitoral (exemplo: nome, endereço, data de nascimento, nome dos pais etc.);
- d) pretender regularizar situação de inscrição cancelada (exemplo: cancelamento por ter deixado de votar, sem justificação, por três eleições consecutivas, duplicidade, revisão do eleitorado etc.).

Segunda via

Em caso de perda ou extravio do título, assim como em caso de inutilização ou dilaceração, o eleitor índio poderá solicitar pessoalmente ao juiz de seu domicílio eleitoral que se lhe expeça a segunda via. Também é permitido solicitar segunda via em zona eleitoral diversa, mas, nesse caso, deve indicar se pretende receber o documento na zona eleitoral de origem ou naquela onde requereu.

Deve ser consignada no RAE, em caso de segunda via, a operação 7.

No novo título expedido, sem nenhuma alteração em relação ao documento anterior, inclusive no que concerne à data de domicílio, o eleitor deverá apor a assinatura ou a impressão digital de seu polegar, se não souber assinar.

Cancelamento e exclusão

O Título II da Parte III (arts. 71 a 81) do Código Eleitoral é denominado “Do Cancelamento e da Exclusão”, mas não faz distinção entre ambos os institutos.

Será que a expressão cancelamento de inscrição eleitoral é sinônima de exclusão de inscrição do cadastro eleitoral?

Para Pinto Ferreira²⁴ há as seguintes distinções:

O cancelamento se realiza quando a inscrição de que se trata deixa de existir, como nas hipóteses de pluralidade de inscrições, quando elas são canceladas, ou na de transferência do eleitor para outra zona ou circunscrição. A exclusão é feita contra o próprio eleitor, que deixa de ser eleitor, até que cesse o motivo da exclusão, quando poderá novamente pleitear e requerer a sua inscrição.

Entendemos que o cancelamento e a exclusão são procedimentos complementares. Com efeito, constatando-se irregularidade no procedimento de inscrição eleitoral, é dever imposto ao magistrado eleitoral promover o cancelamento da própria inscrição e a consequente exclusão do nome do eleitor do cadastro eleitoral.

O Código Eleitoral, a propósito, estabelece, no *caput* do art. 71, que são causas de cancelamento:

- a) a infração dos arts. 5º e 42;
- b) a suspensão ou perda dos direitos políticos;
- c) a pluralidade de inscrições;
- d) o falecimento do eleitor;

e) deixar de votar em três eleições consecutivas. Em outra ocasião, mais precisamente no § 1º do aludido dispositivo legal do mesmo diploma normativo assevera: “a ocorrência de qualquer das causas enumeradas neste artigo acarretará a exclusão do eleitor, que poderá ser promovida *ex-officio*, a requerimento de delegado de partido ou de qualquer eleitor”.

Analisemos, destarte, as hipóteses elencadas no art. 71 do Código Eleitoral:

²⁴ FERREIRA, 1991, p. 111.

I) Infração ao art. 5º do Código Eleitoral

O art. 5º do CE previa as hipóteses nas quais determinados indivíduos (os analfabetos; os que não soubessem se expressar na língua nacional – silvícolas e portadores de necessidades especiais por deficiência física ou mental – e os que estivessem privados, temporária ou definitivamente, dos direitos políticos) não poderiam se alistar eleitores. Também estabelecia que os militares soldados e os cabos fossem inalistáveis (o alistamento e o voto dos cabos e soldados das Forças Armadas e Polícia Militar hoje são obrigatórios). Uma vez identificado pelo Juiz Eleitoral que alguma dessas pessoas estivesse inscrita eleitora, deveria providenciar o cancelamento da respectiva inscrição eleitoral.

Relembre-se, todavia, que não são mais inalistáveis os analfabetos (possuem atualmente alistamento e voto facultativos, nos termos do art. 14, § 1º, inciso II, alínea *a*, da CF/88), os silvícolas e os militares, salvo o conscrito (este não pode votar nem ser votado, segundo o art. 14, § 2º, da CF/88).

II) Infração ao art. 42 do Código Eleitoral

O cancelamento da inscrição eleitoral dar-se-á quando o Juiz Eleitoral verificar que o eleitor, inclusive o índio, não possui domicílio eleitoral na região na qual está inscrito.

Com efeito, há pessoas inscritas em determinadas zonas eleitorais, mas com domicílio eleitoral em outras. Se constatada tal situação, haverá o cancelamento da inscrição daquele eleitor em situação irregular, sem prejuízo de eventual apuração de responsabilidade penal, civil e administrativa.

Vide, nesse diapasão, a revisão do eleitorado a cargo da Justiça Eleitoral no item 3.9, VII, *infra*.

III) Suspensão ou perda dos direitos políticos

Os casos de suspensão ou de perda dos direitos políticos, assunto já estudado, estão elencados no art. 15 da Constituição Federal. Sobre a hipótese em discepção, assevera o § 2º do art. 71 do Código Eleitoral:

no caso de ser algum cidadão maior de 18 (dezoito) anos privado temporária ou definitivamente dos direitos políticos, a autoridade que impuser essa

pena providenciará para que o fato seja comunicado ao Juiz Eleitoral ou ao Tribunal Regional Eleitoral da circunscrição em que residir o réu.

De posse das informações, caberá ao Juiz Eleitoral tomar as providências necessárias para o cancelamento da respectiva inscrição eleitoral.

IV) Pluralidade de inscrições

A duplicidade ou pluralidade de inscrições é facilmente detectável em virtude do cadastramento eleitoral eletrônico unificado.

Hodiernamente, nenhum eleitor poderá estar registrado em mais de uma seção eleitoral do País, ou seja, possuir mais de um título de eleitor válido.

Com a transferência ou a revisão deferida, a inscrição eleitoral anterior há de ser imediatamente cancelada.

V) Falecimento do eleitor indígena

O óbito de cidadãos alistáveis deve ser comunicado à Justiça Eleitoral pelos oficiais do registro civil até o dia quinze de cada mês consecutivo ao do falecimento, sob as penas do art. 293 do Código Eleitoral (CE, art. 71, § 3º). Tal providência ensejará o cancelamento da inscrição eleitoral do *de cujus*.

VI) Abstenção reiterada

O eleitor que deixar de votar em três eleições consecutivas, não justificar a ausência ou não pagar a multa por não ter votado receberá como sanção o cancelamento de sua inscrição eleitoral.

VII) Revisão do eleitorado

O TRE, ao receber denúncia fundamentada de fraude no alistamento eleitoral, deverá realizar correição, sob a responsabilidade da Corregedoria Regional Eleitoral. O eleitor que não comparecer à revisão terá a sua inscrição eleitoral cancelada de ofício (CE, art. 71, § 4º).

De acordo com a Resolução/TSE n. 21.538/2003, bem como os incisos do art. 92 da Lei das Eleições, o Tribunal Superior Eleitoral poderá determinar a realização de revisão eleitoral ou correição das zonas eleitorais sempre que:

a) o total de transferências de eleitores ocorridas no ano em curso seja 10% superior ao do ano anterior;

b) o eleitorado for superior ao dobro da população entre dez e quinze anos, somada à de idade superior a setenta anos do território da zona ou da área do município;

c) o eleitorado for superior a 65% da população projetada para aquele ano pelo IBGE.

Segundo a Resolução TSE n. 21.490/2003, nos municípios em que a relação entre população e eleitorado for superior a 65% e menor ou igual a 80% a revisão dar-se-á por meio de correção ordinária anual.

Fiscalização do alistamento

Incumbe aos partidos políticos fiscalizar todo o processo eleitoral, que se inicia com o alistamento e se finaliza com a diplomação dos eleitos. Idêntica atribuição cabe ao Ministério Público Eleitoral, pois foi ao “Parquet” concedido o relevante papel de defensor do regime democrático pela Constituição Federal de 1988.

4 Elegibilidade dos silvícolas no ordenamento jurídico brasileiro

4.1 Conceito de direitos políticos passivos

Os direitos políticos passivos ou capacidade eleitoral passiva do indígena têm a ver com a sua elegibilidade ou o direito de vir a ser votado. São as condições ou os requisitos exigidos dele para ser votado e, uma vez eleito, poder ocupar determinado cargo público eletivo.

4.2 Condições de elegibilidade²⁵

É digno de registro informar que os silvícolas alfabetizados podem ser eleitos, tal como, por exemplo, ocorreu com índio xavante Mário

²⁵ Pode-se dizer que existem dois tipos ou duas espécies de condições de elegibilidade: a) *as expressas (próprias, típicas ou nominadas)* – estão contidas no art. 14, § 3º, da Constituição Federal (nacionalidade brasileira, pleno gozo dos direitos políticos, alistamento eleitoral, domicílio na circunscrição, filiação partidária e idade mínima); e b) *as implícitas (impróprias, atípicas ou inominadas)* – são verdadeiros obstáculos ou impedimentos eleitorais sem os quais a pessoa não pode concorrer a um pleito eletivo (ser escolhido em convenção partidária, desincompatibilização, ser alfabetizado, quitação eleitoral etc.).

Juruna, Deputado Federal pelo Estado do Rio de Janeiro (1983-1987), o primeiro parlamentar federal com etnia indígena do Brasil.

Para que possa vir a ser eleito, é preciso antes que preencha determinados requisitos (condições de elegibilidade) e não incorra em nenhuma das hipóteses de inelegibilidade previstas em lei.

Nos termos do § 3º do art. 14 da Constituição Federal, exigem-se as condições de elegibilidade acerca das quais se passará a discorrer.

Nacionalidade brasileira

O primeiro requisito para ser eleito no Brasil é ter a pessoa a nacionalidade brasileira, isto é, ser brasileira nata ou naturalizada.

Há, contudo, que ser brasileiro nato o candidato a Presidente da República e Vice-Presidente da República, bem como Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal, Ministro do Supremo Tribunal Federal, da carreira diplomática, de oficial das Forças Armadas e de Ministro de Estado da Defesa (CF, art. 12, § 3º, incisos I a VII).

Pleno gozo dos direitos políticos

O eleitor índio que, por qualquer motivo, vier a perder ou tiver seus direitos políticos suspensos, ficará impedido de exercer as capacidades eleitorais ativa e passiva (sobre o tema, *vide* item 7, *infra*).

Alistamento eleitoral

Qualquer brasileiro, inclusive o índio, somente obtém a condição de eleitor com a inscrição do seu nome no juízo eleitoral de seu domicílio.

O alistamento eleitoral é comprovado com a apresentação de um documento hábil, isto é, o título de eleitor.

Além do alistamento, deverá o silvícola comprovar que está quite com suas obrigações perante a Justiça Eleitoral.

Domicílio eleitoral

A legislação exige que o candidato tenha domicílio eleitoral no local onde pretende se eleger.

A circunscrição do Vereador, do Vice-Prefeito e do Prefeito é o município; a do Deputado, do Senador, do Governador e do Vice-Governador é o Estado ou o Distrito Federal; a do Presidente e Vice-Presidente da República é qualquer seção eleitoral do país.

O prazo mínimo de domicílio eleitoral para a participação de candidato índio ou não índio em determinada eleição é um ano antes do pleito. Por sua vez, o simples eleitor, ou seja, aquele que pretende apenas votar em determinada eleição (não pretende se candidatar), deverá providenciar a inscrição ou transferência eleitoral na respectiva circunscrição até 151 dias antes do pleito.

Filiação partidária²⁶

Toda pessoa que resolva se candidatar a determinado cargo público eletivo deverá fazê-lo por intermédio de uma agremiação partidária. No Brasil, diversamente do que se dá nos Estados Unidos, por exemplo, não existe candidatura avulsa, isto é, sem a intermediação de um partido

26 Dispõe a LOPP (Lei n. 9.096/1995):

“Art. 19. Na segunda semana dos meses de abril e outubro de cada ano, o partido, por seus órgãos de direção municipais, regionais ou nacional, deverá remeter, aos juízes eleitorais, para arquivamento, publicação e cumprimento dos prazos de filiação partidária para efeito de candidatura a cargos eletivos, a relação dos nomes de todos os seus filiados, da qual constará a data de filiação, o número dos títulos eleitorais e das seções em que estão inscritos.

§ 1º Se a relação não é remetida nos prazos mencionados neste artigo, permanece inalterada a filiação de todos os eleitores, constante da relação remetida anteriormente.

§ 2º Os prejudicados por desídia ou má-fé poderão requerer, diretamente à Justiça Eleitoral, a observância do que prescreve o caput deste artigo.

§ 3º Os órgãos de direção nacional dos partidos políticos terão pleno acesso às informações de seus filiados constantes do cadastro eleitoral”.

Dispõe a Súmula TSE n. 20, publicada no *DJ* de 21 ago. 2000: “A falta do nome do filiado ao partido na lista por este encaminhada à Justiça Eleitoral, nos termos do art. 19 da Lei n. 9.096, de 1995, pode ser suprida por outros elementos de prova de oportuna filiação”.

Haverá o cancelamento imediato da filiação partidária nos casos de: a) morte; b) perda dos direitos políticos; c) expulsão; e d) outras formas previstas no estatuto, com comunicação obrigatória ao atingido no prazo de quarenta e oito horas da decisão (LOPP, art. 22, incs. I a IV).

Com o afã de acabar uma vez por todas com eventuais fraudes em filiações partidárias, o TSE instituiu o sistema eletrônico FILIAWEB, pela edição da Resolução n. 23.117, de 20 ago. 2009, alterada pela Resolução n. 23.198, de 16 dez. 2009, o qual se propõe a cruzar dados e localizar multiplicidade de filiações partidárias em qualquer parte do território brasileiro.

político. O prazo mínimo de filiação partidária para concorrer a um cargo eletivo é de um ano antes das eleições²⁷ (data da realização do primeiro turno), mas é facultado aos partidos políticos estabelecer em seus estatutos prazo maior para que seus filiados possam participar da convenção para escolha de candidatos. Por fim, é digno de registro informar que a dupla filiação partidária²⁸ leva à inelegibilidade.

Nesse sentido o seguinte escólio jurisprudencial²⁹:

RECURSO ELEITORAL. DUPLA FILIAÇÃO. NULIDADE. INELEGIBILIDADE. Não pode registrar candidatura quem está filiado a dois partidos, por não ter comunicado ao Juiz Eleitoral a desfiliação de um para filiar-se a outro pelo qual pretende concorrer. Ofensa ao artigo 22, parágrafo único, da Lei 9.096/95.

1. O artigo 22 da Lei 9.096/95 elucida que quem se filia a outro partido deve fazer comunicação ao partido e ao juiz de sua respectiva Zona Eleitoral para cancelar sua filiação: se não o fizer no dia imediato ao da nova filiação, fica configurada dupla filiação, sendo ambas consideradas nulas para todos os efeitos.

2. Tal dispositivo legal visa evitar expedientes fraudulentos e propiciar mais transparência a esse ato de filiação partidária. Assim, por estar inscrito em dois partidos, ficou configurada a dupla filiação partidária.

3. Recurso conhecido e improvido, à unanimidade.

Idade mínima

O § 2º do art. 11 da Lei n. 9.504/1997, modificando o entendimento jurisprudencial esposado na Resolução/TSE³⁰ n. 14.371/1994, estabeleceu

27 A lei eleitoral também poderá fixar prazo de filiação partidária menor que um ano para certas pessoas ocupantes de relevantes funções públicas. É o que se dá, por exemplo, com magistrados, militares, membros de Tribunal ou Conselho de Contas e do Ministério Público. Nesse sentido, vide estudo feito sobre os direitos políticos de tais agentes públicos nos itens 1.3.6 a 1.3.9 do presente capítulo.

28 A dupla filiação partidária também configura crime eleitoral de menor potencial ofensivo. Com efeito, dispõe o Código Eleitoral: Art. 320. Inscrever-se o eleitor, simultaneamente, em dois ou mais partidos. Pena: pagamento de 10 a 20 dias-multa.

29 Haverá o cancelamento imediato da filiação partidária nos casos de: a) morte; b) perda dos direitos políticos; c) expulsão; e d) outras formas previstas no estatuto, com comunicação obrigatória ao atingido no prazo de quarenta e oito horas da decisão (LOPP, art. 22, incs. I a IV).

30 A Resolução/TSE n. 14.371/1994, da qual foi relator o Min. Marco Aurélio, previa que o requisito idade mínima deveria ser aferido na data da eleição.

que os candidatos devem ter as seguintes idades mínimas na data da posse:

- a) *35 anos*: para Presidente, Vice-Presidente da República e Senador;
- b) *30 anos*: para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;
- c) *21 anos*: para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e Juiz de Paz;
- d) *18 anos*: para Vereador.

5 Inelegibilidade

5.1 Conceito

Alexandre de Moraes³¹ assim se reporta ao tema:

os direitos políticos negativos correspondem às previsões constitucionais que restringem o acesso do cidadão à participação nos órgãos governamentais, por meio de impedimentos às candidaturas. Dividem-se em regra sobre inelegibilidade e normas sobre perda e suspensão dos direitos políticos.

E acrescenta:

A inelegibilidade consiste na ausência de capacidade eleitoral passiva, ou seja, da condição de ser candidato e, conseqüentemente, poder ser votado, constituindo-se, portanto, em condição obstativa ao exercício passivo da cidadania.

Dizemos inelegível o índio que, embora regularmente no gozo dos direitos políticos, esteja impedido de exercer temporariamente a capacidade eleitoral passiva (direito de ser votado) em razão de algum motivo relevante fixado em lei.

As inelegibilidades não se confundem com as condições de elegibilidade. Com efeito, enquanto estas constituem requisitos para que o cidadão possa concorrer a determinado cargo eletivo (requisitos positivos), aquelas consistem em impedimentos ou obstáculos que, se não

31 MORAES, 2005, p. 214-215.

afastados, obstam a candidatura (requisitos negativos). Destarte, para que o índio possa pleitear um mandato eletivo, deve preencher as condições de elegibilidade e não incidir em qualquer dos casos de inelegibilidade. Ademais, as condições de elegibilidade podem ser elencadas na CF e em lei; por sua vez, as hipóteses de inelegibilidade precisam estar previstas na CF ou em lei complementar.

5.2 Casos de inelegibilidade

As hipóteses de inelegibilidade estão inseridas diretamente na Constituição Federal e na LC n. 64/1990 (Lei das Inelegibilidades).

Inelegibilidades constitucionais

As inelegibilidades constitucionais também chamadas de absolutas (não precluem e podem ser arguidas a qualquer tempo³²) são aquelas encartadas no texto constitucional (CF, art. 14, §§ 4º a 7º).

Segundo a Constituição Federal, são inelegíveis: os sem-domicílio, os sem-filiação, os inalistáveis, os parentes de chefes do Poder Executivo e os ocupantes de certos cargos, empregos ou funções.

◆ Os sem-domicílio

O indígena que não possuir domicílio eleitoral na circunscrição, no prazo legalmente fixado (um ano antes de determinada eleição, no mínimo), ficará inelegível e, *ipso facto*, não poderá pleitear o cargo eletivo naquela localidade.

◆ Os sem-filiação

A Constituição exige a filiação partidária para a elegibilidade do indivíduo, isto é, que esteja filiado a determinada agremiação partidária. Sem a intermediação de partido político, não poderá o agente postular cargo público eletivo. A lei eleitoral estabelece, a propósito, que a pessoa

³² Se a inelegibilidade for constitucional (idade mínima, analfabetismo, nacionalidade brasileira etc.), caso perdido o prazo para a apresentação de Ação de Impugnação de Registro de Candidaturas (AIRC), o interessado poderá valer-se de Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) ou Recurso Contra a Diplomação (RCD). Se a matéria for infraconstitucional (rejeição de contas, desincompatibilização, etc.), haverá de ser utilizada apenas a AIRC, sob pena de preclusão, salvo se o motivo for superveniente (neste caso é cabível também o manejo de AIME ou RCD).

tenha filiação partidária há pelo menos um ano antes da eleição, salvo prazo menor ou maior nos termos da lei.

- ♦ Os inalistáveis

Estando o índio privado da capacidade eleitoral ativa (ausência de alistamento eleitoral), não poderá vir a ser eleito.

São inalistáveis os estrangeiros e os conscritos (aqueles que prestam, às Forças Armadas, o serviço militar obrigatório).

- ♦ Os analfabetos³³

Foi vetado ao analfabeto, não obstante possuir a capacidade eleitoral ativa (direito de votar)³⁴, o exercício da capacidade eleitoral passiva (ausência do direito de ser votado).

Como se comprova a alfabetização da pessoa, inclusive o indígena, para ser candidato?

A alfabetização é comprovada com a entrega, no ato do pedido de registro de candidatura, do comprovante de escolaridade. Ausente este, o candidato índio ou não índio pode fazer uso de uma declaração de próprio punho ou sujeitar-se a uma aferição coordenada pelo Juiz Eleitoral. Tal procedimento foi estatuído para as eleições de 2004 pela Resolução TSE n. 21.608/2004 e mantido nos pleitos posteriores. Veja, a propósito, a redação do art. 28, inc. VII, § 4º, desse diploma legal, *in verbis*:

Art. 28. O formulário Requerimento de Registro de Candidatura (RRC) será apresentado com os seguintes documentos:

[...]

VII – comprovante de escolaridade;

§ 4º A ausência do comprovante a que se refere o inciso VII poderá ser suprida por declaração de próprio punho, podendo o juiz, se for o caso, determinar a aferição, por outros meios, da condição de alfabetizado.

33 O entendimento pacificado do Tribunal Superior Eleitoral é pela elegibilidade para qualquer cargo de candidato semianalfabeto. Nesse sentido, REspe. 16721/CE, REspe. 29395, PA, REspe. 29322, MG, REspe. 16933, CE, REspe. 23714, MG, entre outros.

34 Até 1985 os analfabetos estavam excluídos do processo eleitoral brasileiro (não votavam e não podiam ser votados). Com o advento da EC n. 25, de 15 de maio de 1985, eles passaram a exercer o direito de voto, sem, contudo, virem a ser votados. Essa garantia foi mantida pela Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988.

◆ Parentes de chefes do Executivo

São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge³⁵ e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os houver substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

Essa regra de inelegibilidade, todavia, sofre exceção. Segundo orientação do TSE, se o titular do mandato se afastar definitivamente do cargo seis meses antes das eleições e não se candidatar à reeleição, evitará a inelegibilidade dos respectivos parentes. Tal fenômeno é conhecido no meio jurídico por heterodesincompatibilização.

◆ Os ocupantes de determinados cargos públicos

Para concorrerem a outros cargos, o índio Presidente da República, o Governador de Estado e o do Distrito Federal, bem como os Prefeitos, devem renunciar aos respectivos mandatos eletivos até seis meses antes do pleito. Outras autoridades³⁶ também precisam se afastar dos cargos públicos que ocupam nos prazos estabelecidos na LC n. 64/1990, os quais são fixados em três, quatro ou seis meses.

Inelegibilidades infraconstitucionais

Há outras hipóteses de inelegibilidade previstas na LC n. 64/1990, com alterações implementadas pela LC n. 81/1994 e LC n. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa). São as chamadas de infraconstitucionais.

Devem ser arguidas no período do registro, sob pena de preclusão, salvo se supervenientes.

35 Segundo o entendimento do TSE, o termo “cônjuge” se interpreta extensivamente. Consideram-se como tal quem é casado, quem vive em união estável ou mesmo em concubinato. No mesmo sentido, são inelegíveis aqueles que vivem em relação estável homoafetiva.

36 O Vice-Presidente, o Vice-Governador e o Vice-Prefeito poderão se candidatar a outros cargos, mantendo-se os seus mandatos respectivos, desde que, nos últimos seis meses anteriores ao pleito, não sucedam o titular.

6 Reelegibilidade

6.1 Conceito

Na lição precisa de Uadi Lammêgo Bulos³⁷,

reeleição é a possibilidade de o titular do mandato eletivo pleitear nova eleição para o próprio cargo que estava ocupando. É também chamada de recandidatura, pois o candidato à reeleição candidata-se, sucessivamente, à função que já exerce.

A reelegibilidade é a faculdade assegurada a titular de mandato eletivo de concorrer ao mesmo cargo eletivo que já ocupa com ou sem necessidade de afastamento ou desincompatibilização.

6.2 Hipóteses constitucionais

Todas as constituições brasileiras, inclusive a de 1988, proibiram a reeleição para cargos eletivos do Poder Executivo. Aos ocupantes de cargos do Legislativo sempre foi assegurado o direito de recandidatura. O índio Mário Juruna, eleito Deputado Federal pelo Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, tentou a reeleição.

A EC n. 16/1997, todavia, passou a permitir a reeleição – para um segundo mandato consecutivo e sem necessidade de desincompatibilização – para Presidentes da República, Governadores e Prefeitos, assim como para os seus substitutos ou sucessores.

Com efeito, assim estão redigidos os §§ 5º e 6º do art. 14 da Constituição Federal, acrescentados pela EC n. 16/1997, *in verbis*:

O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente (§ 5º);

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 (§ 6º).

37 BULOS, 2009, p. 681.

7 Privação dos direitos políticos

7.1 Introdução

Em um estado democrático de direito, apenas em casos excepcionais se admite a privação definitiva (perda) ou temporária (suspensão) do exercício da cidadania do indivíduo.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 (incs. I a V do art. 15) vedou a cassação dos direitos políticos, mas estabeleceu os casos de perda e suspensão sem, no entanto, distingui-los.

7.2 Hipóteses legais

Coube à doutrina elencar as hipóteses de suspensão e perda dos direitos políticos, uma vez que a CF, conforme dito acima, não o fez.

- ◆ Cassação

É expressamente vedada a cassação de direitos políticos de índios ou não índios no Brasil (CF, art. 15, *caput*).

- ◆ Perda

A perda é a privação definitiva dos direitos políticos. A doutrina não é uníssona em elencar as suas hipóteses de ocorrência, mas entendemos que são as constantes dos próximos tópicos.

- ◆ Cancelamento de naturalização por sentença transitada em julgado, por prática de atividade nociva ao interesse nacional (CF, art. 15, I)

Sendo cancelada a naturalização do índio, este volta à condição de estrangeiro. Daí ficar privado definitivamente do exercício dos direitos políticos no Brasil.

- ◆ Aquisição de outra nacionalidade por naturalização voluntária (CF, art. 12, § 4º, II)

O brasileiro índio ou não índio que, por ato voluntário, adquirir outra nacionalidade passa a ser estrangeiro e, assim, fica inalistável

e privado definitivamente do exercício dos direitos políticos ativos e passivos no Brasil.

A Constituição (art. 12, § 4º, II, *a e b*), entretanto, fixa duas exceções ao regramento acima, ou seja, não perderá a nacionalidade brasileira:

a) aquele que adquirir outra nacionalidade em virtude de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira ou de imposição de naturalização pela norma estrangeira;

b) o brasileiro residente no exterior que adquirir outra nacionalidade como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis.

Suspensão

A suspensão é a privação temporária dos direitos políticos do cidadão. Configura-se nas hipóteses a se descreverem a seguir.

Incapacidade civil absoluta³⁸ (CF, art. 15, II)

O brasileiro índio ou não índio que for interditado por sentença judicial transitada em julgado no cível ficará privado, enquanto não cessado o motivo da interdição, do exercício dos direitos políticos no Brasil.

Condenação criminal transitada em julgado³⁹ (CF, art. 15, III)

O índio que sofrer condenação criminal transitada em julgado ficará privado, enquanto perdurarem os efeitos da condenação, do exercício dos direitos políticos.

38 São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I) os menores de dezesseis anos; II) os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; e III) os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (Código Civil, art. 3º, incisos I a III). Todas essas causas, exceto a menoridade, devem ser reconhecidas por sentença judicial transitada em julgado para ensejarem a suspensão dos direitos políticos.

39 Poderá a condenação criminal transitada em julgado ou por órgão colegiado gerar a inelegibilidade por oito anos. Nesse sentido, *vide* o art. 1º, inciso I, alínea e, da LC n. 64/1990, com as alterações da LC n. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa).

A propósito, dispõe a Súmula n. 9 do Tribunal Superior Eleitoral: “a suspensão dos direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independentemente de reabilitação ou de prova de reparação de danos”.

Escusa de consciência (CF, art. 15, IV)

Ficará com os direitos políticos suspensos o brasileiro que se recusar a cumprir (ou não realizar por completo) obrigação a todos imposta e prestação alternativa fixadas em lei, alegando escusa de consciência (convicção religiosa, filosófica ou política).

Existe um dissenso doutrinário com relação a se a escusa de consciência seria caso de suspensão ou perda dos direitos políticos. Alexandre de Moraes, José Afonso da Silva, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Celso Ribeiro Bastos entendem que é caso de privação definitiva (perda) dos direitos políticos. Por outro lado, Sylvio Motta, William Douglas, Joel José Cândido, Marcos Ramayana, Francisco Dirceu Barros, Thales Tácito Cerqueira e Camila Albuquerque Cerqueira classificam a hipótese como de suspensão dos direitos políticos.

Entendemos que é caso de suspensão dos direitos políticos. Com efeito, a partir do advento da Lei n. 8.239, de 4 de outubro de 1991, que veio a regulamentar o art. 143, §§ 1º e 2º, da Constituição e dispor sobre a prestação do serviço militar obrigatório, não há mais dúvidas de que a hipótese é de suspensão e não de perda dos direitos políticos. Com efeito, vejamos o que dizem os arts. 3º e 4º da Lei n. 8.239/1991:

Art. 3º O Serviço Militar inicial é obrigatório a todos os brasileiros, nos termos da lei.

§ 1º Ao Estado-Maior das Forças Armadas compete, na forma da lei e em coordenação com os Ministérios Militares, atribuir Serviço Alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência decorrente de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.

§ 2º Entende-se por Serviço Alternativo o exercício de atividade de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, em substituição às atividades de caráter essencialmente militar.

§ 3º (...).

Art. 4º Ao final do período de atividades previsto no § 2º do art. 3º desta Lei, será conferido Certificado de Prestação Alternativa ao Serviço Militar Obrigatório, com os mesmos efeitos jurídicos do Certificado de Reservista.

§ 1º A recusa ou o cumprimento incompleto do Serviço Alternativo, sob qualquer pretexto, por motivo de responsabilidade pessoal do convocado, implicará o não fornecimento do Certificado correspondente, pelo prazo de 2 (dois) anos após o vencimento do período estabelecido.

§ 2º Findo o prazo previsto no parágrafo anterior, o Certificado só será emitido após a decretação, pela autoridade competente, da suspensão dos direitos políticos do inadimplente, que poderá, a qualquer tempo, regularizar sua situação mediante cumprimento das obrigações devidas.

A Resolução/TSE n. 20.806/2001 passou a exigir, em nosso pensar, requisito inconstitucional, conforme explicitação feita acima (vide item 3.2. supra), no momento da inscrição eleitoral, para eleitores do sexo masculino maiores de dezoito anos de idade (inclusive para os indígenas), a quitação com o serviço militar.

Improbidade administrativa⁴⁰ (CF, art. 15, V)

A prática de atos de improbidade administrativa, de acordo com o que dispõe o § 4º do art. 37 da Carta de 1988, além de repercutir na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário, gera a suspensão dos direitos políticos pelo prazo fixado em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A Lei de Improbidade (Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992) estabelece os seguintes prazos de suspensão dos direitos políticos:

40 Para suspender os direitos políticos é preciso que haja o trânsito em julgado da sentença condenatória em ação civil pública por ato de improbidade administrativa. A LC n. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) estabeleceu, contudo, que a condenação em primeira instância transitada em julgado ou por órgão colegiado (mesmo sem trânsito em julgado) por prática de ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito gera inelegibilidade do infrator desde a condenação até oito anos após o cumprimento da pena, nos termos da LC n. 64/1990, art. 1º, inciso I, alínea I, conforme redação dada pela LC n. 135/2010.

a) se o ato de improbidade importar enriquecimento ilícito: oito a dez anos;

b) se o ato de improbidade causar prejuízo ao erário: cinco a oito anos;

c) se o ato de improbidade atentar contra os princípios da administração pública: três a cinco anos.

8 Direitos políticos dos militares

O militar⁴¹ índio ou não índio, enquanto em serviço ativo, embora alistável, não pode se filiar a partido político (CF, art. 142, § 3º, V).

Não obstante a vedação constitucional, ao militar foi concedido o direito de se candidatar. Como deverá fazê-lo, já que não pode se filiar a partido político?

A resposta foi dada pelo Tribunal Superior Eleitoral, com a edição da Resolução n. 20.100/1998⁴², cujo § 2º do art. 4º está assim redigido: “Ao militar candidato basta o pedido de registro da candidatura, após prévia escolha em convenção partidária (CF, arts. 14, § 8º, e 42, § 6º)”.

Observa-se, destarte, que o índio militar, mesmo não estando filiado a qualquer partido político, ressalvado o conscrito (pessoa inalistável e inelegível), poderá participar de convenção partidária e, uma vez escolhido candidato, vir a ser registrado perante a Justiça Eleitoral.

O militar alistável^{43, 44} e elegível ficará sujeito a afastar-se ou a agregar-se no momento do pedido de registro de candidatura, nos seguintes termos:

41 Lembre-se de que ao conscrito são vedados os direitos de se alistar eleitor, votar e ser votado.

42 Ac. 11.314, de 30 ago. 1990, Rel. Min. Octávio Gallotti.

43 O militar da reserva não está submetido às regras do art. 14, § 8º, da CF. Com efeito, ele deverá ter filiação partidária regular (um ano antes da eleição), tal qual os demais cidadãos civis. Com efeito, o § 2º do art. 12 da Resolução/TSE n. 20.993 permite apenas ao candidato militar da ativa o direito ao registro na forma estatuída no texto constitucional. No mesmo sentido, Ac./TSE n. 11.314, de 30 ago. 1990.

44 O militar que exerce função de Comando (coronéis), uma vez candidato, deve se afastar da atividade militar seis meses antes do pleito (TSE, Acórdão 12.913/1992), salvo se

a) *se contar menos de dez anos de serviço*: deverá afastar-se da atividade;

b) *se contar com mais de dez anos de serviço*: será agregado pela autoridade superior e, uma vez eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

Uma vez deferido o pedido de registro de candidatura de militar, o Juiz Eleitoral deverá informar tal decisão ao Comandante da Unidade Castrense. Nesse sentido, dispõe o § 4º do art. 16 da Resolução/TSE n. 22.717/2008, *in verbis*: “deferido o registro de militar candidato, o Juiz Eleitoral comunicará imediatamente a decisão à autoridade a que o militar estiver subordinado, cabendo igual obrigação ao partido político, quando o escolher candidato”.

9 Conclusões

À guisa de conclusões, poderemos asseverar:

a) o vocábulo “índio” representa um equívoco histórico. Cristóvão Colombo, navegador europeu, ao chegar às Américas, imaginando que teria descoberto um novo caminho (o marítimo) para as Índias, denominou o povo autóctone americano de índio;

b) outro erro histórico foi o invasor europeu imaginar que o aborígine do Novo Mundo formava um único povo. Eram, diversamente do que pensavam, milhares de etnias, com milhões de pessoas e centenas de línguas. Hodiernamente, no território brasileiro, contamos apenas com 817.963 índios, divididos em 236 povos falantes de 180 línguas distintas. Representam 0,42% da população nacional;

c) índio, indígena, silvícola, aborígine, aborígine, autóctone ou nativo, pode-se dizer, é a pessoa de origem e ascendência pré-colombiana identificada como integrante de um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

candidato a Prefeito ou Vice-Prefeito (nesse caso o prazo de desincompatibilização é de quatro meses). Se não exerce função de Comando, o prazo de desincompatibilização é de três meses para Prefeito, Vice-Prefeito ou Vereador.

d) os povos indígenas têm assegurados direitos constitucionais e legais, entre os quais o reconhecimento de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições; os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam; a legitimidade para ingressar judicialmente na defesa de seus direitos e interesses; bem como os demais direitos civis e políticos garantidos e assegurados aos demais brasileiros não índios;

e) alistamento eleitoral é o ato jurídico pelo qual a pessoa natural índia ou não índia adquire, perante a Justiça Eleitoral, após a habilitação e comprovação do preenchimento dos requisitos legais, a capacidade eleitoral ativa e passa a integrar o corpo de eleitores de determinada zona e seção eleitorais;

f) deve-se assegurar a todos os indígenas maiores de dezesseis anos de idade o direito ao alistamento eleitoral;

g) a obrigatoriedade contida na Resolução/TSE n. 20.806/2001, segundo a qual os índios integrados e alfabetizados do sexo masculino maiores de dezoito anos de idade precisam comprovar quitação do serviço militar ou prestação alternativa, é inconstitucional, pois, não obstante ser o serviço militar obrigatório no Brasil, não há razoabilidade em exigí-la para o alistamento, uma vez que este é um dever/direito a todos imposto em um Estado Democrático de Direito;

h) os índios analfabetos, bem como os maiores de setenta anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos de idade, têm a faculdade de alistar-se ou não se alistar eleitores;

i) é vedado o alistamento, contudo, ao índio estrangeiro e, durante a prestação do serviço militar obrigatório, ao nativo conscrito;

j) o voto é obrigatório para o índio integrado e alfabetizado. É facultativo para os analfabetos, os maiores de setenta anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos de idade. Veda-se esse direito, tal qual ocorre com o alistamento, para o silvícola estrangeiro e, durante a prestação do serviço militar obrigatório, para o conscrito;

k) o alistamento do índio há de ser processado eletronicamente nos termos da Lei n. 7.444/1985. O alistando, após a qualificação e inscrição,

receberá o título de eleitor no ato do requerimento. Tal postulação haverá de ser feita até 151 dias antes das eleições;

l) os indígenas fazem jus, nas hipóteses legais, aos procedimentos de transferência, revisão e segunda via. Por outro lado, podem vir a sofrer cancelamento e exclusão do cadastro eleitoral;

m) os indígenas em geral, desde que preencham as condições de elegibilidade e não se enquadrem em nenhum dos casos de inelegibilidades, têm assegurados os direitos políticos de ser votados (capacidade eleitoral passiva);

n) são condições de elegibilidade exigidas para os silvícolas: I) nacionalidade brasileira; II) pleno gozo dos direitos políticos; III) alistamento eleitoral; IV) domicílio eleitoral na circunscrição; V) filiação partidária; e VI) idade mínima (18 anos para Vereador; 21 anos para Deputado, Prefeito, Vice-Prefeito e Juiz de Paz; 30 anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; e 35 anos para Presidente, Vice-Presidente da República e Senador);

o) as inelegibilidades encontram-se contidas nos §§ 4º a 7º da Constituição Federal (inelegibilidades constitucionais) e na Lei Complementar n. 64/1990 (inelegibilidades legais);

p) os silvícolas, uma vez eleitos, podem concorrer à reeleição: I) no Poder Executivo: para um único período subsequente (CF, art. 14, § 5º); e II) no Poder Legislativo: para ilimitados períodos subsequentes;

q) veda-se a cassação de direitos políticos de indígenas no Brasil. Haverá perda nos casos de: I) cancelamento de naturalização por sentença transitada em julgado, por prática de atividade nociva ao interesse nacional; e II) aquisição de outra nacionalidade por naturalização voluntária. Dar-se-á suspensão dos direitos políticos por: I) incapacidade civil absoluta; II) condenação criminal transitada em julgado; III) escusa de consciência; e IV) improbidade administrativa;

r) o índio militar alistável e elegível ficará sujeito a afastar-se ou a se agregar no momento do pedido de registro de candidatura, nos seguintes termos: I) se contar menos de dez anos de serviço: deverá afastar-se da atividade; e II) se contar com mais de dez anos de serviço: será agregado

pela autoridade superior e, uma vez eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

Referências

ALMEIDA, Roberto Moreira. *Curso de direito eleitoral*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

BARROS, Francisco Dirceu. *Direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Campus, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*. São Paulo: Edipro, 2004.

FERREIRA, Pinto. *Manual de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. *Código eleitoral comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Comentários à constituição brasileira*, v. 7. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 438.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Porto Alegre: SAFE, 2010.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005.

PÁDUA CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. *Direito eleitoral esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2004.

RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOBREIRA NETO, Armando Antônio. *Direito eleitoral: teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2004.

A ficha limpa e a inelegibilidade – avanço histórico e democrático

MÔNICA CAMPOS DE RÉ

Sumário: 1 Introdução. 2 Histórico. 3 Hipóteses. 4 Julgamento da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. 4.1 Debate sobre a posição contramajoritária dos membros do Supremo Tribunal Federal. 5 Conclusão.

1 Introdução

A Justiça Eleitoral, especialmente em sua composição estadual, atualmente assume uma importância cada vez maior no cenário institucional nacional, destacando sua função de fazer com que as disputas eleitorais ocorram dentro dos padrões de isonomia e imparcialidade, necessárias ao respeito ao princípio republicano e democrático, pilares do Estado Brasileiro.

As cortes regionais, mesmo em período não eleitoral, têm tido uma extensa pauta de julgamentos, pois há um acervo de processos a demandar a célere e eficiente atuação tanto dos membros do Ministério Público Eleitoral quanto dos juízes e tribunais, a fim de fazer cumprir o princípio constitucional da celeridade, previsto em preceito específico para os processos eleitorais¹, mas sem descuidar, por óbvio, de uma atuação muito cuidadosa dos julgadores.

O Ministério Público Eleitoral, por sua vez, como instituição indispensável à Administração da Justiça, tem atuado sempre com a firme posição de defesa dos princípios constitucionais, principalmente os da impessoalidade, da moralidade e da probidade administrativa.

1 O art. 97-A da Lei n. 9.504/1997 – Lei das Eleições – considera como duração razoável do processo que possa resultar em perda de mandato eletivo o período máximo de um ano, contado da sua apresentação à Justiça Eleitoral.

Diante desse quadro, desde logo se pode antecipar, para os pleitos vindouros, uma agenda repleta de desafios complexos, os quais demandarão coragem, criatividade, espírito democrático e republicano, além de uma visão constitucionalizada do Direito Eleitoral.

Isso ocorrerá principalmente quanto à aplicação dos preceitos contidos na denominada lei da “Ficha Limpa”, que deu concretude às mais legítimas aspirações de moralização do Estado nutridas pelo povo brasileiro, tendo em vista que estipulou proibição, em resumo, aos condenados pela prática de alguns crimes ou por atos de improbidade administrativa de obterem registro eleitoral e participarem das eleições.

2 Histórico

Inicialmente, o impedimento foi estabelecido por meio de decisões da Justiça Eleitoral. O Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro foi pioneiro, recepcionando, para as eleições de 2006, a tese formulada pelo então Procurador Regional Eleitoral, Rogério Soares do Nascimento. A rejeição de “fichas sujas” no processo eleitoral era extraída diretamente da Constituição Federal, cujo art. 14, § 9º, prevê a necessidade de que, na concessão de registro eleitoral, seja considerada a vida pregressa do candidato a fim de se proteger a moralidade administrativa.

O Supremo Tribunal Federal, porém, naquela época, não foi sensível aos apelos populares e à consistência da tese originada da Corte Eleitoral fluminense. A Suprema Corte entendeu que apenas o legislador poderia definir novas hipóteses de inelegibilidade e, para tanto, deveria considerar os parâmetros previstos no citado preceito constitucional.

A corajosa iniciativa do Ministério Público Eleitoral e a sensata acolhida da tese por aqueles ilustres magistrados não foram capazes de se impor naquela ocasião, mas tiveram o mérito – talvez mais importante – de plantar uma semente de indignação nos brasileiros.

Assim, prontamente iniciou-se um grande movimento nacional de coleta de assinaturas para o encaminhamento de projeto de iniciativa popular. Da apresentação desse projeto resultou a Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010, cujos dispositivos permitem afastar da

competição eleitoral candidatos condenados por crimes e infrações nela previstas, os quais serão detalhados adiante.

Dessa vez o Supremo Tribunal Federal não foi obstáculo para o avanço da história e reconheceu a constitucionalidade da lei quanto ao processo de registro de candidatura. As eleições de 2010 transcorreram dentro dos marcos fixados pelo art. 14, § 9º, da Constituição Federal. Notórios detentores “fichas sujas” foram excluídos das eleições. Embora não se possa afirmar que todos os portadores de registro eram providos dos atributos morais desejáveis, pelo menos os eleitores puderam saber que não estavam votando em candidatos comprovadamente condenados. Infelizmente, alguns candidatos irregulares conseguiram participar do pleito e chegaram a se eleger.

Com a aprovação da chamada “Lei da Ficha Limpa”, o povo pode experimentar a sua força. Foi um primeiro passo importante no processo de aprimoramento de nossas instituições políticas. Apenas a continuidade desse estado de engajamento e mobilização poderá fazer a democracia avançar mais.

3 Hipóteses

As principais hipóteses de inelegibilidade² estão previstas no art. 1º, I, da Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990 – Lei das

2 “Ora, se a elegibilidade é o direito subjetivo de ser votado, praticando atos de campanha, a sua ausência é a impossibilidade de o nacional pleitear um mandato eletivo. Assim, os nacionais não possuem elegibilidade, apenas adquirindo-a com o registro de sua candidatura pela Justiça Eleitoral. Registrada a candidatura, são oficialmente candidatos a mandatos eletivos, podendo angariar para si votos através de atos de campanha, culminando com a votação obtida no dia da eleição. A elegibilidade, dessarte, é um direito subjetivo que nasce com o registro de candidatura, sendo exercido durante o período de campanha eleitoral e se extinguindo com a votação e apuração dos votos. Os que tenham logrado a obtenção do mandato serão proclamados eleitos, recebendo o diploma, pelo qual surge o direito ao exercício do mandato; os que tenham restado na condição de suplentes recebem diploma nessa qualidade, possuindo a expectativa de direito de um dia assumirem o mandato, mercê de morte, renúncia ou licença dos titulares. Na próxima eleição, mesmo para os que exerçam mandato eletivo, terão eles que novamente preencher as condições de elegibilidade, para, em obtendo o registro de sua candidatura, serem novamente elegíveis, vale dizer, conseguirem novamente a elegibilidade (*ius honorum*)”. COSTA,

Inelegibilidades. A denominada “Lei da Ficha Limpa”, Lei Complementar n. 135, de 2010, efetuou alterações naquele dispositivo legal, entre outras, estabelecendo que são inelegíveis:

a) 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;

b) 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;

c) 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 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;

A. S. *Teoria da Inelegibilidade*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1518/inelegibilidade-e-inabilitacao-no-direito-eleitoral>>. Acesso em: 21 fev. 2012.

9. contra a vida e a dignidade sexual;

10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando.

d) os que forem declarados indignos do oficialato, ou com ele incompatíveis, pelo prazo de oito anos;

e) aqueles 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 irrecurável 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;

f) 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 concorrerem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos oito anos seguintes;

g) os que, em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, tenham sido ou estejam sendo objeto de liquidação judicial ou extrajudicial, hajam exercido, nos doze meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade;

h) 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;

i) 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;

j) 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;

k) 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;

l) 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;

m) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais reputadas 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;

n) 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.

4 Julgamento da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 633.703 em 24 de março de 2011, o Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria de votos, que as alterações introduzidas pela mencionada lei no art. 1º, inciso I, da Lei Complementar n. 64/1990 não se aplicariam às eleições gerais do ano de 2010, sob pena de afronta ao princípio da anterioridade eleitoral, previsto no art. 16 da Constituição Federal.

A decisão da Corte Suprema incidiu diretamente apenas sobre o momento da análise dos registros de candidaturas, de modo a proteger

o princípio da anterioridade. Em seu voto o Ministro Gilmar Mendes destacou: “[...] a competição eleitoral se inicia exatamente um ano antes da data das eleições e, nesse interregno, o art. 16 da Constituição exige que qualquer modificação nas regras do jogo não terá eficácia imediata para o pleito em curso”³.

Essa fundamentação, no entanto, não impediria a aplicação das sanções introduzidas no art. 1º, inciso I, alíneas *j* e *p*, da Lei Complementar n. 64 (cassação do registro ou do diploma) aos processos eleitorais em curso relativos às infrações previstas nesses incisos, quais sejam, corrupção eleitoral, captação ilícita de sufrágio, por doação ou captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais. Naquele caso, o Supremo Tribunal Federal decidiu a respeito de aplicação da lei nova quanto às causas de inelegibilidade que impediriam ou não o registro de candidatura. Aqui, trata-se de aplicação da sanção ao ilícito eleitoral, não atingindo o processo eleitoral em si.

Cabe ressaltar que há duas espécies de causas de inelegibilidade quanto à origem: as originárias ou inatas e as cominadas, também chamadas inelegibilidade-sanção. A inelegibilidade acima mencionada, como explicitado no próprio texto legal, caracteriza-se como sanção, pois decorre da prática de ato vedado pela legislação eleitoral.

Desse modo, uma vez praticada a conduta definida como ilícito eleitoral, impõe-se verificar a respectiva sanção definida em lei no momento de sua ocorrência. Convém frisar, conforme mencionado acima, que a inaplicabilidade da Lei da Ficha Limpa nas eleições de 2010 restringiu-se às situações de registro de candidatura, porquanto teria alterado o processo eleitoral, sob pena de ofensa ao art. 16 da Constituição Federal.

Assim, foi motivo de preocupação a possibilidade de um possível entendimento dos membros do Supremo Tribunal Federal no sentido de não considerar aplicável a Lei da Ficha Limpa às eleições de 2012, no tocante a candidatos que tenham condenações ainda objeto de recurso e àqueles cuja condenação, posterior à vigência da lei, com a imposição

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 633.703. Relator: Min. Gilmar Mendes. Plenário, julgamento em 23 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE633703.pdf>>

das sanções e do prazo nela previstos, decorra de fatos praticados antes da entrada em vigor da norma⁴.

Para se obter a certeza quanto à constitucionalidade ou não da lei em questão, foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 29, pelo Partido Popular Socialista (PPS), a n. 30, pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.575, pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL), a qual questionava especificamente o dispositivo que torna inelegível por oito anos quem for excluído do exercício da profissão, por decisão do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional.

O parecer do Procurador-Geral da República nessas ações foi no sentido da integral constitucionalidade da Lei Complementar n. 135, de 2010, razão pela qual postulou sua aplicação imediata, tendo em vista não haver, no texto da lei, hipótese de violação aos princípios da presunção de inocência e da segurança jurídica. E, por fim, consoante suas palavras: “é fundamental que seja proferido julgamento pela mais alta Corte de

4 Nessa linha de pensamento foi a posição do próprio Tribunal Superior Eleitoral no julgado abaixo transcrito:

“Recurso ordinário. Deputado distrital. Compra de votos. Coação de funcionários. Abuso do poder econômico. Captação ilícita de sufrágio (...).

Extrai-se dos autos que o candidato, além de ter sido beneficiado com as condutas, não só a elas anuiu, como teve participação nos atos abusivos. Sendo assim, aplica-se o disposto nos incisos XIV e XVI do art. 22 da LC n. 64/1990, que com a redação da LC n. 135/2010 passou a estabelecer a pena de cassação por abuso de poder, independentemente do momento em que a ação for julgada procedente, e aumentou o prazo de inelegibilidade de três para oito anos.

Não incide, na espécie, o princípio da anterioridade legal inculcado no art. 16 da Constituição, uma vez que o dispositivo em comento, modificado pela Lei da Ficha Limpa, não altera o processo eleitoral, e sim dispõe sobre as consequências da procedência da ação de investigação judicial eleitoral, aumentando o prazo da sanção de inelegibilidade.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal é no sentido da incidência do princípio da anterioridade, disposto no art. 16 da Constituição, somente em relação aos novos casos de inelegibilidade criados pela LC n. 135/2010. Não houve manifestação do STF a respeito da incidência do art. 16 da Constituição no que se refere a qualquer outro dispositivo da LC n. 135/2010”. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Recurso Ordinário n. 4377-64/DF, relator Ministro Marcelo Ribeiro, em 17 nov. 2011.

Justiça do país com efeitos vinculantes e com relação a todos, a fim de se conferir segurança jurídica ao processo eleitoral de 2012”.

Iniciado o julgamento dessas ações em sessão realizada no início do mês de novembro de 2011, tendo como relator o Ministro Luiz Fux, este apresentou seu voto no sentido da constitucionalidade da referida lei, inclusive das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas *j* e *p*. É interessante colacionar alguns trechos de seu voto:

[...] Primeiramente, é bem de ver que a aplicação da Lei Complementar n. 135/10 com a consideração de fatos anteriores não viola o princípio constitucional da irretroatividade das leis. De modo a permitir a compreensão do que ora se afirma, confira-se a lição de J.J. GOMES CANOTILHO (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 5. edição. Coimbra: Almedina, 2001, p. 261-262), em textual:

"[...] *Retroactividade* consiste basicamente numa ficção: (1) decretar a validade e vigência de uma norma a partir de um marco temporal (data) anterior à data da sua entrada em vigor; (2) ligar os *efeitos jurídicos* de uma norma a situações de facto existentes antes de sua entrada em vigor. [...]" Os grifos são do original

O mestre de Coimbra, sob a influência do direito alemão, faz a distinção entre:

a retroatividade autêntica: a norma possui eficácia *ex tunc*, gerando efeito sobre situações pretéritas, ou, apesar de pretensamente possuir eficácia meramente *ex nunc*, atinge, na verdade, situações, direitos ou relações jurídicas estabelecidas no passado; e

a retroatividade inautêntica (ou retrospectividade): a norma jurídica atribui efeitos futuros a situações ou relações jurídicas já existentes, tendo-se, como exemplos clássicos, as modificações dos estatutos funcionais ou de regras de previdência dos servidores públicos (v. ADI 3105 e 3128, Rel. para o acórdão Min. Cesar Peluso).

Como se sabe, a retroatividade autêntica é vedada pela Constituição da República, como já muitas vezes reconhecido na jurisprudência deste Tribunal. O mesmo não se dá com a retrospectividade, que, apesar de semelhante, não se confunde com o conceito de retroatividade mínima defendido por MATOS PEIXOTO e referido no voto do eminente Ministro

MOREIRA ALVES proferido no julgamento da ADI 493 (j. 25.06.1992): enquanto nesta são alteradas, por lei, as consequências jurídicas de fatos ocorridos anteriormente – consequências estas certas e previsíveis ao tempo da ocorrência do fato –, naquela a lei atribui novos efeitos jurídicos, a partir de sua edição, a fatos ocorridos anteriormente. Repita-se: foi o que se deu com a promulgação da Emenda Constitucional n. 41/03, que atribui regimes previdenciários diferentes aos servidores conforme as respectivas datas de ingresso no serviço público, mesmo que anteriores ao início de sua vigência, e recebeu a chancela desta Corte.

A aplicabilidade da Lei Complementar n. 135/10 a processo eleitoral posterior à respectiva data de publicação é, à luz da distinção supra, uma hipótese clara e inequívoca de retroatividade inautêntica, ao estabelecer limitação prospectiva ao *ius honorum* (o direito de concorrer a cargos eletivos) com base em fatos já ocorridos. A situação jurídica do indivíduo – condenação por colegiado ou perda de cargo público, por exemplo – estabeleceu-se em momento anterior, mas seus efeitos perdurarão no tempo. Esta, portanto, a primeira consideração importante: ainda que se considere haver atribuição de efeitos, por lei, a fatos pretéritos, cuida-se de hipótese de retrospectividade, já admitida na jurisprudência desta Corte.

Demais disso, é sabido que o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal preserva o direito adquirido da incidência da lei nova. Mas não parece correto nem razoável afirmar que um indivíduo tenha o direito adquirido de candidatar-se, na medida em que, na lição de GABBA (*Teoria della Retroattività delle Leggi*. 3. edição. Torino: Unione Tipografico-Editore, 1981, v. 1, p. 1), é adquirido aquele direito

“[...] que é consequência de um fato idôneo e produzi-lo em virtude da lei vigente ao tempo que se efetuou, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação da lei nova, e que, sob o império da lei vigente ao tempo em que se deu o fato, passou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu.” (Tradução livre do italiano)

Em outras palavras, a elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico – constitucional e legal complementar – do processo eleitoral, consubstanciada no não preenchimento de requisitos “negativos” (as inelegibilidades). Vale dizer, o indivíduo que tenciona concorrer a cargo eletivo deve aderir ao estatuto jurídico eleitoral. Portanto, a sua adequação

a esse estatuto não ingressa no respectivo patrimônio jurídico, antes se traduzindo numa relação *ex lege* dinâmica.

É essa característica continuativa do enquadramento do cidadão na legislação eleitoral, aliás, que também permite concluir pela validade da extensão dos prazos de inelegibilidade, originariamente previstos em 3 (três), 4 (quatro) ou 5 (cinco) anos, para 8 (oito) anos, nos casos em que os mesmos encontram-se em curso ou já se encerraram. Em outras palavras, é de se entender que, mesmo no caso em que o indivíduo já foi atingido pela inelegibilidade de acordo com as hipóteses e prazos anteriormente previstos na Lei Complementar n. 64/90, esses prazos poderão ser estendidos – se ainda em curso – ou mesmo restaurados para que cheguem a 8 (oito) anos, por força da *lex nova*, desde que não ultrapassem esse prazo.

Explica-se: trata-se, tão somente, de imposição de um novo requisito negativo para a que o cidadão possa candidatar-se a cargo eletivo, que não se confunde com agravamento de pena ou com *bis in idem*. Observe-se, para tanto, que o legislador cuidou de distinguir claramente a inelegibilidade das condenações – assim é que, por exemplo, o art. 1º, I, “e”, da Lei Complementar n. 64/90 expressamente impõe a inelegibilidade para período posterior ao cumprimento da pena.

Tendo em vista essa observação, haverá, em primeiro lugar, uma questão de isonomia a ser atendida: não se vislumbra justificativa para que um indivíduo que já tenha sido condenado definitivamente (uma vez que a lei anterior não admitia inelegibilidade para condenações ainda recorríveis) cumpra período de inelegibilidade inferior ao de outro cuja condenação não transitou em julgado.

Em segundo lugar, não se há de falar em alguma afronta à coisa julgada nessa extensão de prazo de inelegibilidade, nos casos em que a mesma é decorrente de condenação judicial. Afinal, ela não significa interferência no cumprimento de decisão judicial anterior: o Poder Judiciário fixou a penalidade, que terá sido cumprida antes do momento em que, unicamente por força de lei – como se dá nas relações jurídicas *ex lege* –, tornou-se inelegível o indivíduo. A coisa julgada não terá sido violada ou desconstituída.

Demais disso, tem-se, como antes exposto, uma relação jurídica continuativa, para a qual a coisa julgada pesa sob a cláusula *rebus sic stantibus*. A edição da Lei Complementar n. 135/10 modificou o panorama

normativo das inelegibilidades, de sorte que sua aplicação, posterior às condenações, não desafiaria a autoridade da coisa julgada. [...]”⁵.

A parte dispositiva do voto, com as conclusões sobre as diversas causas de inelegibilidade, está redigida nos seguintes termos:

[...] Diante de todo o acima exposto, conheço integralmente dos pedidos formulados na ADI 4578 e na ADC 29 e conheço em parte do pedido deduzido na ADC 30, para votar no sentido da improcedência do pedido na ADI 4578 e da procedência parcial do pedido na ADC 29 e na ADC 30, de modo a:

- a) declarar a constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas “c”, “d”, “f”, “g”, “h”, “j”, “m”, “n”, “o”, “p” e “q” do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar n. 64/90, introduzidas pela Lei Complementar n. 135/10;
- b) declarar inconstitucional a expressão “o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar” contida no art. 1º, I, “k”, da Lei Complementar n. 64/90, introduzido pela Lei Complementar n. 135/10, de modo a que sejam inelegíveis 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 a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, 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 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura; e
- c) declarar parcialmente inconstitucional, sem redução de texto, o art. 1º, I, alíneas “e” e “l”, da Lei Complementar n. 64/90, com redação conferida pela Lei Complementar n. 135/10, para, em interpretação conforme a Constituição, admitir a dedução, do prazo de 8 (oito) anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado.⁶

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.578. Relator: Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_ADC_30ADI_4578.pdf>.

6 Ibidem.

Entretanto, o julgamento das mencionadas ações foi suspenso em razão de pedido de vista formulado pelo Ministro Joaquim Barbosa, tendo em vista a controvérsia sobre o eventual caráter retroativo da lei, bem como sobre a violação, em tese, do princípio da presunção de inocência. Mas, na sessão realizada em 1º de dezembro de 2011, ele afirmou:

Inelegibilidade não é pena. As hipóteses que deixam um indivíduo inelegível não são sanções dos regimes autoritários, mas traduzem a repulsão da sociedade a práticas comuns na política. E por não serem penas, as inelegibilidades não guardam pertinência com a presunção de inocência.

Nessa mesma sessão o relator, Ministro Luiz Fux, manteve a decisão de julgar parcialmente procedente a ação declaratória, porém reajustou seu voto apenas para dar interpretação conforme à alínea e do inciso I do art. 1º da Lei Complementar n. 64/1990, com a redação conferida pela Lei Complementar n. 135/2010.

Posteriormente, o Ministro Dias Toffoli também pediu vista e, em 15 de fevereiro de 2012, expôs seu posicionamento contrário à constitucionalidade da lei em questão. Destacou, sob sua ótica, a falta de técnica legislativa relativa à elaboração da lei questionada:

A observação do conteúdo da Lei Complementar 135 é reveladora da profunda ausência de compromisso e de técnica legislativa, com a pior redação legislativa que já vi nos últimos tempos. Leis mal redigidas às vezes corrompem o propósito dos legisladores e do próprio Direito.

A mais nova integrante da Corte, a Ministra Rosa Weber, a quem coube proferir o voto que evitou o empate da votação, considerando a lei constitucional, por sua vez, asseverou:

A busca por instrumentos que impeçam a malversação da coisa pública não é novidade. Ao contrário. A lei da Ficha Limpa foi gestada no ventre moralizante da sociedade brasileira, que está agora a exigir dos poderes instituídos um basta. Esta Corte não deve ser insensível aos anseios populares.

E ainda, para a Ministra, “o homem público, ou que pretende ser público, não se encontra no mesmo patamar de obrigações do cidadão comum”. Ela afirmou:

No trato da coisa pública, o representante do povo, detentor de mandato eletivo, subordina-se à moralidade, probidade, honestidade e boa-fé, exigências do ordenamento jurídico que compõem um mínimo ético, condensado pela Lei da Ficha Limpa, através de hipóteses concretas e objetivas de inelegibilidade.

O presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Ministro Ricardo Lewandowski, também sustentou a validade da lei ao afirmar:

O Congresso em peso sufragou esta lei. E mais. Foi sancionada pelo presidente da República, passando pelos órgãos técnicos de assessoria do Poder Executivo, sem veto. Portanto, estamos diante de um diploma legal que conta com o apoio expresso dos representantes da soberania nacional.

Aliás, sua posição já era conhecida quanto a considerar válida a lei posta sob o crivo da constitucionalidade, pois, em voto proferido em caso no qual era discutida a aplicação da Lei Complementar n. 135, de 2010, a mandatário que renunciou para evitar possível cassação em decorrência de protocolização de representação para esse fim perante a Mesa da Câmara Alta do Congresso Nacional, argumentou, entre outras passagens, no tocante à aplicação retroativa da lei enfocada, que as causas de inelegibilidade:

Enquanto normas de ordem pública, aplicam-se a todos indistintamente, contemplando, inclusive, situações jurídicas anteriores à publicação da LC 135/2010, cabendo à Justiça Eleitoral verificar – no momento do pedido de registro de candidatura – se determinada causa de inelegibilidade prevista em abstrato na legislação incide ou não em uma situação concreta, tal como sempre ocorreu em todos os pleitos⁷.

Interessantes também foram as palavras da Ministra Cármen Lúcia ao preconizar:

o que se passa na vida de alguém não se desapega da sua história. A vida não passa a limpo a cada dia. A vida é tudo o que a gente faz todos os dias. O direito traça, marca e corta qual é a etapa dessa vida passada que precisa ser levada em consideração⁸.

7 Argumentação utilizada em LEWANDOWSKI, R. A Lei da Ficha Limpa sob a visão de um jurista. Rio de Janeiro: *Justiça & Cidadania*, edição n. 123, outubro 2010.

8 Todas as citações de trechos dos votos dos ministros estão disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=200330&caixaBusca=N>>.

Dessa forma, apesar das objeções do próprio presidente da Corte, Ministro Cezar Peluso, e dos Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Dias Toffoli, no sentido de que a lei atingiria o princípio da presunção de inocência e da irretroatividade, por maioria de votos foi reconhecida a constitucionalidade dos dispositivos da Lei da Ficha Limpa (<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>).

4.1 Debate sobre a posição contramajoritária dos membros do Supremo Tribunal Federal

Uma questão que se tornou objeto de debates durante o julgamento em análise foi a da posição contramajoritária dos membros do Supremo Tribunal Federal. O Ministro Dias Toffoli colocou em relevo em seu voto que

o discurso ético tem forte apelo nas instâncias extrajudiciais, e nós, magistrados da Suprema Corte, não ficamos alheios a esses processos. Falo da necessidade de o STF proteger a maioria dela mesma, o desagradável papel de restringir a vontade popular.

Em contraposição, a Ministra Rosa Weber, consoante acima ressaltado, asseverou que a lei sob análise foi gestada no ventre moralizante da sociedade brasileira e, ademais,

sendo esta casa, como já foi dito hoje, contramajoritária, não deve ser pautada pelas demandas da sociedade, mas não deve ser insensível a elas. A Constituição é viva e há de se adequar e dizer ao que veio a seu tempo.

O Ministro Luiz Fux também reafirmou que “o tribunal ser contramajoritário para bater no peito não tem cabimento. Ele deve ser contramajoritário para conter o abuso do Legislativo contra o direito das minorias, não para ignorar os anseios da população”.

Quanto a esse aspecto é pertinente reconhecer as dificuldades inerentes aos limites da atuação dos juízes, decorrentes do princípio democrático, com relação a temas referentes à judicialização da política, como no caso em enfoque, consoante ressaltado por alguns ministros

bem como foram objeto de ampla cobertura pela mídia nacional, inclusive com a publicação de alguns desses trechos, conforme se pode conferir no *Jornal O Globo*, Rio de Janeiro, edição de 17 fev. 2012.

durante esse julgamento, em razão da posição contramajoritária dos membros do Poder Judiciário, pois seus representantes, ao contrário dos componentes dos ramos Executivo e Legislativo, não são eleitos, fator este desencadeador de questionamentos sobre a legitimidade dessa atividade.

Sob esse ponto de vista, esse fenômeno pode ser passível de ocasionar um *déficit* democrático e, por consequência, ser considerado antidemocrático. Em relação a essa assertiva contrapõe-se a constatação efetuada por Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos, no tocante a um possível “ativismo” do Poder Judiciário, pois, segundo colocam, a invasão da vida republicana pelo Direito e a juridificação incessante e progressiva da sociedade brasileira

São frutos diretos da intervenção do Poder Legislativo, constituinte e ordinário, e da apropriação desenvolvida que a cidadania faz deles. E nisso reside a singularidade desse laboratório social brasileiro – a juridificação, presente in nuce na Carta de 1988, vai conhecer a sua grande onda expansiva, de fato, pela obra legislativa das duas décadas seguintes [...]⁹.

Entretanto, é controversa a questão a respeito dos limites desse tipo de controle sobre os atos legislativos, partindo do pressuposto de que a lei é produto da obra dos legisladores; portanto, estes representam a vontade da maioria dos eleitores representados; logo, deve haver parâmetros para o enfrentamento das escolhas dos legisladores.

Essa situação também decorre do fato de que, em nosso país, conjugado ao princípio republicano e ínsito neste, também erigido à categoria de norma constitucional, igualmente vigora o princípio da separação dos poderes, cuja teoria, celebrizada por Montesquieu no Livro

9 “[...] controle da administração pública fica incorporado ao sistema de proteção dos interesses difusos e coletivos, tanto podendo ser acionado pela via de Ação Civil Pública – admitida a legitimidade ativa do Ministério Público – quanto pela das Ações Populares. A inflação do peso relativo da representação funcional lhe vem, pois, de expressa delegação do Poder legislativo, circunstância em tudo diversa do ativismo judicial americano, que, ademais, desconhece uma figura com o estatuto institucional do Ministério Público brasileiro (Grinover, 2001). [...] O controle é, então, delegado à sociedade nos caminhos abertos pela juridificação da vida social e pelos novos institutos processuais, como o dos Juizados Especiais, o das Ações Cíveis Públicas e do Código de Defesa do Consumidor”. VIANNA, L. W. ; BURGOS, M, B. *Entre Princípios e Regras: cinco estudos de casos de ação civil pública*. Rio de Janeiro, 2005, p. 3. Disponível em: <http://issuu.com/codig/docs/entre_princ_pios_e_regras_marcelo_burgos_puc?mode=window&pageNumber=1>. Acesso em 21 fev. 2012.

XI de *O Espírito das Leis*, afirmava que todo bom governo devia ser regido pelo princípio da divisão dos poderes ou funções.

Assim, no Estado brasileiro, prevalece esse princípio, pois, com algumas exceções constitucionalmente previstas, cada Poder, dentro de suas esferas de competências e atribuições – as quais também são especificamente previstas na Lei Maior –, deve atuar sem qualquer intervenção dos demais, porquanto qualquer ingerência indevida fatalmente acarretar-lhe-á alguma lesão.

Seguindo a linha de nossa tradição republicana, a atual Carta Política, conforme ressaltou Werneck Vianna, afirmou a herança e as instituições do liberalismo político. Por meio deste foi estabelecida a configuração de uma democracia política por vários mecanismos da gestão pública, prevendo duas formas de representação, a do voto e a funcional, e duas formas de participação, a representativa, assentada no princípio eleitoral, e a direta, atinente, exemplificativamente, à iniciativa popular, como ocorreu no caso da lei em comento, e o referendo¹⁰.

Insta observar também que o exercício dessas funções ocorre de acordo com os limites das atribuições previamente estabelecidas na lei, sempre tendo em conta o postulado básico do Estado Democrático de Direito. Ademais, a separação de poderes não é estanque, conforme destacado por Rogério Nascimento¹¹.

10 A gravitação do Legislativo em torno do Executivo provoca a retração da esfera pública e limita suas possibilidades de contato com o mundo da opinião. A esfera pública torna-se um espaço sob controle do Executivo e das lideranças da sua maioria congressual, que, “ao selecionarem os interesses e os valores a serem defendidos e estimulados, passa a tomar, em estilo monocrático, decisões que vinculam a todos”. (Werneck Vianna, 2003, p. 9).

[...] Em um cenário assim limitado, as opiniões e o fluxo das opiniões geradas na sociedade civil não encontram caminhos para se traduzirem em vontade na esfera pública, uma vez que a agenda do Legislativo se acha sob domínio do Executivo, que impõe nela a supremacia dos seus objetivos estratégicos em matéria econômica. Nesse sentido, a própria política social deixa de refletir as expectativas e interesses da sociedade civil organizada, tornando-se objeto de políticas públicas assistencialistas do Estado e dos seus fins de legitimação, inclusive eleitoral. “Com isso, o Parlamento se vê incapacitado de propor uma agenda própria limitando-se a exercer mero papel fiscal sobre o que lhe chega do Executivo, naturalmente especializado nos temas da Administração e da gestão da dimensão sistêmica”. *Ibidem*, p. 3.

11 “O retorno às fontes da teoria de poderes revela que uma separação rígida nunca foi apresentada como desejável ou necessária. A lição da história demonstra que

Realça-se, pois, o caráter delimitativo da lei, aqui notadamente a Lei Maior, regedora do nosso sistema jurídico, com referência às atividades de cada órgão e especificamente do Poder Judiciário.

Em trabalho específico acerca da discussão a respeito da eventual colisão entre direitos fundamentais e soberania popular sob o contexto da judicialização, a Professora Gisele Cittadino indaga:

O que nos resta agora é perguntar se o vínculo entre ativismo judicial e reforço da lógica democrática, que subjaz ao processo de “judicialização da política”, pode viabilizar essa quebra de limites normativos à soberania popular, por mais legítimo que seja o movimento político a dar-lhe sustentação. Em outras palavras, a indagação é se o Poder Judiciário, para não violar a deliberação pública de uma comunidade política que atua autonomamente orientada pelos valores que compartilha, deve ou atuar como regente republicano da cidadania ou abdicar de garantir direitos constitucionalmente assegurados.¹²

Nessa senda, convém destacar que a democracia e a proteção dos direitos fundamentais têm sido objeto de preocupação dos jusfilósofos Ronald Dworkin e Jürgen Habermas, convindo mencionar, desde logo, a convergência do pensamento de ambos ao asseverarem a existência de uma relação não contraditória entre estado de direito, jurisdição constitucional e democracia.¹³

uma separação estanque sequer foi experimentada. As polêmicas que envolvem a aplicação do princípio na atualidade, por seu turno, mostram sua vitalidade e reforçam a tese segundo a qual o equilíbrio está no cerne da teoria e esta continua frutífera porque a separação cumprida com ordenação constitucional protege os súditos contra o arbítrio e lhes oferece uma visão clara das competências de cada órgão”. NASCIMENTO, 2003, p. 63.

12 Cf. CITTADINO, G. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia, p. 108. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/25512/poder_judiciario_ativismo_judicial.pdf?sequence=1>. Acesso em 21 fev. 2012.

13 [...] as construções teóricas de Dworkin e Habermas acerca da jurisdição constitucional, embora partindo de fundamentos filosóficos diversos, acabam por apresentar vários pontos de intersecção, além de outros que se afiguram complementares. Importa ressaltar, para os fins aqui visados, que direitos fundamentais e democracia, tanto para Dworkin como para Habermas, convivem numa relação de implicação recíproca. Assim, parece correta a assertiva de que só há espaço para a afirmação e efetivação de tais direitos no âmbito de um regime democrático. São faces da mesma moeda. [...]. Assim, não há qualquer inconsistência lógica em se sustentar que à jurisdição

Dworkin formulou o seu conceito de democracia constitucional, consoante acima referido, e Habermas propugna um modelo de democracia deliberativa, por meio do procedimento, em uma chamada terceira via, de caráter procedimental, a qual se estabelece por meio do diálogo, ao contrário da proposta de seu contemporâneo, relativa apenas à perspectiva monológica.¹⁴

Habermas, em sua obra, especialmente em *Direito e Democracia – entre Facticidade e Validade*¹⁵, estabelece condições procedimentais para a realização da democracia deliberativa, ou seja, condições para a formação da opinião e da vontade sob a forma discursiva e dialógica, e, portanto, da via denominada como procedimental.

Ademais, vislumbra o Direito como uma categoria de mediação social entre fatos e normas e, desse modo, é dotado de um aspecto dual, tal como esse se revela na linguagem humana, ou seja, os sujeitos de direito são ao mesmo tempo destinatários e produtores das normas jurídicas. Há uma pretensão de validade embutida no discurso que somente será confirmada após o cumprimento do procedimento deliberativo.

Para ele, o direito da modernidade é convertido em termos de direitos subjetivos, pois é o complemento funcional da moral pós-convencional. E o objetivo do Estado de Direito é construir barreiras para que o exercício da soberania popular não atrapalhe as esferas dos direitos individuais, pois estes, na sua visão, têm preponderância, porque constituem as principais condições do procedimento democrático.

constitucional compete a guarda tanto dos direitos fundamentais (proposta por Dworkin) como do procedimento democrático (tese de Habermas). Ao revés, tais funções, longe de serem antagônicas, são compatíveis e complementares. Em muitos casos, na verdade, superpõem-se”. BINENBOJM, 2001, p. 117-118.

14 “No âmbito da teoria democrática, o caráter dialógico da racionalidade prática leva a que se valorize a formação de um espaço público autônomo (do aparato burocrático estatal) em que as pretensões normativas sejam objeto de intenso debate. A democracia é entendida, portanto, como participação, e não como mera representação. Além disso, os direitos individuais deixam de ter uma justificação metafísica para se apresentarem como condições fundamentais da interação comunicativa, viabilizadoras do processo democrático. Com isto, oferece-se um caminho consistente no sentido da superação do impasse entre liberalismo e democracia, produzido pela crise do paradigma liberal-positivista”. SOUZA NETO, 2002, p. 338.

15 HABERMAS, 1997.

Contudo, esses direitos não mais podem ser considerados apenas levando em conta um sistema constitucional estático, pois conforme preconiza, “a constituição perdeu seu caráter estático; mesmo quando a letra das normas permanece inalterada, as interpretações estão em fluxo”¹⁶ (grifo do autor).

Em seu modelo, são estabelecidas as bases de uma democracia que não é nem republicana nem representativa, mas caracteriza uma terceira via ou alternativa, configurada como procedimental. Nesse sentido, estado de direito e democracia participativa pressupõem-se mutuamente, havendo uma interdependência entre direitos humanos e soberania popular ou, de acordo com suas palavras, uma relação de cooriginalidade.

Para o autor aqui enfatizado, em decorrência de suas formulações teóricas, a jurisdição constitucional pode limitar a decisão majoritária a fim de garantir o Estado de Direito ou, ainda, garantir condições para a deliberação democrática. A democracia deliberativa, porém, não se restringe ao voto, mas o poder de decidir é que constitui a sua essência, ou seja, o poder de decidir sobre questões de interesse público.

5 Conclusão

A declaração de constitucionalidade da Lei Complementar n. 135/2010 pelo Supremo Tribunal Federal representou um avanço na democracia brasileira. Isso porque essa lei proveio de iniciativa popular, representada por um expressivo número de eleitores, indicativo da vontade geral da população brasileira no sentido de fazer prevalecer o princípio da moralidade e da probidade administrativa.

Essa decisão foi objeto de comemoração e diversas manifestações elogiosas de vários segmentos sociais. Vislumbra-se, agora, uma nova perspectiva que terá de ser observada pelos partidos políticos quanto aos seus filiados cujo intento seja concorrer a algum cargo público; os que já estiverem no exercício do mandato, por certo, terão de pautar sua conduta de modo a não incidir em nenhuma hipótese que venha a ter como consequência a inelegibilidade e, portanto, zelar pela sua imagem e honra.

16 HABERMAS, 1990, p. 112.

Por certo, a vida pregressa dos candidatos será um dos principais temas a serem enfrentados nas eleições, devido ao forte impacto causado pela aplicação da Lei da Ficha Limpa. Entretanto, também já se verifica a preocupação com a morosidade existente quanto à tramitação dos processos judiciais em geral, apesar de que, com relação aos ilícitos eleitorais que impliquem perda do mandato, há a previsão do prazo de um ano para o término do julgamento; porém, quanto aos demais feitos não existe essa mesma estipulação, o que pode redundar em uma certa frustração das expectativas veiculadas na lei comentada¹⁷.

17 BRUNO, C.; RERNÍGIO, M. Aplicação da Ficha Limpa pode esbarrar na lentidão do Judiciário. *Jornal O Globo*, Rio de Janeiro, edição de 16 fev. 2012. Veja-se matéria publicada no jornal *O Globo* "RIO - A aplicação da Lei da Ficha Limpa nas eleições deste ano - se aprovada nesta quinta-feira no Supremo Tribunal Federal - pode esbarrar na morosidade do Judiciário. Dos 28 políticos do Rio com mandato de vereador na capital, deputado ou prefeito e que são citados em processos, apenas um deles seria punido e não poderia concorrer. A deputada estadual Andreia Busatto (PDT), conhecida como Andreia do Charlinho, foi condenada em segunda instância pelo Tribunal Regional Eleitoral (TRE-RJ) por abuso de poder econômico e político. Ela pretende disputar a prefeitura de Mangaratiba, na Costa Verde, e recorre ao Tribunal Superior Eleitoral.

O levantamento de parlamentares que respondem a processos foi feito pelo GLOBO com base nas Justiças Federal, Estadual e Eleitoral, além de tribunais superiores e informações da ONG Transparência Brasil. A Lei da Ficha Limpa proíbe a candidatura de políticos condenados em segunda instância ou com o processo transitado em julgado.

O cumprimento da pena, no entanto, tropeça em inúmeros recursos impetrados pelos réus. Para especialistas, a lentidão da tramitação dessas ações dificulta a aplicação, e parte dos processos acaba prescrevendo.

Isso impede a aplicação da lei. Deixa de atender aos anseios da população, que é barrar esses políticos que querem se candidatar - afirmou o procurador regional eleitoral substituto do Rio, Paulo Roberto Berenger.

Andreia do Charlinho foi condenada em 19 de setembro de 2010, juntamente com o marido, o prefeito de Itaguaí, Carlo Busatto Júnior, o Charlinho (PMDB). Os dois foram punidos pelo TRE-RJ por usarem a administração municipal e veículos de comunicação da região para captar votos, tornando-se inelegíveis por oito anos. Em sua sustentação, a Procuradoria Regional Eleitoral relatou que funcionários não concursados foram desligados da prefeitura para pressioná-los a pedir votos para a deputada.

Procurada nesta quarta-feira pelo GLOBO em seu gabinete na Assembleia Legislativa (Alerj) do Rio, Andreia do Charlinho não foi encontrada. A assessoria da parlamentar não deu retorno aos pedidos de entrevista.

Para Eurico Figueiredo, cientista político e professor da Universidade Federal Fluminense (UFF), a Lei da Ficha Limpa, aliada a cobranças feitas pela sociedade,

É pertinente concluir afirmando que esse julgamento histórico trouxe segurança jurídica para o processo eleitoral, propiciando racionalidade às decisões judiciais nos processos relativos a registro de candidatura quando houver necessidade de se analisar a ocorrência das causas de inelegibilidade previstas na respectiva legislação de regência em razão das alterações efetuadas pela Lei Complementar n. 135, de 2010.

Também é evidente o efeito pedagógico que todo esse movimento gerou nos eleitores brasileiros, que agora ficarão atentos à vida pregressa dos candidatos, bem como ao seu posterior desempenho quando eleitos, tendo em vista a necessidade de que sua conduta seja pautada dentro do rigor necessário quanto ao trato da coisa pública, com especial observância dos princípios da moralidade, da probidade e da honestidade.

Referências

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. Disponível em : <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/25512/poder_judiciario_ativismo_judicial.pdf?sequence=1>. Acesso em 21 fev. 2012.

COSTA, Adriano Soares. *Teoria da inelegibilidade*. Disponível em: <<http://knol.google.com/k/teoria-da-inelegibilidade#>>. Acesso em 21 fev. 2012.

representam um avanço. No entanto, segundo o professor, o sucesso em sua aplicação ainda depende de uma ampla reforma no Judiciário.

Hoje nós temos a instituição da vigilância, que é o cidadão acompanhando a atuação dos políticos. Temos o instrumento da punição, no caso a Lei da Ficha Limpa, mas ambos encontram a lentidão do Judiciário. Lento porque permite tantos recursos que acabam beneficiando o réu. Em muitos casos, são tantos os recursos que o crime prescreve. O réu não é punido. É preciso que isso seja revisto - disse Figueiredo.

Movimentos pela ética na política são unânimes em afirmar que, a médio prazo, a Ficha Limpa ajudará a evitar a candidatura de condenados que buscam mandatos, inclusive, para ter foro privilegiado. Além de melhorar a qualidade da representação no Legislativo.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio B. Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I e II, 1997.

_____. *Soberania popular como procedimento*. São Paulo: Revista Novos Estudos CEBRAP, n. 26, mar. 1990.

LEWANDOWSKI, R. A Lei da Ficha Limpa sob a visão de um jurista. *Justiça e Cidadania*. Rio de Janeiro: *Justiça & Cidadania*, edição n. 123, outubro 2010.

NASCIMENTO, R. J. B. S. do. *Abuso do poder de legislar: controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VIANNA, L. W. ; BURGOS, M, B. *Entre princípios e regras: cinco estudos de casos de ação civil pública*. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <http://issuu.com/codig/docs/entre_princ_pios_e_regras_marcelo_burgos_puc?mode=window&pageNumber=1>. Acesso em 22 fev. 2012.

A Justiça Eleitoral e o Ministério Público Eleitoral – considerações sobre o sistema de administração, regulação, normatização e controle das eleições no Brasil

EDUARDO PELELLA

Sumário: 1 Introdução. Breves considerações acerca do direito comparado. *International electoral standards* e *electoral management body*. 1.1 *International electoral standards* e *electoral management bodies*. 1.2 O papel tradicionalmente reservado ao Judiciário. 2 O modelo brasileiro. A Justiça Eleitoral brasileira como *electoral management body*. Superposição de funções: administração, regulação e controle das eleições. 2.1 A Justiça Eleitoral como nosso *electoral management body*. 2.2 A superposição de atribuições da Justiça Eleitoral. 3 Breve histórico da Justiça Eleitoral. 4 Organização da Justiça Eleitoral. 4.1 Do Tribunal Superior Eleitoral. 4.2 Dos Tribunais Regionais Eleitorais. 4.3 Dos Juízes Eleitorais. 4.4 Das Juntas Eleitorais. 5 Do Ministério Público Eleitoral. 5.1 Organização do Ministério Público Eleitoral. 6 Sistema remuneratório dos membros da Justiça e do Ministério Público Eleitoral. 7 Conclusão.

1 Introdução. Breves considerações acerca do direito comparado. *International electoral standards* e *electoral management body*

1.1 *International electoral standards* e *electoral management bodies*

Com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, por força do seu art. XXI¹, foram desenvolvidas, sedimentadas

1 Artigo XXI

1. Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.

2. Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.

e codificadas algumas práticas em vários documentos internacionais, especialmente no âmbito europeu², com o objetivo de concretizar o direito de todos a eleições livres e corretas (*free and fair elections*). Essas regras, os *international electoral standards*, têm como destinatárias naturais as democracias emergentes, o que não significa que os países ditos avançados na seara eleitoral não devam apreender dessas fontes suas regras organizativas básicas³.

Um dos pontos essenciais de todo e qualquer instrumento internacional que se refira aos mencionados *standards* diz respeito à necessidade do estabelecimento de padrões de confiabilidade, imparcialidade política, correção e eficácia administrativa da *authority* da administração e condução do processo eleitoral e dos procedimentos correlatos de fiscalização, votação, apuração e proclamação dos resultados. Essas estruturas organizacionais e administrativas básicas, às quais se incumbem as importantes tarefas que englobam toda a condução do processo eleitoral – e em última análise atuam como *garantes* do devido processo legal eleitoral –, são conhecidas como *electoral management bodies*.

Segundo Luca Stroppiana⁴

Per *electoral management body* (Emb) si intende l'organismo al quale è affidato, appunto, il compito di gestire il procedimento elettorale, più precisamente, di gestire 'alcuni o tutti gli elementi fondamentali per lo svolgimento delle elezioni', i quali sono così identificati: a) disciplina dell'elettorato attivo; b) modalità di presentazione delle candidature; c) operazioni di voto; d) operazioni di scrutinio; e) determinazione e proclamazione dei risultati. Si definisce una Emb, dunque, l'organismo avente la responsabilità delle

3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

2 A exemplo da *International Institute for Democracy and Electoral Assistance* (IDEA), acessível na Internet no sítio <http://www.idea.int/> – e do *Organization for Security and Co-operation in Europe/Office for Democratic Institutions and Human Rights* (OSCE/ODIHR), acessível na internet no sítio <http://www.osce.org/odihhr>.

3 Cf. STROPPIANA, Luca. *Una Authority per il fenomeno elettorale?* In: D'ALIMONTE, Roberto; FUSARO, Carlo (org.). *La legislazione elettorale italiana*. Bologna: Mulino, 2008, p. 364.

4 *Ibidem*, p. 364.

fasi *essenziali* del procedimento elettorale, nonché, eventualmente, ‘altri compiti che *accompagnano* lo svolgimento delle elezioni’; se le competenze sono limitate ad aspetti della legislazione elettorale di contorno, quell’organismo non è considerato una Emb. [grifo nosso].

Os modelos das *Embs*, obviamente, variam muito de Estado para Estado sem que se possa, senão arbitrariamente, individualizar padrões culturais e/ou legais dominantes. Recorrendo mais uma vez à lição de Luca Stroppiana⁵, sobre os padrões europeus:

Si possono distinguere immediatamente due forme di amministrazione elettorale. Secondo la forma prevalente nelle democrazie consolidate, le procedure elettorali sono amministrare da ‘funzionari di governo nazionali e locali, la cui neutralità e imparzialità è generalmente accettata dall’elettorato’; le democrazie emergenti, d’altro lato, registrano una crescente tendenza ad istituire organismi indipendenti di *electoral management*, al fine di costruire una tradizione di imparzialità’ (International IDEA 2002, 37-44). Si parla rispettivamente, di a) *governmental model* (l’esecutivo, tramite un ministero, in genere quello dell’interno, e/o organi di governo locale gestiscono le elezioni) e b) *independent model* (un’autorità indipendente istituita ad hoc, fuori da un apparato ministeriale e collocato appunto in posizione di strutturale indipendenza, gestisce le elezioni). Si parla infine di c) *mixed model*, contraddistinto da una componente ‘ministeriale’ e da una componente ‘indipendente’ diversamente competenti (la prima organizza le elezioni com il concorso, a vario titolo, della seconda)⁶. (grifo nosso).

Por sua vez, a experiência dos países anglo-saxônicos é caracterizada pelo estabelecimento de *comissões eleitorais independentes* – verdadeiras agências estatais – às quais se atribuem todas as funções de organização e administração das eleições. Suas características essenciais são: a

5 STROPPIANA, op. cit., p. 366.

6 Ainda segundo STROPPIANA (Idem), inserem-se no chamado *governmental model*: Áustria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Finlândia, Alemanha, Grécia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Reino Unido, República Tcheca, Suécia. São representantes do *independent model*: Bulgária, Estônia, Letônia, Lituânia, Malta, Polónia, Romênia, Eslovênia (quase todos países do leste europeu). Por sua vez, o *mixed model* tem como representantes: França, Espanha, Países Baixos, Portugal, Eslováquia e Hungria.

independência dos governos (*independence*) e o caráter apartidário (*non-partisanship*)^{7, 8}.

Apesar do agrupamento esboçado, repita-se, as *Embs* variam muito de país a país, especialmente quanto aos limites de atuação de cada uma das estruturas e seu papel na seara regulamentar e de controle de legalidade e legitimidade das eleições. Ou seja: há profunda variação na *caracterização* funcional das *Embs* e um maior ou menor grau de *acumulação* e *superposição* das funções predominantemente administrativas com outras de caráter normativo e de controle.

1.2 O papel tradicionalmente reservado ao Judiciário

Quanto à participação do *Judiciário* de cada país nas funções de organização e normatização das eleições, essa é normalmente inexistente e, quando muito, pontual em fases específicas do processo eleitoral, especialmente nas de admissão das candidaturas e da determinação dos eleitos, como no caso do sistema italiano. Exceção a esse padrão, reconhecida pela sua própria doutrina, é o sistema espanhol, que dedica proeminente papel ao Judiciário, especialmente à *Junta Electoral Central*.

Sobre a *judicialização* do processo eleitoral espanhol, Enrique Arnaldo Alcubilla⁹ assevera que:

Con la judicialización de la composición de la Administración Electoral – que se extiende también a las Juntas Electorales de Comunidades Autónomas creadas por las respectivas leyes electorales rectoras de

7 Destacamos os países anglo-saxônicos, porque, apesar de formalmente inseridos no *independent model*, não se pode remontar as origens da adoção deste modelo a uma suposta falta de consolidação democrática.

8 O padrão anglo-saxônico a que fazemos referência comporta inúmeras diferenciações entre os sistemas efetivamente existentes. O Reino Unido e a Nova Zelândia possuem sua *electoral comission*, porém esta tem papel essencialmente regulatório, sem funções de caráter administrativo relevantes. A *Federal Electoral Comission (FEC)* americana tem atribuições muito particulares, inclusive de caráter exclusivo quanto ao controle especialmente da arrecadação e dos gastos de campanha, situando os Estados Unidos da América em uma classificação à parte (STROPPIANA, op. cit., p. 374-375). Por sua vez, o Canadá não tem propriamente uma comissão, mas um CEO (Chief Electoral Officer).

9 ALCUBILLA, 2010, p. 366-367.

los procesos electorales autonómicos – se persigue asegurar la máxima objetividad, solidez y fiabilidad del aparato electoral que redunde en la pureza y la imagen misma del proceso. Aunque hubieran cabido otras fórmulas alternativas para dar respuesta al problema de la organización y administración de las elecciones, la judicialización de la Administración Electoral – que cuenta con el respaldo constitucional del artículo 117 que excepciona el principio de exclusividad en el ejercicio de la función jurisdiccional por los jueces y magistrados en relación con las competencias que ‘expresamente les sean atribuídas por la Ley en garantía de cualquier derecho’ es la solución idónea para asegurar la que W. J. M. Mackenzie definió como confianza en el sistema (‘No hay sistema por noble que sea que inspire confianza si lo aplican hombres que se hallan a las órdenes directas del gobierno, y con autoridad para decidir en todas las cuestiones de hecho y de derecho que susciten’)[...] Sin prejuicio de la legitimidad de origen, la legitimidad de ejercicio del modelo español, innovador en cuanto carente de precedentes en nuestro entorno político-cultural, ha consolidado nuestra Administración Electoral hasta el punto de que puede calificarse, apropiándonos de la expresión de SOLOZÁBAL Echevarría, de institucional en cuanto resulta habilitada en nombre del pueblo para cumplir su misión institucional que la encomienda el artículo 8.1 y que no es sino velar por la adherencia que pueda condicionar la expresión de la decisión libre y democrática del pueblo.

O *locus* ocupado pelo Judiciário, na maioria dos sistemas eleitorais, é o de *controle* das eleições, reservando-se sua intervenção à solução dos conflitos oriundos das disputas nas urnas. Mesmo na Espanha, onde o Judiciário participa ativamente da organização das eleições, há previsão de remédios de carácter jurisdiccional com o fito de questionar a atuação e as decisões das autoridades incumbidas da administração das eleições¹⁰.

10 Na legislação eleitoral espanhola há previsão expressa de atuação jurisdiccional no controle das eleições nas hipóteses de cabimento do *recurso de amparo electoral*. Segundo Juan José González Rivas: “El recurso de amparo electoral presenta dos modalidades en nuestro sistema jurídico: uno, el supuesto recurso de amparo contra proclamación de candidaturas, prevenido en el artículo 49 de la Ley Orgánica Electoral General (LOREG) y dos, recurso de amparo contra proclamación de electos, dentro de lo que constituye el proceso contencioso-electoral. Se trata, en ambos casos, de un recurso específico vinculado a la sumariedad en su tramitación y a la brevedad de los plazos [...]”. (RIVAS, Juan José González. Análisis de los recursos de amparo electorales a la vista de la jurisprudencia constitucional. In: MATEO, Fabio Pascua

2 O modelo brasileiro. A Justiça Eleitoral brasileira como *electoral management body*. Superposição de funções: administração, regulação e controle das eleições

2.1 A Justiça Eleitoral como nosso *electoral management body*

Transportando para a realidade brasileira a definição de *Emb* traçada no capítulo anterior, resta óbvio que é a Justiça Eleitoral a estrutura incumbida de exercer as competências de ordem administrativa apontadas como essenciais para a caracterização de uma *authority* em matéria de eleições. Essa constatação, entretanto, parte mais da prática do que de um comando constitucional específico que incumba desse papel o Judiciário e, particularmente, sua estrutura especializada em matéria eleitoral.

Nossa Constituição, apesar de seu texto prolixo, foi avara na definição de algumas questões básicas quanto ao desenho do Estado, sugerindo ou subentendendo, ao invés de diretamente regular, pontos essenciais à definição das macroestruturas do Estado.

No capítulo reservado ao Poder Judiciário, *v.g.*, não se avista qualquer definição acerca de quais as suas *funções* básicas. Há o comando do art. 2^o – relativo à independência e harmonia – e, nos arts. 92 a 126, estabelece-se a organização dos diversos ramos do Judiciário, conferem-se atribuições administrativas e normativas – de caráter excepcional – e, essencialmente, estabelecem-se as competências de caráter jurisdicional, que, subentende-se, formam o *corpus* essencial do Poder Judiciário. Com base no texto, apesar de não estar dito *diretamente* que ao Poder Judiciário compete o exercício da *jurisdição*, tampouco estar conceituado o que se entende por *função jurisdicional*, não se discute que esta é a função precípua reservada à magistratura, devendo seus membros exercer seu mister em caráter *exclusivo*, ressalvada a exceção prevista no art. 95, parágrafo único, I, da Constituição Federal.

Na quadra constitucional reservada à Justiça Eleitoral, por sua vez – arts. 118 a 121 –, estabelecem-se a sua estrutura, o modo de investidura e as garantias de seus membros, além de algumas das competências jurisdicionais reservadas ao Tribunal Superior Eleitoral, reservando-

(Org.). *Estado Democrático y Elecciones Libres: cuestiones fundamentales de Derecho Electoral*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2010, p. 663).

se as demais à lei complementar prevista no *caput* do art. 121. Não há, entretanto, sequer uma menção, ainda que indireta, ao exercício de *outras funções* de caráter não jurisdicional que nos permita atribuir a essa específica estrutura do Judiciário as funções típicas – marcadamente administrativas – das *Embs* do Direito Comparado. A única menção *direta* às funções não jurisdicionais da Justiça Eleitoral avistável no corpo da Constituição está no art. 17, ao tratar do registro de partidos políticos¹¹ e da obrigação de prestação de contas das agremiações¹².

Uma busca mais aprofundada no texto constitucional, entretanto, demonstrará que as atribuições não jurisdicionais da Justiça Eleitoral são *pressupostas* pela Constituição, com base na herança do direito pré-constitucional. Assim, é no *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias* que se encontram as regras que *indiretamente* atribuem à Justiça Eleitoral as funções não jurisdicionais que conhecemos¹³.

Em resumo, não temos um dispositivo constitucional que *cometa* diretamente à Justiça Eleitoral as atribuições de administração e regulamentação das eleições. Também não há, entre nós, dispositivo semelhante ao da Constituição espanhola¹⁴ que excepcione a *exclusividade* da atuação em caráter jurisdicional dos juízes em favor da atuação de caráter administrativo na seara eleitoral. Mas, ainda assim, não se discute que as atribuições típicas de organização e regulamentação das eleições pertençam à Justiça Eleitoral¹⁵.

2.2 A superposição de atribuições da Justiça Eleitoral

2.2.1 Considerações gerais. Pluralidade de atribuições

A doutrina atribui a *judicialização* do processo eleitoral brasileiro a dois fatores essenciais.

11 Art. 17, § 2º.

12 Art. 17, III.

13 Estes são os dispositivos: art. 2º, § 2º; art. 5º, §§ 1º, 2º e 4º; art. 6º, *caput*, §§ 1º e 2º; e art. 13, § 3º.

14 Trata-se do art. 117 da Constituição Espanhola, mais precisamente o item 4, parte final. O dispositivo deve ser conjugado com os arts. 8º a 11 da *Ley Orgánica 5/1985* – conhecida como LOREG, *Ley Orgánica de Régimen Electoral General*.

15 Segundo os modelos antes mencionados como os existentes no direito comparado, podemos dizer que o Brasil se insere entre as nações que adotam o *independent model*.

De um lado, a *terciariedade* do Judiciário em relação aos poderes autenticamente *políticos* – Executivo e Legislativo – e diretamente interessados na disputa política recomendava a concentração de funções em suas estruturas. O primeiro ponto, portanto, tem a ver com a *confiabilidade* do sistema.

Por outro prisma, a *capilaridade* do Judiciário favorecia a *penetração* da administração das eleições nos mais diversos rincões do país, desprovidos, muitas vezes, de sistema de comunicação eficiente¹⁶.

A combinação de ambos os fatores levou à consolidação em nosso sistema das atribuições da Justiça Eleitoral como conhecemos hoje, atribuições estas que envolvem aquelas tipicamente administrativas, regulamentares, e de controle, em caráter administrativo e jurisdicional.

A esta altura já podemos afirmar que a característica mais marcante – e distintiva em relação ao que se avista em direito comparado – da nossa *authority* em matéria eleitoral é a *superposição – concentração – de atribuições* de caráter administrativo e jurisdicional em uma só estrutura.

2.2.2 Função administrativa, regulamentar e consultiva.

Função jurisdicional. Poder de polícia

Com efeito, à Justiça Eleitoral incumbem todas as tarefas de *administração* das eleições, que vão desde a criação e manutenção do cadastro de eleitores, passando pelas tarefas de registro e documentação de atos partidários, prática de atos materiais relativos à realização das eleições em si, fiscalização das eleições, exercício do poder de polícia, apuração, proclamação dos eleitos, entre outras.

Decorrente de suas competências de caráter administrativo, detém a Justiça Eleitoral a prerrogativa de *regulamentar a legislação eleitoral*, o objetivo precípuo de possibilitar a uniforme aplicação da lei eleitoral em todo o território nacional e, na mesma esteira, de resolver impugnações a decisões de caráter administrativo e responder a *consultas*, formuladas em

¹⁶ Como se verá adiante, o sistema eleitoral brasileiro no século XIX utilizava-se de instalações e da estrutura da igreja para possibilitar a reunião dos eleitores e a materialização da escolha do colégio eleitoral. Isso se deve, como é intuitivo, à capilaridade que já àquela época apresentava a igreja, chegando a povoados e municípios praticamente desprovidos de qualquer estrutura oficial e legal.

tese, que digam respeito à interpretação e aplicação da legislação eleitoral e de seus regulamentos e, ainda, exercer o poder de polícia.

As atribuições de caráter normativo estão cometidas diretamente à Justiça Eleitoral pelos arts. 23, IX, do Código Eleitoral; 105 da Lei n. 9.504/1997; e 61 da Lei n. 9.096/1995. O Tribunal Superior Eleitoral, portanto, está incumbido da expedição dos atos regulamentares relativos a todas as fases do processo eleitoral. Os regulamentos a que se faz referência são as *Resoluções*, que, pode-se dizer, se dividem em dois tipos: a) Resoluções de caráter permanente – que não veiculam matérias diretamente relacionadas às disputas eleitorais; e b) Resoluções de caráter transitório – destinadas a veicular as regras das disputas eleitorais. Exemplo das primeiras é a importantíssima Resolução n. 21.538/2003 – que dispõe sobre os procedimentos em matéria de *alistamento eleitoral*. No que concerne às Resoluções de caráter transitório, são estas expedidas para cada pleito, até o dia 5 de março do ano da eleição¹⁷.

Por sua vez, a função *consultiva* também é desdobramento da função administrativa. Têm legitimidade para formular Consulta perante as Cortes Eleitorais^{18, 19}, conforme o caso, autoridades com jurisdição federal e estadual e órgãos de direção partidária de abrangência nacional ou estadual. A Consulta deve veicular questões em tese^{20, 21} de caráter

17 A função *normativa* da Justiça Eleitoral é, de longe, nos dias atuais, a mais polêmica. O Tribunal Superior Eleitoral é frequentemente acusado de invasão da órbita do Legislativo e extravasamento de suas atribuições em prejuízo à liberdade dos partidos e do direito de sufrágio, especialmente em sua dimensão passiva. Parece ter sido essa a motivação que está na base da estranha redação do art. 105 da Lei n. 9.504/1997, conferida pela Lei n. 12.034/2009: “Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos”. Há, ainda, a restrição de caráter temporal prevista § 3º do mesmo artigo: “§ 3º Serão aplicáveis ao pleito eleitoral imediatamente seguinte apenas as resoluções publicadas até a data referida no *caput*”.

18 Os juízes eleitorais não possuem competência em matéria de consulta.

19 Competência do Tribunal Superior Eleitoral: Código Eleitoral, art. 23, XII. Competência dos Tribunais Regionais Eleitorais: Código Eleitoral, art. 30, VIII.

20 Petição n. 2853, Resolução n. 22931 de 10 set. 2008, Relator(a) Min. FELIX FISCHER, Publicação: *DJE*, 12 nov. 2008, Página 3.

21 Consulta em tese não significa consulta em termos vagos. Nesse sentido: CONSULTA n. 1154, Resolução n. 22095 de 4 out. 2005, Relator(a) Min. FRANCISCO CESAR

eleitoral²², não se admitindo a Consulta formulada se já iniciado o período eleitoral²³. A resposta às consultas não tem caráter normativo ou jurisdicional^{24, 25, 26}. Apesar disso, reveste-se de inegável importância por apontar o balizamento seguido pela Justiça Eleitoral em relação às matérias de sua competência.

Por fim, salvo hipóteses pontuais de aplicação da lei eleitoral por outras estruturas jurisdicionais, à Justiça Eleitoral compete o julgamento – *em caráter jurisdicional*, com o perdão da redundância – das controvérsias em matéria eleitoral em geral.

2.2.3 A concentração de atribuições

Tão ampla concentração de atribuições em uma só estrutura terá impactos sistemáticos positivos e negativos.

Como ponto positivo, parece-nos adequado, segundo o prisma da *confiabilidade* do sistema, que se atribua ao Judiciário a administração das eleições. E, à vista do que dispõe o art. 5º, XXXV, da CF/88, a concentração das tarefas de caráter administrativo e jurisdicional impede – ou dificulta – a *duplicação* das vias de impugnação e controle,

ASFOR ROCHA, Publicação: *DJ* Volume 1, Data 24 out. 2005, Página 89 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 16, Tomo 4, Página 429.

22 Não compete às Cortes eleitorais responder a questões de caráter constitucional, partidário, administrativo, etc. Nesse sentido: CONSULTA n. 1535, Resolução n. 22794 de 13 maio 2008, Relator(a) Min. ARI PARGENDLER, Publicação: *DJ* 5 jun. 2008, Página 31.

23 Consulta n. 193790, Acórdão de 26 ago. 2010, Relator(a) Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, Publicação: *DJE* 17 set. 2010, Página 35.

24 AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA n. 3710, Acórdão de 20 maio 2008, Relator(a) Min. CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS, Publicação: *DJ* 16 jun. 2008, Página 27.

25 Nem podem ser objeto de ADIN ou ADC. Nesse sentido: Decisão por maioria na ADI 2626, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 18 abr. 2004, *DJ* 5 mar. 2004 PP-00013 EMENT VOL-02142-03 PP-00354.

26 Também não podem servir de parâmetro de confronto para o fim de cabimento do recurso especial eleitoral. Nesse sentido: RECURSO ESPECIAL ELEITORAL n. 26171, Acórdão de 9 nov. 2006, Relator(a) Min. JOSÉ AUGUSTO DELGADO, Publicação: *DJ* 1º dez. 2006, Página 201.

produzindo maior estabilidade e agilidade às decisões. Não fosse a concentração de tarefas, supondo-se que existisse uma estrutura de caráter somente administrativo para o controle das eleições, as decisões dessa instância seriam, muito provavelmente, submetidas ao crivo do Judiciário, alargando perniciosamente a duração do processo eleitoral²⁷.

Por outro lado, as tarefas de fiscalização das eleições e controle administrativo são desempenhadas por meio do exercício do *poder de polícia*²⁸ a cargo da autoridade *administrativa*²⁹ das eleições. Como se sabe, o exercício do poder de polícia tem marcado aspecto *pró-ativo*,

27 Há casos, entretanto, em que a Justiça Eleitoral decide de forma aparentemente contraditória quando no exercício das suas funções administrativa/normativa e jurisdicional. Caso emblemático é aquele relativo à questão da legalidade das provas obtidas pelo Ministério Público Eleitoral relativamente aos dados fiscais dos doadores de campanha na aferição do limite de doações. O Tribunal Superior Eleitoral, por meio da Portaria Conjunta SRF/TSE 74/2006, trata da cooperação entre ambas as instâncias – eleitoral e fiscal – e do recebimento dos dados necessários para a tomada de providências quanto à extrapolação dos limites de doação. Entretanto, mesmo considerando o recebimento dos referidos dados com base em regulamentação da matéria administrativa, o Tribunal Superior Eleitoral exige que, para a correta formulação da representação, os dados tenham sido obtidos por decisão judicial em caráter jurisdicional. Nesse sentido, decisão monocrática do Min. Marcelo Ribeiro no Recurso Especial Eleitoral n. 787581617. (Decisão Monocrática de 1^o fev. 2011, Relator(a) Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, Publicação: DJE, 23 fev. 2011, Página 2-4).

28 “A atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos designa-se ‘poder de polícia’. A expressão, tomada neste sentido amplo, abrange tanto atos do Legislativo quanto do Executivo. Refere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos. Por isso, nos Estados Unidos, a voz *police power* reporta-se sobretudo às normas legislativas através das quais o Estado regula os direitos privados, constitucionalmente atribuídos aos cidadãos, em proveito dos interesses coletivos, como bem anota Caio Tácito. A *Expressão ‘poder de polícia’ pode ser tomada em sentido mais restrito, relacionando-se unicamente com as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais. Esta acepção mais limitada responde à noção de polícia administrativa.*” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 822).

29 RECURSO ESPECIAL ELEITORAL n. 15864, Acórdão n. 15864 de 10 jun. 1999, Relator(a) Min. EDSON CARVALHO VIDIGAL, Publicação: DJ 6 ago. 1999, Página 96.

não se admitindo que a autoridade a quem incumbe seu desempenho se mantenha inerte quando visível a violação ao padrão de conduta reclamado pela norma de regência.

Por sua vez, o Judiciário, no desempenho de sua função precípua – a jurisdição –, tem na inércia um de seus pilares básicos. O *ne procedat iudex ex officio* é a regra que impede a abusividade da atuação jurisdicional, limitando seu raio de abrangência às causas a ele submetidas pela vontade de terceiros.

O problema reside, precisamente, na incumbência de um rol de competências a uma estrutura de poder atavicamente inerte que, para seu desempenho, reclama postura exatamente oposta. E, pior, ao mesmo tempo em que o Judiciário eleitoral deve desempenhar adequadamente as atribuições decorrentes do exercício do poder de polícia, detém, também, competências de conteúdo jurisdicional.

Resultado desse dilema é que, na prática, o poder de polícia em matéria eleitoral é exercido de forma singular. Observam-se imensas dificuldades de determinação dos limites de atuação *de officio* dos magistrados, o que gera uma contenção das medidas de cunho administrativo tomadas, especialmente em relação à fiscalização das infrações eleitorais^{30, 31}. Não à toa, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Súmula 18: “*conquanto investido de poder de polícia, não tem legitimidade o Juiz Eleitoral para, de officio, instaurar procedimento com a finalidade de impor multa pela veiculação de propaganda eleitoral em desacordo com a Lei 9.504/97*”.

Ainda assim, o modelo brasileiro apresenta vantagens que superam em muito suas desvantagens, mostrando-se, no fim das contas, adequado ao padrão normativo e cultural do País.

30 O poder de polícia é exercido, em matéria eleitoral, com exclusividade pelos Juízes Eleitorais, não sendo possível a restrição da propaganda eleitoral por atuação direta dos órgãos de fiscalização municipal, nos termos do art. 41 da Lei n. 9.504/1997.

31 O Tribunal Superior Eleitoral reconhece a possibilidade de o magistrado eleitoral agir de *officio* no exercício do seu poder de polícia. Nesse sentido: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA n. 242, Acórdão n. 242 de 17 out. 2002, Relator(a) Min. FERNANDO NEVES DA SILVA, Publicação: DJ Volume 1, 13 dez. 2002, Página 210 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 14, Tomo 1, Página 52).

3 Breve histórico da Justiça Eleitoral

Segundo Henrique Neves³²,

A Constituição de 1824 dedicou capítulo exclusivo para regular as eleições. No início deste, o artigo 90 previa:

As nomeações dos Deputados e Senadores para a Assembléa Geral, e dos Membros dos Conselhos Geraes das Províncias, serão feitas por Eleições indirectas, elegendo a massa dos Cidadãos activos em Assembléas Parochiaes os eleitores de Província, e estes os Representantes da Nação, e Província.

Entretanto, nem todos podiam votar, o artigo 92 da Constituição de 1824 excluía o voto: (i) dos menores de 25 anos, com exceção dos casados, oficiais militares, bacharéis formados e clérigos das ordens sacras que podiam votar a partir dos 21 anos; (ii) dos filhos de família que estivessem na companhia de seus pais, salvo se servirem officios públicos; (iii) dos criados, com exceção dos guarda-livros, criados da casa real de galão branco, e os administradores de fazendas rurais e fábricas; (iv) dos religiosos e quaisquer que vivam em comunidade claustral; (v) dos que não tiverem renda líquida anual de cem mil réis, por bens de raiz, indústria, comércio e emprego.

Apenas vinte e quatro anos depois, em 19 de agosto de 1846, foi editada a primeira lei eleitoral brasileira – Lei n. 387. Segundo aquele diploma normativo: a) ficaram criadas *as juntas de qualificação nos municípios*, sob a direção do *Juiz de Paz*; b) as juntas de qualificação tinham como principal incumbência a de formar a lista dos votantes, determinando o eleitorado ativo. Curiosamente, a forma escolhida pela lei para a feitura da lista era a reunião dos cidadãos *no Consistório, na Igreja Matriz, ou em outro edifício designado*. Por fim, segundo Henrique Neves³³,

aqueles que fossem qualificados passavam à condição de votantes. No dia designado, perante a mesa paroquial, os votantes escolhiam os eleitores.

32 SILVA, Henrique Neves. A Justiça Eleitoral: breve apanhado histórico, estrutura atual, natureza e noções da competência. In: *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*, ano 2, n. 2. Belo Horizonte: Forum, jan/jun 2010. Acessado na versão eletrônica em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/pdiretdirect.aspx>>.

33 Idem.

Esses se reuniam em colégios eleitorais, sob a presidência interina do Presidente da Assembleia Paroquial, para eleger os deputados e senadores.

Em 1855, o país foi dividido em distritos³⁴ e, em 1875, foi editada a *Lei do Terço*³⁵, que, entre outros aspectos relevantes, conferiu aos juízes funções atinentes à fiscalização das eleições, em que pese a manutenção das eleições indiretas.

As eleições diretas somente foram introduzidas no país em 9 de janeiro de 1881, pela Lei Saraiva³⁶, que estabeleceu as bases do alistamento eleitoral como o conhecemos hoje, criando o título de eleitor e incumbindo aos juízes a tarefa do alistamento eleitoral, feito em livro fornecido pelas Câmaras Municipais.

As eleições diretas foram mantidas pela Constituição de 1891. O art. 47 previa que o Presidente e o Vice-Presidente da República seriam eleitos por sufrágio direto da nação e maioria absoluta de votos. Estabelecia, ainda, regras de inelegibilidade³⁷. O § 3º do mesmo artigo, por sua vez, relegou à lei ordinária a tarefa de regulamentar o processo eleitoral.

Ainda sob a égide da Constituição de 1891, foi elaborado o anteprojeto do nosso primeiro Código Eleitoral (Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932). Em seu art. 5º, aquele diploma dispunha: “*é instituída a Justiça Eleitoral, com funções contenciosas e administrativas*”.

34 Decreto n. 842, de 19 de setembro de 1855 – Lei dos Círculos.

35 Decreto n. 2.675, de 20 de outubro de 1875.

36 “Diante das fraudes e da pressão popular, o Conselheiro Saraiva - a quem o Imperador D. Pedro II conferiu amplos poderes - encomendou a Rui Barbosa projeto de lei prevendo as primeiras eleições diretas do Brasil. Rui Barbosa, citado por Costa Porto, dizia que o que se esperava pelo projeto de lei era excluir das eleições gerais ‘o capanga, o cacetista, o biju, o xenxém, o bem-te-vi, o morte certa, o cá-te-espero, o mendigo, o fósforo, o analfabeto, o escravo, todos esses produtos da larga miséria social, para abrir margem ao patriotismo, à ilustração, à independência, à fortuna, à experiência”.

(SILVA, Henrique Neves. A Justiça Eleitoral: breve apanhado histórico, estrutura atual, natureza e noções da competência. In: *Revista Brasileira de Direito Eleitoral* – RBDE, ano 2, n. 2. Belo Horizonte: Forum, jan/jun 2010. Acessado na versão eletrônica em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/pdireirect.aspx>>.)

37 Eram considerados inelegíveis para os cargos de Presidente e Vice-Presidente os parentes consanguíneos e afins, nos 1º e 2º graus, do Presidente ou Vice-Presidente, que se achassem em exercício no momento da eleição ou que o tivessem deixado até seis meses antes.

Em linhas gerais, a estrutura arquitetada para a Justiça Eleitoral brasileira pelo primeiro código permanece até os dias atuais. Ali se lê que deveriam ser criados o Tribunal Superior Eleitoral³⁸ e, nos estados, os Tribunais Regionais Eleitorais. Por sua vez, em primeiro grau, as funções eleitorais seriam exercidas pelos Juízes Eleitorais.

Dois anos mais tarde, a Justiça Eleitoral ganhou assento constitucional e o monopólio de todos os atos inerentes às eleições, desde a determinação do colégio eleitoral até a diplomação dos eleitos.

Teve vida curta a previsão da Constituição de 1934. Já em 1937, a Polaca, Constituição outorgada por Getúlio Vargas, extinguiu a Justiça Eleitoral, aboliu os partidos políticos, suspendeu as eleições e determinou que as presidenciais se dessem de forma indireta.

A Justiça Eleitoral reapareceu em 1945, pela chamada *Lei Agamenon* – Decreto-Lei n. 7.586/1945³⁹ –, com a mesma estrutura antes prevista. O Tribunal Superior Eleitoral passaria a ser composto por apenas cinco membros – dois ministros oriundos do STF –, um deles seu Presidente, que acumulava a presidência da Corte Eleitoral, o Presidente do Tribunal de Apelação do Distrito Federal e mais um de seus Desembargadores e, ainda, um jurista.

No ano seguinte, a nova Constituição restabeleceu a previsão da Justiça Eleitoral. O Tribunal Superior Eleitoral passou a ser composto (art. 110)

38 Segundo Henrique Neves, citando Pontes de Miranda: “O sistema adotado no Código de 1932 teve por inspiração a Constituição Tcheco-eslovaca de 1918 (art. 18) e a lei eleitoral daquele Estado, de 1920, ambas influenciadas por Kelsen. Criou-se, assim, um tribunal específico a quem, além da realização eleitoral, cabia dirimir, objetiva e imparcialmente, os litígios eleitorais, reprimindo as deturpações e propiciando a pureza do voto. Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina que ‘veio a Justiça Eleitoral realizar em bases imparciais e honestas, seja o alistamento dos eleitores, seja a apuração das eleições e a diplomação dos eleitos. Não se pode dizer que sua simples criação ‘fez vestal da Messalina’, mas indiscutivelmente deu seriedade aos pleitos. Não acabou com a fraude, mas a reprimiu, reduzindo-a bastante”. (Idem).

39 A Lei Agamenon apresentou, entre outras novidades, o monopólio das candidaturas pelos partidos políticos: “Somente podem concorrer às eleições candidatos registrados por partidos ou alianças de partidos” (art. 39). Vale registrar que até então a legislação previa a possibilidade de candidatos serem lançados por partidos políticos. Assim o é até hoje, como dispõe o inciso V do § 3º do atual art. 14 da Constituição da República. (Idem).

mediante a eleição em escrutínio secreto: de dois juízes escolhidos pelo Supremo Tribunal Federal, dentre os seus Ministros; de dois juízes escolhidos pelo Tribunal Federal de Recursos, dentre os seus juízes; de um juiz escolhido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, dentre os seus Desembargadores; (II) por nomeação do Presidente da República, de dois dentre seis cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, que não sejam incompatíveis por lei, indicados pelo Supremo Tribunal Federal.

Em 1950 foi editado um novo Código Eleitoral – Lei n. 1.164, de 24 de julho de 1950 –, sucedido pelo atual Código Eleitoral – Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. A Constituição de 1967 reproduziu os termos daquela de 1946 no que diz respeito à composição e ao funcionamento da Justiça Eleitoral.

Por seu turno, a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, alterou a composição do Tribunal Superior Eleitoral: a) elevou o número de Ministros do STF para três e suprimiu a participação do membro oriundo do Tribunal de Justiça do Distrito Federal; b) passou a prever a participação de dois *advogados* e não mais de cidadãos de notório saber jurídico e reputação ilibada.

Por fim,

No âmbito do Código Eleitoral, sem alterar o número de membros do Tribunal, os critérios de escolha dos membros do Tribunal Superior Eleitoral foram alterados pela Lei n. 4.961, de 1966 (a nomeação dos juristas deveria ser realizada pelo Presidente da República em 30 dias contados do recebimento da lista encaminhada pelo Supremo Tribunal, da qual não poderiam constar nomes de magistrados aposentados ou membro do Ministério Público); pelo Decreto-Lei n. 441, de 1969 (que manteve a restrição aos juízes aposentados e membros do Ministério Público); e, finalmente, pela Lei n. 7.191/84, que, simplificando o texto, não restringiu a escolha dos advogados senão aos critérios de parentesco e exercício de cargo ou função, como anteriormente já existia⁴⁰.

40 Cf. SILVA, Henrique Neves. A Justiça Eleitoral: breve apanhado histórico, estrutura atual, natureza e noções da competência. In: *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*, ano 2, n. 2. Belo Horizonte: Forum, jan/jun 2010. Acessado na versão eletrônica em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/pdireirect.aspx>>.

4 Organização da Justiça Eleitoral

A tarefa de organizar a Justiça Eleitoral e estabelecer suas competências está partilhada entre a Constituição Federal e a lei complementar, à vista do que dispõe o art. 121 da Carta Magna. Em relação à lei complementar prevista, após a CF/88, não houve edição de novo diploma que cumprisse a tarefa assinalada. Assim, a organização e as competências da Justiça Eleitoral permanecem reguladas, predominantemente pelo Código Eleitoral⁴¹, recepcionado pela ordem constitucional, nos pontos em que regulamenta o art. 121 da CF/88, com *status* de lei complementar⁴². Por sua vez, o art. 2º da Lei Complementar n. 64/1990 veicula norma relativa à competência para conhecer das arguições de inelegibilidade.

Estrutura judiciária peculiar em nosso sistema, a Justiça Eleitoral encontra previsão constitucional nos arts. 118 a 121 da CF/88, sendo composta pelo Tribunal Superior Eleitoral, Tribunais Regionais Eleitorais, Juízes Eleitorais e Juntas Eleitorais^{43,44}. Sua manutenção é responsabilidade da União, o que faz desta um dos ramos do Judiciário Federal, ao lado da Justiça Federal Comum, do Trabalho, Militar e do Distrito Federal e Territórios. Suas atribuições jurisdicionais circunscrevem-se, basicamente, à aplicação da lei eleitoral em todo o território nacional.

Contudo, isso não significa que outros órgãos jurisdicionais não tenham competência para *acidentalmente* resolver sobre matéria eleitoral. Assim, competirá ao STJ, *v.g.*, conhecer de conflitos de competência⁴⁵

41 Lei n. 4.737/1965.

42 As alterações legislativas que se operaram no Código Eleitoral pós-CF/88, nos pontos atinentes à organização e competência da Justiça Eleitoral, foram efetivadas por meio da edição de Lei Complementar. Exemplo disso é a Lei Complementar n. 86/1996, que inseriu a alínea j no inciso I do art. 22 do Código Eleitoral, prevendo a possibilidade de propositura da *ação rescisória eleitoral* perante o Tribunal Superior Eleitoral.

43 Apesar da dicção da CF/88, art. 119, e do Código Eleitoral, art. 12, a Lei de Organização da Magistratura Nacional (LOMAN) não incluiu entre os órgãos do Judiciário as juntas eleitorais, prevendo-as, somente, em seu art. 11, § 2º.

44 Sobre a possibilidade de criação de Tribunal Eleitoral na capital de Território Federal, cf. art. 33, § 3º, da CF/88, c/c art. 12, II, parte final do Código Eleitoral.

45 Cf., *v.g.*: CC 117.769/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14 set. 2011, DJE 22 set. 2011.

que envolvam os juízos eleitorais e os Tribunais Regionais Eleitorais com juízos vinculados a outros tribunais, excetuadas as hipóteses de competência do Tribunal Superior Eleitoral – quando em causa conflitos entre juízes eleitorais vinculados a Tribunais Regionais Eleitorais diversos ou entre Tribunais Regionais Eleitorais e juízes eleitorais vinculados a outros Tribunais Regionais Eleitorais ou, ainda, entre Tribunais Regionais Eleitorais – e do STF –, nas hipóteses de conflito entre o Tribunal Superior Eleitoral e qualquer outro juízo ou tribunal não eleitoral.

Por outro lado, o STF, obviamente, está legitimado a decidir sobre a matéria constitucional-eleitoral, seja em grau recursal⁴⁶, seja originariamente em processos de caráter objetivo⁴⁷.

Questão interessante e atual diz respeito à submissão ou não da Justiça Eleitoral ao âmbito de controle do Conselho Nacional de Justiça. Pensamos que, estritamente no âmbito das funções jurisdicionais cometidas à Justiça Eleitoral, evidentemente não se poderá subtrair do Conselho Nacional de Justiça a possibilidade de verificação da conduta funcional dos magistrados e dos procedimentos de caráter administrativo correlatos. Contudo, em relação às funções da Justiça Eleitoral relativas à regulamentação e administração das eleições, não nos parece viável o controle do Conselho Nacional de Justiça⁴⁸.

Apesar de sua previsão como estrutura judicial separada das demais, não dispõe a Justiça Eleitoral de corpo próprio de membros. Os magistrados togados que compõem a Justiça Eleitoral são investidos em tal condição com base em mandamentos constitucionais e legais, permanecendo ligados e em exercício perante os órgãos de origem. São, por assim dizer, “tomados de empréstimo” de outros ramos do Judiciário nacional. E o exercício da jurisdição eleitoral será temporário, aplicando-se o disposto nos arts. 14 do Código Eleitoral e 10 da Lei Complementar n. 35/1979⁴⁹.

46 CF/88, art. 102, II e III.

47 Exemplo recente de atuação do STF nesse sentido é a decisão exarada nas ADCs 29 e 30 e ADIN 4578 (julgamento conjunto), na qual foi analisada a constitucionalidade da Lei Complementar n. 135/2010, que alterou a Lei Complementar n. 64/1990 e ficou conhecida popularmente como *Lei da Ficha Limpa*.

48 Nesse sentido, aliás, já se posicionou o Tribunal Superior Eleitoral, nos autos do PA n. 253374, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. DJe 17 nov. 2010.

49 Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN.

Os membros da Justiça Eleitoral serão designados para o exercício das funções eleitorais, em regra, por um biênio, admitindo-se uma recondução⁵⁰. Os biênios serão contados de forma contínua e ininterrupta, excetuando-se o que dispõe o § 3º do art. 14 do Código Eleitoral.

Dispõe o art. 121, § 1º, da CF/88 que os membros dos tribunais, os Juízes de Direito e os integrantes das Juntas Eleitorais, no exercício de suas funções e no que lhes for aplicável, gozarão de plenas garantias e serão inamovíveis.

A regra, apesar de aparentemente óbvia, tem inegável apelo prático no âmbito da Justiça Eleitoral. Isso se deve ao fato da existência dos *magistrados temporários* em exercício perante a Justiça Eleitoral. São eles: os membros dos Tribunais Eleitorais oriundos da classe dos advogados e os membros das Juntas Eleitorais. Em relação a estes, a regra incide no sentido de afirmar a existência das garantias típicas da magistratura, *apesar de não pertencerem à carreira judicial*, uma vez que as referidas garantias são indispensáveis ao bom exercício da judicatura.

4.1 Do Tribunal Superior Eleitoral

4.1.1 Composição

Dispõe o art. 119 da CF/88 que o Tribunal Superior Eleitoral terá sede em Brasília e jurisdição em todo o território nacional, sendo composto de, *no mínimo*, sete membros. Os Juízes da Corte serão escolhidos: a) pelo voto secreto, três dentre os Ministros do STF e dois dentre os Ministros do STJ; b) pelo Presidente da República, dois advogados com base em lista sêxtupla formulada e encaminhada pelo STF. Como se vê, não há previsão de membros oriundos do Ministério Público na composição do Tribunal Superior Eleitoral, o que se repete no âmbito dos Tribunais Regionais Eleitorais.

O *caput* do art. 119 chama atenção por incorrer em evidente contradição. Estabelece o dispositivo citado que o Tribunal Superior Eleitoral será composto de *no mínimo* sete juízes. Entretanto, logo a seguir, ao detalhar a composição da Corte, acaba por *fixar* o número em sete, uma vez que não prevê regra de preenchimento das demais vagas que porventura venham a ser criadas.

50 CF/88, art. 121, § 2º, e Código Eleitoral, art. 14.

A nomenclatura designativa dos membros da Corte na dicção constitucional é *Juízes*. Contudo, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, art. 34, confere aos membros do Tribunal Superior Eleitoral o título de *Ministro*.

Os membros oriundos do STF, em número de três⁵¹, serão escolhidos pelo plenário^{52, 53}, com quórum mínimo de oito Ministros⁵⁴, e entre esses serão eleitos o Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal Superior Eleitoral. Está superada a dicção do art. 17 do Código Eleitoral em virtude do disposto no art. 119, parágrafo único, da CF/88.

A escolha dos membros do STF que comporão o Tribunal Superior Eleitoral não pode recair sobre seu Presidente e o Vice-Presidente, haja vista o que dispõe o art. 122 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Na mesma oportunidade de escolha dos membros titulares⁵⁵ serão designados os suplentes, sob idêntica forma de escrutínio, sempre pelo Plenário da Corte.

Os membros do STF em exercício perante o Tribunal Superior Eleitoral não ficarão afastados de suas funções ordinárias nem estarão impedidos em caso de julgamentos pelo STF de feitos oriundos do Tribunal Superior Eleitoral, ainda que tenham tomado parte na assentada originária⁵⁶ na Corte Eleitoral. Contudo, pela previsão do art. 77 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, os membros titulares do Tribunal Superior Eleitoral deverão, se possível, restar excluídos da distribuição dos feitos

51 O Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, art. 1º, I, alude a *dois* Ministros do STF, regra evidentemente não mais em vigor, pois de acordo com a pretérita redação do Código Eleitoral de 1950.

52 Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 7º, II.

53 Tradicionalmente, entretanto, o escrutínio é mera formalidade, sendo a designação feita por rodízio entre os membros do Tribunal.

54 Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 143, parágrafo único.

55 Lei Orgânica da Magistratura Nacional, art. 10.

56 Súmula 72 do STF: “No julgamento de questão constitucional, vinculada à decisão do Tribunal Superior Eleitoral, não estão impedidos os ministros do Supremo Tribunal Federal que ali tenham funcionado no mesmo processo, ou no processo originário”; e Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 277, parágrafo único: “Art. 277 - Os Ministros declarar-se-ão impedidos ou suspeitos nos casos previstos em lei. Parágrafo único. Não estão impedidos os Ministros que, no Tribunal Superior Eleitoral, tenham funcionado no mesmo processo ou no processo originário, os quais devem ser excluídos, se possível, da distribuição”.

originários daquela Corte. Ao membro do STF que exerça a presidência do Tribunal Superior Eleitoral não serão distribuídos feitos com pedido de concessão de medida liminar no período compreendido entre os três meses anteriores e um mês posterior ao pleito eleitoral⁵⁷.

Os dois membros oriundos do STJ serão escolhidos em escrutínio secreto entre os membros dessa Corte, pelo Plenário⁵⁸, na forma do art. 289 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Também aqui incide a vedação expressa no art. 122 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Está evidentemente superada a dicção do art. 16, II, do Código Eleitoral, e do art. 1º, II, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral⁵⁹, que destinava vagas no Tribunal Superior Eleitoral a membros do extinto Tribunal Federal de Recursos, “sucedido” pelo STJ conforme o art. 27 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Entre os membros oriundos do STJ recairá, por eleição do pleno do Tribunal Superior Eleitoral, a função de Corregedor-Geral, nos termos do art. 119 da CF/88. Não recepcionado, no ponto, o art. 17 do Código Eleitoral, que atribuía a função de Corregedor a um dos membros da Corte sem especificar a origem.

Finalmente, os membros restantes da composição, como dito, serão escolhidos pelo Presidente da República entre seis advogados⁶⁰ com notável saber jurídico e idoneidade moral, estes escolhidos pelo STF. O tema será tratado com mais vagar no tópico seguinte, quando em causa a composição dos Tribunais Regionais Eleitorais para onde remetemos o leitor.

Os membros substitutos serão escolhidos na mesma oportunidade e pelo mesmo processo que os membros titulares⁶¹; estes tomarão posse perante o Tribunal e aqueles, perante o Presidente⁶².

57 Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 67, § 5º.

58 Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, art. 10, III.

59 Mesma sorte tem a alínea c do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, que alude a uma vaga destinada a um Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

60 O Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral fala de *cidadãos* ao invés de advogados, redação superada pela CF/88.

61 Código Eleitoral, art. 15.

62 Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, art. 2º, § 5º.

Proclama o § 1º do art. 16 do Código Eleitoral, secundado pelo § 4º do art. 2º do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, a impossibilidade de assento no mesmo Tribunal de parentes até o 4º grau, seja o vínculo legítimo ou ilegítimo, excluindo-se o que tiver sido escolhido por último. Duas observações cabem em relação ao dispositivo em questão.

Primeiramente, o Código Civil de 2002, art. 1.592, modificando as antigas regras de parentesco, considera que o vínculo parental colateral compreende a relação até o 4º grau, superando a antiga regra que fazia o parentesco se estender até o 6º grau. Portanto, na prática, referindo-se à linha colateral, o dispositivo hodiernamente deve ser traduzido como a impossibilidade de haver *parentes* compondo o mesmo Tribunal Eleitoral simultaneamente⁶³.

A segunda observação, e aqui entramos em terreno polêmico, diz respeito à aparente contradição entre a vedação aqui inculpada e aquela prevista na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, art. 128, que faz recair o impedimento recíproco entre parentes na composição de uma mesma Corte apenas até o terceiro grau de parentesco.

Defendem alguns que a regra da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, por ter sido veiculada em lei posterior⁶⁴, teria derogado, no ponto, o Código Eleitoral. Pensamos diversamente.

Parece-nos que o Código Eleitoral, *in casu*, deva ser considerado *lex specialis* em relação à Lei Orgânica da Magistratura Nacional, não tendo havido a pretendida revogação. E os motivos parecem óbvios. Conforme dito acima, os Tribunais Eleitorais detêm a peculiaridade de não se reunirem em turmas ou sessões. Tal fato poderia levar à conclusão de que seria caso de aplicação do parágrafo único do art. 128 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional como regra obstativa da aplicação do Código Eleitoral, art. 16, § 1º, ao caso.

Acreditamos, contudo, que o cerne da questão está em saber qual o verdadeiro conteúdo das normas jurídicas em estudo.

63 Excluindo-se, evidentemente, a extravagante hipótese de contar a composição com parentes na linha reta.

64 A Lei Orgânica da Magistratura Nacional é de 1979, enquanto o Código Eleitoral é de 1965.

O art. 128 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional estabelece uma *causa de impedimento recíproco em virtude de parentesco*, obstando somente a *participação* em julgamento e deliberações num mesmo colegiado de parentes até o terceiro grau.

O Código Eleitoral, art. 16, § 1º, ao revés, traz regra de *incompatibilidade* para a *composição* da Corte, proibição de nível mais amplo, justificável pelo próprio funcionamento das Casas Eleitorais e pela forma de provimento dos cargos nesses Tribunais.

Por outro lado, o parágrafo segundo do art. 16 do Código Eleitoral estabelece a *nomeação de que trata o inciso II*

não poderá recair em cidadão que ocupe cargo público de que seja demissível *ad nutum*; que seja diretor, proprietário ou sócio de empresa beneficiada com subvenção, privilégio, isenção ou favor em virtude de contrato com a administração pública; ou que exerça mandato de caráter político, federal, estadual ou municipal.

Apesar de o dispositivo fazer referência à impossibilidade de *nomeação* das pessoas que elenca para compor a Corte, quer-nos parecer que não só a *nomeação* mas o *exercício* da função de magistrado eleitoral temporário é incompatível com as situações ali descritas. Disso resulta que, se a verificação de uma das hipóteses contempladas na regra em comento se der *posteriormente* à nomeação, tal circunstância impossibilitará a continuidade do exercício da judicatura.

Por fim, cumpre assinalar que, nos termos do art. 96, § 3º, da Lei n. 9.504/1997, quando se tratar de eleições *presidenciais*, serão designados, dentre os suplentes do Tribunal, três Ministros *Auxiliares*, que terão competência para o processo e julgamento *monocrático*⁶⁵ das *reclamações* previstas na Lei n. 9.504/1997, cabendo, nos termos do § 4º do citado art. 96, recurso ao pleno do Tribunal⁶⁶.

⁶⁵ Não será admitido, entretanto, o julgamento monocrático no caso de reclamações com base nos arts. 41-A, 30-A e 73 da Lei n. 9.504/1997, exceção feita às hipóteses de inadmissão liminar da Representação. Nesse sentido, cf. Resolução 23.193/2010, que regulamentou as representações nas eleições de 2010, art. 22, alínea *d* e §§ 3º e 5º, e, ainda, arts. 30 e 31. A regra também é válida para as mesmas Representações da alçada dos Tribunais Regionais Eleitorais.

⁶⁶ Na ocasião do julgamento do recurso, o Ministro Auxiliar comporá a Corte e funcionará como relator, substituindo o Ministro Titular de mesma classe.

4.1.2 Generalidades. Colegialidade

Segundo a estrutura estabelecida pela CF/88, o Tribunal Superior Eleitoral é o *órgão de cúpula* de toda a Justiça Eleitoral, desempenhando fundamental papel organizativo do ponto de vista da administração do complexo eleitoral e da unificação da jurisprudência. O Tribunal Superior Eleitoral detém, ainda, competência para apreciar questões *constitucionais*, uma vez que o art. 121, § 4º, inciso I, da CF/88 estabelece que *das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando forem proferidas contra disposição expressa desta Constituição ou de lei*. Assim, o Tribunal Superior Eleitoral desempenha função específica no *controle difuso* de constitucionalidade e, no âmbito do sistema recursal, é Corte de curso obrigatório em matéria eleitoral⁶⁷.

O Tribunal Superior Eleitoral, como de resto todos os Tribunais Eleitorais, não se reúne em *turmas, câmaras ou seções*. O funcionamento do Tribunal se dá em sessão pública e as deliberações por maioria de votos, presentes no mínimo *quatro* membros, nos termos do art. 19 do Código Eleitoral e 6º do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral. Exigirão a composição completa do Tribunal, entretanto, as deliberações referidas no art. 19, parágrafo único, do Código Eleitoral.

O Presidente do Tribunal tomará parte nas discussões e proferirá voto em caso de empate e nos casos previstos no citado parágrafo único do art. 19^{68,69}. Também proferirá voto no caso de composição mínima de quórum prevista no *caput* do artigo.

A regra do art. 19, parágrafo único, contudo, comporta exceções. Já assentou o Tribunal Superior Eleitoral que a possibilidade de julgamento das matérias ali elencadas pelo quórum total não se aplica no caso de impedimento ou suspeição de membro titular, na impossibilidade de convocação de suplente. A regra do art. 19 também não impede a apreciação monocrática de recursos interpostos junto à Corte,

67 Não há previsão de acesso recursal direto das Cortes Regionais ao Supremo Tribunal Federal, ainda que a decisão contenha ofensa a preceito constitucional.

68 Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, art. 9º, c.

69 Sobre as discussões, cf. nota adiante acerca da participação do Procurador Geral Eleitoral nos julgamentos perante o Tribunal Superior Eleitoral.

nos termos do art. 36, §§ 6º e 7º, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral. No âmbito das matérias administrativas, o julgamento monocrático é possível a teor do art. 25, § 5º, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, nos casos em que enumera.

A regra geral, contudo, é do respeito ao princípio da *colegialidade*, cabendo ao Relator a decisão unipessoal de mérito apenas naqueles casos em que se possa extrair posição firmada pelo Pleno da Corte forte no princípio da *delegação*. Ademais, em qualquer hipótese de decisão unipessoal de caráter jurisdicional, esta será passível de controle pelo Plenário da Corte na via do Agravo Regimental.

Ressalte-se, ainda, que detêm atribuições específicas previstas em normas legais e regimentais o *Presidente* e o *Corregedor-Geral*, o que não afasta a premissa que impõe a regra da prevalência da deliberação colegiada. Ao Presidente compete a representação da Corte e a *execução* das decisões do Tribunal.

Ao Tribunal Superior Eleitoral aplica-se a *cláusula de reserva de plenário* no tocante à declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, nos termos do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, art. 30, seguindo o que dispõe o art. 97 da CF/88.

4.2 Dos Tribunais Regionais Eleitorais

4.2.1 Composição

Consoante o art. 120 da CF/88, haverá um Tribunal Regional Eleitoral em cada capital de Estado e no Distrito Federal. Sua composição vem estampada no § 1º do mesmo artigo. Esta é marcadamente balizada pelo Tribunal de Justiça local, que indica *diretamente* quatro membros e participa da indicação de outros dois.

Comporão a Corte Regional: a) dois Desembargadores do Tribunal de Justiça local; b) dois Juízes de Direito escolhidos pelo Tribunal de Justiça; c) um *membro* da Justiça Federal escolhido pelo Tribunal Regional Federal respectivo; d) dois dentre seis advogados com notável saber jurídico e idoneidade moral indicados pelo Tribunal de Justiça.

A indicação dos quatro membros diretamente escolhidos pelo Tribunal de Justiça local se dará mediante voto secreto⁷⁰ e, no caso dos Desembargadores, não poderá recair no Presidente, Vice-Presidente e Corregedor do Tribunal de Justiça, em virtude da vedação contida no art. 122 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Em relação aos Juízes de Direito, vale salientar que o exercício que os legitima a compor a Corte naquela vaga é o da judicatura em primeiro grau. Eventual promoção ao cargo de Desembargador ou mesmo o exercício precário da jurisdição de segundo grau torna o membro/Juiz de Direito inapto a manter-se no exercício pleno de suas funções eleitorais. Se assim não fosse, restaria alterada a composição do Tribunal Regional Eleitoral segundo a origem de seus membros, passando a contar em suas hostes com três Desembargadores e um Juiz de Direito, contrariando o disposto na CF/88. Esse o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral na CTA 12.494, origem Fortaleza/CE, Rel. Ministro Torquato Jardim. Por sua vez, o art. 7º, § 1º, da Resolução n. 72 do Conselho Nacional de Justiça, que trata das regras de convocação do magistrado de primeiro grau para atuação perante o Tribunal, dispõe que:

Art. 7º Quando expressamente autorizados por lei federal ou estadual própria, poderão ser convocados para substituição ou auxílio em segundo grau juízes integrantes da classe ou quadro especial de juízes substitutos de segundo grau quando houver, ou integrantes da entrância final ou única e titulares de juízos ou varas, e que preencham os requisitos constitucionais e legais exigidos para ocupar o respectivo cargo.

Parágrafo 1º Os Tribunais disciplinarão regimentalmente os critérios e requisitos para a indicação ou eleição de juízes de primeiro grau a serem convocados, observado o seguinte:

a) não poderão ser convocados os juízes de primeiro grau que acumulem qualquer outra atribuição jurisdicional ou administrativa como serviço eleitoral, administração do foro, turma recursal, coordenação de juizados especiais ou de infância e juventude.

Em relação ao membro da Justiça Federal que participará da composição do Regional, há que se atentar para a distinção constante da

⁷⁰ Código Eleitoral, art. 25.

letra do dispositivo constitucional. A vaga no Tribunal Regional Eleitoral é *naturalmente* destinada a um membro da Justiça Federal de segundo grau.

Ocorre que, como é sabido, as sedes dos Tribunais Regionais Federais só existem em cinco capitais. Logo, apenas em tais sítios é que haverá possibilidade prática de acorrer o membro do Tribunal Regional Federal a compor o Tribunal Regional Eleitoral. Nas demais capitais de Estado, em verdade todas, com exceção de Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo, Porto Alegre e Recife, fará parte do Tribunal Regional Eleitoral um Juiz Federal de primeiro grau, escolhido pelo Tribunal Regional Federal a que estiver vinculado. Com a expansão dos quadros da Justiça Federal, praticamente não há mais aplicação possível do art. 60 da Lei n. 5.010/1966.

Não há critério pré-determinado para a escolha dos Juízes Federais que devam exercer o serviço eleitoral perante os Tribunais Regionais Eleitorais. A escolha, como visto, se dá por eleição do respectivo Tribunal Regional Federal, devendo este observar o limite máximo de exercício bienal, com uma prorrogação, previsto constitucionalmente.

Parece-nos, entretanto, que os Tribunais Regionais Federais, apesar da discricionariedade da indicação, devem pautar sua escolha de forma a preservar o salutar e equânime *rodízio* no exercício das funções eleitorais, sob pena de odiosa afronta ao princípio da impessoalidade. Aliás, em relação ao tema, nas capitais que não albergam sedes de Tribunal Regional Federal, a conjuntura fática de expansão de quadros e subseções da Justiça Federal, com a instalação de mais e mais varas em cidades que não são capitais, leva à inevitável pergunta: poderá recair a indicação ao exercício no Tribunal Regional Eleitoral em magistrado com atuação perante vara federal situada em localidade que não a capital do Estado?

Não vemos, em princípio, qualquer vedação. Ao contrário, é salutar o alargamento do universo de magistrados aptos a responder ao chamado da Justiça especializada. Há, contudo, óbice normativo indireto e questões de ordem prática que dificultam tal indicação.

O óbice normativo *indireto* a que aludimos refere-se à obrigatoriedade de *residência* do magistrado no local em que efetivamente exerça suas funções, consoante dispõe a CF/88, art. 93, VII, norma repetida na Lei

Orgânica da Magistratura Nacional, art. 35, V. Sempre haverá, porém, a possibilidade de mitigação dessa exigência por autorização do Tribunal respectivo ao qual estiver vinculado o magistrado.

O problema de ordem prática diz respeito à necessidade de compatibilização do exercício efetivo no local de lotação originário e a função a ser desempenhada em Corte situada na capital da unidade da federação.

Quer-nos parecer que há *casos e casos*. A possibilidade de exercício simultâneo deve ser aferida *in concreto* pelo Tribunal Regional Federal no momento da escolha, levando em consideração aspectos como distância entre a sede da vara e a capital, perfil da vara ocupada, entre outros.

Os dois membros restantes da composição serão escolhidos entre seis advogados⁷¹ de notório saber jurídico e idoneidade moral, com base em lista elaborada pelo Tribunal de Justiça respectivo.

Diversamente da regra insculpida no art. 94 da CF, não há explícita previsão de tempo mínimo de efetivo exercício da profissão. Contudo, o art. 12, parágrafo único, VI, da Res/TSE n. 20.958/2001 corrobora tal exigência. Já decidiu o STF no RMS 24.334⁷² que a resolução referida não afronta o texto constitucional. Não contam como anos de prática os exercidos na condição de estagiário da OAB⁷³ e esse requisito não elide o que dispõe a Res/TSE n. 20.958/2001, art. 12, parágrafo único, X, relativo à comprovação da prática de cinco atos privativos de advogado por ano de exercício.

Note-se que a dicção constitucional refere-se à escolha de *dois entre seis advogados*. Na prática significa que se procede à elaboração de *duas listas tríplexes* que possibilitam as nomeações. Em caso de escolha excepcional de um membro por vez, será elaborada lista tríplex a ser encaminhada ao Presidente da República.

71 O art. 25, III, do Código Eleitoral faz alusão a cidadãos ao invés de a advogados. Nesse ponto não foi recepcionado o Código Eleitoral.

72 RMS 24334, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 31 maio 2005, DJ 26-08-2005 PP-00066 EMENT VOL-02202-02 PP-00245 RTJ VOL-00195-02 PP-00456 LEXSTF v. 27, n. 321, 2005, p. 178-202.

73 Dec.-TSE s/n. no ELT 443 de 7 mar. 2006.

Podem ser escolhidos advogados que contem à época da escolha mais de setenta anos, não incidindo as limitações etárias previstas para os casos de investidura definitiva⁷⁴.

A Ordem dos Advogados do Brasil não participa da elaboração das listas referidas nos arts. 119, II, e 120, III, da CF/88, sendo a confecção destas de atribuição do STF e dos TJs, respectivamente⁷⁵.

A temporariedade da investidura não impede que, no exercício das funções, os membros da advocacia que exerçam a magistratura eleitoral disponham de plenas garantias, nos termos do art. 121, § 1º, da CF/88 e art. 23 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Questão que já despertou polêmica diz respeito à possibilidade do exercício da advocacia por parte dos membros dos Tribunais concomitantemente à sua atuação como magistrados.

Nos autos da ADI 1127/DF⁷⁶, o STF conferiu interpretação conforme a Constituição ao disposto no art. 28, II, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – Lei n. 8.906/1994 –, para admitir a possibilidade do exercício da advocacia pelos advogados membros da Justiça Eleitoral e seus suplentes não remunerados. Os argumentos utilizados basearam-se na forma de remuneração dos membros da Justiça Eleitoral, tópico a ser estudado mais adiante, e na tradição pré-constitucional, que, segundo o Relator originário – quando do julgamento da Medida Cautelar, Min. Paulo Brossard –, não foi motivo “*de crítica, queixa ou censura durante ao menos sessenta anos*”.

O Conselho Nacional de Justiça, entretanto, limitou o exercício da advocacia por parte dos membros/advogados da Justiça Eleitoral.

74 O Ministro Gerardo Grossi foi guindado à função em 2006, quando já contava 73 anos de idade. A questão foi decidida nos autos do Mandado de Segurança n. 2813, Acórdão n. 2813, de 15 ago. 2000, Relator(a) Min. NELSON AZEVEDO JOBIM, Publicação: *DJ* Volume 1, 15 set. 2000, Página 214 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 12, Tomo 2, Página 138.

75 Assim foi decidido pelo plenário do STF nos Mandados de Segurança 21.060 e 21.073, relativamente à atribuição dos Tribunais de Justiça na feitura da lista sêxtupla para investidura junto aos Tribunais Regionais, raciocínio aplicável *in totum* ao próprio STF.

76 DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 11 jun. 2010 - ATA N. 18/2010. DJE n. 105, divulgado em 10 jun. 2010. Rel. Min. Eros Grau.

A decisão foi tomada no Pedido de Providências 2007.10 000014851, proposto pela Associação Brasileira de Magistrados, Procuradores e Promotores Eleitorais (ABRAMPPE), Rel. Conselheiro Técio Lins⁷⁷.

77 EMENTA – CONSULTA FORMULADA SOBRE OS LIMITES E RESTRIÇÕES IMPOSTOS AOS ADVOGADOS MEMBROS-JURISTAS DE TRIBUNAIS ELEITORAIS E JUÍZES SUPLENTE NÃO REMUNERADOS. DECISÃO DO STF DETERMINANDO A COMPATIBILIDADE DESSAS FUNÇÕES COM O AMPLO EXERCÍCIO DO MUNUS PRIVADO DA ADVOCACIA. LIMITES QUE SÓ PODEM SER IMPOSTOS DECORRENTES DE QUESTÕES PROCESSUAIS E ÉTICAS. IMPOSSIBILIDADE DE OS REFERIDOS MAGISTRADOS ADVOGAREM PERANTE O PRÓPRIO TRIBUNAL ELEITORAL EM QUE ATUAM E OUTROS JUÍZOS OU TRIBUNAIS ELEITORAIS, CONCLUSÃO QUE NÃO SE APLICA AOS DEMAIS TRIBUNAIS, INCLUSIVE DA UNIÃO. NÃO HÁ RESTRIÇÕES PARA ATUAR COMO ADVOGADOS EM FEITOS CRIMINAIS. HÁ IMPEDIMENTO PARA ATUAR CONTRA A FAZENDA PÚBLICA DA UNIÃO QUE OS REMUNERA. POSSIBILIDADE DE EXERCER A ADVOCACIA PÚBLICA E IMPOSSIBILIDADE DE EXERCER ATIVIDADES POLÍTICO-PARTIDÁRIAS. APLICÁVEL A QUARENTENA PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO UNICAMENTE NAS HIPÓTESES EM QUE A ADVOCACIA É EXERCIDA NO PRÓPRIO TRIBUNAL ELEITORAL DO QUAL SE AFASTOU. APLICÁVEL AS RESTRIÇÕES DO ART. 95, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EVENTUAL RESTRIÇÃO SOBRE O RECEBIMENTO, A QUALQUER TÍTULO OU PRETEXTO, AUXÍLIOS OU CONTRIBUIÇÕES DE PESSOAS FÍSICAS, ENTIDADES PÚBLICAS OU PRIVADAS, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS EM LEI, DEVEM SER ANALISADAS À LUZ DO CASO CONCRETO. INCOMPETÊNCIA DO CNJ PARA PRONUNCIAR SOBRE CONSULTA EM QUE SE INDAGA SOBRE A POSSIBILIDADE DE AS SOCIEDADES INTEGRADAS POR MEMBROS DE TRIBUNAIS SUPERIORES ATUAREM EM FEITOS QUE SE SUBSUMAM ÀS HIPÓTESES ANTERIORES. QUESTIONAMENTOS RESPONDIDOS, OS QUAIS SE APLICAM IN TOTUM AOS JUÍZES SUPLENTE NÃO REMUNERADOS.

Em decisão posterior, o Conselho Nacional de Justiça se manifestou sobre a aplicabilidade da chamada quarentena para os magistrados aposentados que haviam exercido as funções de Juiz Eleitoral:

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS N. 200910000010374

RELATOR: CONSELHEIRO JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO SÁ

REQUERENTE: LAÉRCIO GALATI

REQUERIDO: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

EMENTA: PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. CONSULTA. ARTIGO 95, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. QUARENTENA. EXTENSÃO DA VEDAÇÃO RELATIVA AOS JUÍZES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

1. Ao Juiz de Direito é vedado exercer a advocacia na Comarca da qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo, por aposentadoria ou exoneração.

Tratando especificamente dos membros dos Tribunais Regionais Eleitorais oriundos da advocacia, o § 1º do art. 25 do Código Eleitoral dispõe que a lista tríplice elaborada pelo Tribunal de Justiça deve ser encaminhada ao Tribunal Superior Eleitoral. Este, por sua vez, ao receber as indicações, fará publicar edital que possibilitará *impugnações* formuladas, dentro de cinco dias, pelos partidos aos nomes constantes do rol⁷⁸. Também o Ministério Público estará legitimado à *impugnação*. Procedente a *impugnação*, será devolvida a lista à Corte de origem⁷⁹. Não havendo *impugnação*, ou sendo esta julgada improcedente, o Tribunal Superior Eleitoral encaminhará a lista ao Presidente da República⁸⁰.

Não são aceitas pelo Tribunal Superior Eleitoral listas compostas de um só nome⁸¹ e da lista não poderão fazer parte magistrado aposentado ou membro do Ministério Público. É o que consta do art. 25, § 2º, do Código Eleitoral, considerado compatível com a CF/88 pelo STF no RMS 23.123. Admite-se que *Juiz Leigo* dos Juizados Especiais figure na lista⁸².

O § 6º do art. 25 repete o art. 16, § 1º, referido em linhas anteriores, impedindo que componham o mesmo Regional parentes entre si até o 4º grau. Valem aqui as mesmas considerações antes alinhavadas. Da mesma forma, o § 7º do art. 25 remete à vedação contida no § 4º do art. 16.

4.2.2 Generalidades

Os Tribunais Regionais Eleitorais elegerão seu Presidente entre os Desembargadores que o compõem, cabendo ao outro a Vice-Presidência, assim dispondo o art. 120, § 2º, da CF/88. O art. 26 do Código Eleitoral, que rege a matéria, alude a um *terceiro* Desembargador que restaria investido no cargo de Corregedor do Tribunal. Como visto, porém,

2. Ao Juiz Federal ou Juiz do Trabalho é vedado exercer a advocacia na seção, onde não houver subdivisão judiciária, subseção ou foro do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

Consulta parcialmente conhecida.

78 Código Eleitoral, art. 25, § 3º.

79 Código Eleitoral, art. 25, § 4º.

80 Código Eleitoral, art. 25, § 5º.

81 Tribunal Superior Eleitoral, ELT n. 394.

82 ENCAMINHAMENTO DE LISTA TRÍPLICE n. 272, Decisão n. S/N, de 2 out. 2001, Relator(a) Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Publicação: DJ 19 out. 2001, Página 137.

apenas *dois* Desembargadores compõem a Corte Regional. A imperfeição normativa advém da omissão da Lei n. 7.191/1984, que conferiu nova redação ao Código Eleitoral nos arts. 16 e 25, descurando de corrigir a redação do art. 26.

Inexistindo a figura do terceiro Desembargador, aplica-se à eleição do Corregedor Regional o art. 102 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, podendo recair a função em qualquer dos demais membros do Tribunal. Alguns Regionais, entretanto, cometem tradicionalmente a Corregedoria Regional ao Vice-Presidente, que, nesse caso, acumulará as funções⁸³.

Questão interessante diz respeito à possibilidade de recondução à função de Presidente do Tribunal Regional Eleitoral. O art. 102 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional aparentemente nega tal possibilidade. Mas o STF, nos autos da RDL 4.587/BA, decidiu que:

EMENTA: Reclamação. Processo de eleição do Presidente do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia: alegação de desrespeito à autoridade das decisões proferidas nas ADIns 841, 1422, 1503, 2012, 2370 e 2993: procedência, em parte. 1. O TRE-BA, à vista da recusa à eleição para Presidente da Desembargadora Vice-Presidente, reelegeu o seu Presidente, que fora reconduzido pelo Tribunal de Justiça do Estado para cumprir o segundo biênio naquele órgão da Justiça Eleitoral. 2. A decisão reclamada, do Tribunal Superior Eleitoral, manteve decisão liminar do Corregedor-Geral Eleitoral que suspendera os efeitos da eleição realizada. 3. Improcedência do pedido, quanto ao tópico do ato reclamado referente à reelegibilidade dos Presidentes dos TREs, tema que não foi objeto de consideração, sequer incidente, nos acórdãos invocados. 4. Procedência da reclamação, quanto à aplicação ao caso do art. 102 da LOMAN, que viola o § 2º do artigo 121 da Constituição da República, segundo a leitura que lhe dera o Supremo Tribunal na ADIn 2993, 10.12.03, Carlos Velloso, quando se assentara que não só a duração bienal da investidura no TRE, mas também a possibilidade de sua renovação dimanam da Constituição mesma, e, portanto, são insusceptíveis de alteração ou restrição por qualquer norma infraconstitucional. 5. Reclamação julgada procedente, em parte, para cassada, no ponto, a decisão reclamada - assegurar ao Desembargador reclamante a integridade do seu mandato bienal em curso, de Juiz do TRE-BA, por força de sua recondução por ato do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. (Rcl 4587, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA

83 Pensamos ser inadequada tal acumulação de funções.

PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2006, DJ 23-03-2007 PP-00072 EMENT VOL-02269-01 PP-00149 LEXSTF v. 29, n. 341, 2007, p. 202-216).

Ao Presidente competirão as atribuições básicas de provimento dos cargos e funções, direção dos serviços e administração do Tribunal, condução dos trabalhos e representação da Corte. É ao Presidente que compete a *execução* das determinações do Tribunal Regional⁸⁴.

Assim como o Tribunal Superior Eleitoral, os Tribunais Regionais Eleitorais não se reúnem em turmas, câmaras ou seções, valendo aqui as mesmas considerações expendidas anteriormente sobre o princípio da colegialidade e a possibilidade de julgamento monocrático de recursos.

Não há, em relação aos Tribunais Regionais Eleitorais, norma de conteúdo semelhante ao que dispõe o art. 19, parágrafo único, do Código Eleitoral, que exige composição completa para a deliberação nas causas que enumera, valendo a regra do art. 28⁸⁵.

Observe-se, contudo, que a *cláusula de reserva da maioria absoluta do plenário, inculpada* no art. 97 da CF/88, tem plena aplicação. Assim, somente pela maioria absoluta dos seus membros, poderá um Tribunal Regional Eleitoral declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Por fim, aplicam-se, *mutatis mutandi*, aos Tribunais Regionais Eleitorais as observações acerca da designação e do exercício das funções de Juízes *Auxiliares* no ano da realização das eleições de base estadual⁸⁶.

4.3 Dos juízes eleitorais

O primeiro grau de jurisdição da Justiça Eleitoral será exercido pelos Juízes Eleitorais e pelas Juntas Eleitorais, conforme a competência estabelecida em lei.

⁸⁴ Usa-se o termo *execução* em sentido impróprio, tendo em vista que a imensa maioria dos provimentos exarados em matéria eleitoral tem caráter *mandamental*.

⁸⁵ Sobre a aplicação do art. 28 do Código Eleitoral para os Tribunais Regionais Eleitorais e não da regra do art. 19, reservada ao Tribunal Superior Eleitoral, cf. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 36151, Acórdão de 4 maio 2010, Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, Publicação: DJE 23 jun. 2010, Página 24.

⁸⁶ Inciso II e §§ 3º e 4º do art. 96 da Lei n. 9.504/1997.

O Juiz Eleitoral titulariza a *Zona Eleitoral*. Esta é a menor unidade territorial na qual se divide a jurisdição da Justiça Eleitoral. Em certo sentido, sua *noção* se aproxima da de *Comarca*. Em termos jurisdicionais, pode-se dizer que a *Comarca está para a Justiça Estadual assim como a Zona Eleitoral está para a Justiça Eleitoral*.

Contudo, algumas distinções precisam ser feitas. A Zona Eleitoral não se confunde com a Comarca. Aquela pode ter âmbito territorial coincidente com esta, ser-lhe inferior e, ainda, abarcar mais de uma Comarca. Necessariamente, entretanto, a sede de uma Zona Eleitoral deverá coincidir com a de uma Comarca⁸⁷.

A Zona Eleitoral também não se confunde com a noção de *circunscrição eleitoral*. Nos termos do art. 86 do Código Eleitoral, as circunscrições eleitorais são: *o País, na eleição presidencial; os Estados, nas eleições para Governador, Senador, Deputado Federal e Estadual; e o Município, nas eleições para Prefeito e Vereador*.

Não há dificuldade em perceber que, nas eleições de base estadual e federal, as Zonas Eleitorais não podem coincidir com as circunscrições. Seria absurdo cogitar da existência de zonas eleitorais de tal envergadura. Por sua vez, nas eleições municipais, é preciso estabelecer que as eleições terão como base, obviamente, o Município e não a Zona Eleitoral: se uma Zona Eleitoral jurisdiciona quatro Municípios, realizará quatro eleições simultaneamente.

O Juiz de Direito⁸⁸ será investido nas funções eleitorais e será designado para atuar na Zona Eleitoral. Tal designação será efetivada pelo respectivo Tribunal Regional Eleitoral⁸⁹ e obedecerá a duas regras distintas, conforme o caso: a) quando se tratar de Zona Eleitoral com sede em Comarca de vara única, a designação recairá automaticamente no Juiz titular da Comarca, salvo se impedido, por qualquer motivo, de exercer as funções eleitorais. Nesse caso, não se aplica a regra da designação bienal,

87 Uma sede de Comarca poderá, obviamente, sediar mais de uma Zona Eleitoral.

88 A Associação dos Juízes Federais protocolou em 18 fev. 2011, perante o Tribunal Superior Eleitoral, a PET 33275, na qual requer a alteração da Res/TSE n. 21.009/2002 no sentido de que sejam designados para o exercício da função eleitoral Juízes Federais nas zonas eleitorais que sejam também sedes de seções ou subseções judiciárias.

89 Código Eleitoral, art. 32.

uma vez que não haverá como proceder a qualquer tipo de rodízio; b) em se tratando de Zona Eleitoral com sede em Comarca com mais de uma vara, a designação se fará por rodízio bienal entre os juízes titulares das respectivas varas. O critério utilizado para a designação é o da antiguidade, *apurada entre os juízes que não hajam exercido a titularidade de Zona Eleitoral, salvo impossibilidade*⁹⁰.

No caso de Zona Eleitoral com base territorial abrangente de mais de um *foro regional*⁹¹, decidiu o Tribunal Superior Eleitoral que o rodízio recairá sobre *todas as varas que componham os foros regionais*⁹².

O art. 32 do Código Eleitoral dispõe que somente podem exercer as funções eleitorais os Juízes de Direito *vitalícios*. Tal dispositivo, entretanto, não tem mais aplicação, à vista do que dispõe o art. 22, § 2º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional⁹³.

É possível a designação excepcional de juízes para atuação em auxílio ao serviço eleitoral, sem função jurisdicional⁹⁴. Nesse sentido:

Não poderá servir como Juiz Eleitoral o cônjuge, parente consanguíneo ou afim, até o segundo grau, de candidato a cargo eletivo registrado na circunscrição, durante o período entre o registro de candidaturas até apuração final da eleição⁹⁵.

Também não poderá servir como Juiz Eleitoral o membro substituto da Corte Regional enquanto investido de tal função⁹⁶. Nas faltas, férias ou impedimentos do titular, a jurisdição eleitoral será exercida pelo substituto, de acordo com a tabela do Judiciário estadual⁹⁷.

90 Res/TSE n. 21.009/2002, art. 3º, § 1º.

91 A depender da lei de organização local.

92 Cf. Recurso em Mandado de Segurança n. 579, Acórdão de 15 set. 2009, Relator(a) Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, Publicação: DJe 5 out. 2009, Página 56.

93 Nesse sentido, HC 70582, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Segunda Turma, julgado em 21 jun. 1994, DJ 23 set. 1994 PP-25327 EMENT VOL-01759-03 PP-00484.

94 Nesse sentido, TSE, Processo Administrativo n. 18.854, Res. n. 21.227, de 30 set. 2002, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo.

95 Res/TSE n. 21.009/2002, art. 5º.

96 PA 19.393 – Resolução 22.314 – Rel. Min. Cezar Peluso.

97 Res/TSE n. 21.009/2002, art. 2º.

Em relação à previsão contida no art. 33 do Código Eleitoral, cumpre esclarecer que, desde a edição da Lei n. 10.842/2004, as atribuições da escrivania eleitoral passaram a ser exercidas privativamente pelo chefe de Cartório Eleitoral⁹⁸.

4.4 Das juntas eleitorais

As juntas eleitorais são órgãos colegiados de primeiro grau, com assento constitucional⁹⁹, constituídos sessenta dias antes do pleito¹⁰⁰.

As juntas eleitorais serão compostas de um Juiz de Direito, a quem incumbirá sua presidência, e de dois ou quatro cidadãos de notória idoneidade, investidos, enquanto em exercício, das garantias típicas da magistratura¹⁰¹. A junta terá, portanto, composição em número ímpar – três ou cinco membros.

Os membros das juntas eleitorais serão nomeados pelo Presidente do Tribunal Regional Eleitoral respectivo, após a aprovação do plenário da Corte. Compete também ao Presidente da Corte Regional designar a sede das juntas eleitorais¹⁰².

Até dez dias antes da nomeação, os nomes das pessoas indicadas para compor as juntas deverão ser publicados no órgão oficial do Estado, podendo qualquer partido, no prazo de três dias, em petição fundamentada, impugnar as indicações¹⁰³, com base nos impedimentos listados nos arts. 36, § 3º, do Código Eleitoral, e 64 da Lei n. 9.504/1997.

O Presidente da Junta está autorizado a nomear, entre cidadãos de notória idoneidade, escrutinadores e auxiliares em número capaz de atender à boa marcha dos trabalhos que lhes sejam confiados. Sempre que houver mais de dez urnas a serem apuradas, a nomeação dos escrutinadores será obrigatória¹⁰⁴.

98 Art. 40, § 1º: “Não poderá servir como chefe de Cartório Eleitoral, sob pena de demissão, o membro de órgão de direção partidária, nem o candidato a cargo eletivo, seu cônjuge e parente consanguíneo ou afim até o 2º (segundo) grau”.

99 CF/88, art. 118, IV.

100 Código Eleitoral, art. 36.

101 CF/88, art. 121, § 1º.

102 Código Eleitoral, art. 36, § 1º.

103 Código Eleitoral, art. 36, § 2º.

104 Código Eleitoral, art. 38, § 1º.

Nas apurações, as juntas podem se desdobrar em turmas, cada qual sob a responsabilidade de um dos seus membros. Na hipótese do desdobramento da junta em turmas, o respectivo presidente nomeará um escrutinador para servir como secretário em cada turma¹⁰⁵. Além dos secretários de turmas, será designado pelo Presidente da Junta um escrutinador para atuar como secretário-geral.

Até trinta dias antes da eleição, o Presidente da Junta comunicará ao Presidente do Tribunal Regional as nomeações que houver feito e divulgará a composição do órgão por edital publicado ou afixado, podendo qualquer partido oferecer impugnação motivada no prazo de três dias¹⁰⁶.

Segundo Rodrigo Zílio¹⁰⁷:

A Junta Eleitoral é competente para apurar no prazo de 10 (dez) dias, as eleições realizadas nas zonas eleitorais, sob a sua jurisdição, além de resolver impugnações e demais incidentes verificados durante os trabalhos da contagem e da apuração, expedir boletins de apuração e, principalmente, expedir diploma aos eleitos para os cargos municipais. Com a adoção do sistema informatizado, resta bastante reduzida a atribuição da Junta Eleitoral, dado que a apuração e totalização ocorrerá através dos programas de computador e geração de dados e, mesmo, os boletins de apuração serão expedidos eletronicamente. Em suma, pois, a Junta Eleitoral tem competência restrita à fase de apuração e diplomação.

Por fim, nos municípios onde houver mais de uma junta, a expedição de diplomas será feita pela que for presidida pelo Juiz Eleitoral mais antigo¹⁰⁸.

5 Do Ministério Público Eleitoral

Previsto na Constituição Federal como função essencial à administração da Justiça, o Ministério Público, no âmbito eleitoral, desempenha papel de protagonismo entre os atores que estão legitimados a pôr em movimento a máquina judiciária. O próprio art. 127 da CF/88, regra básica conformadora da instituição, alude às suas funções

105 Código Eleitoral, art. 38, § 1º.

106 Código Eleitoral, art. 39.

107 ZÍLIO, 2010, p. 35.

108 Código Eleitoral, art. 40, parágrafo único.

básicas, intimamente ligadas à seara eleitoral, quais sejam: *a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*.

Está legitimado a intervir em todas as fases e em todos os feitos – de caráter jurisdicional ou administrativo – postos à consideração da Justiça Eleitoral, possuindo ampla legitimidade para o manejo de quase todas as ações eleitorais^{109, 110} previstas no ordenamento. Dispõe, igualmente, de ampla legitimidade recursal, baseada na função de *custos legis* em matéria eleitoral¹¹¹.

Enquanto os demais legitimados à tarefa de fiscalização das eleições – partidos, candidatos e coligações – o fazem segundo a conveniência de suas estratégias eleitorais, o Ministério Público Eleitoral tem o *dever* de zelar pela regularidade das eleições. A aplicação em matéria eleitoral do que dispõe o art. 9º da Lei n. 4.717/1965, não por outro motivo, é pacífica na jurisprudência, apesar de ausente previsão legal específica, deferindo-se ao órgão ministerial a legitimidade para assumir o polo ativo de ação ajuizada por outro legitimado em virtude da inércia deste¹¹².

5.1 Organização do Ministério Público Eleitoral

Consoante reza o art. 128 da CF/88, o Ministério Público, em sua estrutura organizacional, inspirada no princípio federativo, é composto pelo Ministério Público da União e pelos Ministérios Públicos dos Estados¹¹³.

109 Lei Complementar n. 75, art. 72, parágrafo único.

110 Exceção digna de nota é a representação por direito de resposta prevista na Lei n. 9.504/1997.

111 Nesse sentido, Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 3921624, Acórdão de 15 dez. 2011, Relator(a) Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, Publicação: *DJe* Tomo 025, 3 fev. 2012, Página 13-14.

112 Cf. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 35740, Acórdão de 16 jun. 2010, Relator(a) Min. ALDIR GUIMARÃES PASSARINHO JUNIOR, Publicação: *DJe* 6 ago. 2010, Página 53-54.

113 Não são raras as críticas doutrinárias dirigidas à técnica de “divisão” da instituição ministerial, como aqui mencionada, apontando contradição entre a referida ramificação e o princípio da unidade, consagrado constitucionalmente no art. 127, § 1º, da CF/88. Parece-nos, entretanto, que tais críticas não resistem a um bosquejo mais profundo acerca da feição institucional e sua necessária obediência estrutural

O Ministério Público da União, por sua vez, compõe-se de quatro ramos funcionalmente identificados com as correlatas parcelas do Judiciário da União. São eles: o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e o Ministério Público Militar¹¹⁴.

Desde logo se percebe tratar-se de paralelismo aparentemente imperfeito, uma vez que ausente a figura do Ministério Público Eleitoral como ramo correlato à Justiça Eleitoral.

ao princípio federativo, reitor da macroestrutura de todo o Estado brasileiro. A divisão, portanto, entre Ministério Público da União e Ministério(s) Público(s) do(s) Estado(s) não passa de projeção sobre a instituição do postulado federativo. O Ministério Público é, assim, uno tal qual o Estado brasileiro. Sua divisão orgânica em instituições “separadas” não lhe retira o caráter nacional, tampouco contradiz sua unidade funcional.

114 Cumpre ressaltar que o Ministério Público com atuação perante o Tribunal de Contas da União não compõe a estrutura do Ministério Público da União. Assim já decidiu o STF nos autos da ADI 3192 / ES - ESPÍRITO SANTO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Relator Min. Eros Grau (julgamento: 24 maio 2006, Tribunal Pleno. DJ 18 ago. 2006 PP-00017 EMENT VOL-02243-01 PP-00107). No mesmo sentido se pronunciou o Conselho Nacional do Ministério Público no pedido de providências n. 04/2005, Relatora Conselheira Janice Ascari. Tendo sua atuação limitada aos feitos de índole administrativa junto ao Tribunal de Contas da União, o Ministério Público junto ao TCU não detém capacidade para figurar em juízo, ainda que em causa questões derivadas de sua atuação típica. Neste sentido, elucidativo parecer exarado pela, à época, Procuradora Regional da República (hoje Subprocuradora-Geral da República) Raquel Elias Ferreira Dodge, nos autos do HC 2004.01.00.033519-7. A decisão naqueles autos não destoou do entendimento ministerial, tendo como relator o Desembargador Federal Carlos Olavo. Deve-se ponderar, contudo, que, na esteira do que se vem entendendo em relação a outros entes despersonalizados aos quais se defere a chamada “capacidade judiciária” quando em causa questões atinentes a suas próprias prerrogativas e âmbito de atuação (v.g. legitimidade das Casas Legislativas municipais para a impetração de mandado de segurança para preservação das atribuições e prerrogativas imanentes à atividade legislativa), deve ser esta reconhecida ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União. Em relação às instituições ministeriais que atuam perante as Cortes de Contas estaduais e municipais, também estas não compõem organicamente o Ministério Público no sentido dado à instituição pelo art. 127 e ss. da CF/88, aplicando-se as mesmas considerações alinhavadas em relação ao Ministério Público junto ao TCU. Saliente-se, por fim, que recentemente o Conselho Nacional do Ministério Público pôs fim à antiga prática de exercício das funções ministeriais junto aos TCEs por parte de membro do Ministério Público Estadual com a edição da Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público n. 22 de 20 de agosto de 2007.

Uma descida à legislação infraconstitucional que rege o Ministério Público da União afasta a aparente omissão constitucional. Se a Constituição da República não tratou diretamente da atuação ministerial em matéria eleitoral, a Lei Orgânica do Ministério Público da União, Lei Complementar n. 75/1993, proclamou em seu art. 72, *caput*, que a função eleitoral é típica do Ministério Público Federal, cabendo a sua atuação em todas as fases do processo eleitoral. A questão, entretanto, não é tão simples.

Apesar da clareza normativa da Lei Complementar n. 75/1993, a Lei n. 8.625/1993, que dispõe sobre a estrutura básica do Ministério Público Estadual, trata do exercício da função eleitoral pelos Promotores de Justiça em primeiro grau de jurisdição, deixando claro que também estes compõem a estrutura organizacional do Ministério Público perante a Justiça Eleitoral. Da compatibilização das normas citadas resulta uma instituição de composição híbrida e perfil ainda em aberto, com diversas questões pendentes de resolução final.

Nem mesmo sua autonomia administrativa e financeira, postulado básico do perfil constitucional da instituição, é efetivamente garantida. Com efeito, consoante reza o art. 4º da Lei n. 8.350/1991, as despesas referentes ao pagamento das gratificações eleitorais instituídas por aquele diploma normativo correm por conta da dotação orçamentária própria da Justiça Eleitoral. Na prática, isso significa que a remuneração dos membros do Ministério Público que tenham atuação eleitoral em qualquer nível é administrada e efetivada pela Justiça especializada.

A nosso aviso tal forma de administração financeira, posto que tradicional e de bom funcionamento prático, ofende o art. 127, § 2º, da CF/88, pois submete a administração do Ministério Público a órgão diverso e exterior à sua própria estrutura. Em verdade o Ministério Público Eleitoral não conta com autonomia orçamentária e, absurdo dos absurdos, as questões administrativas relativamente à remuneração dos agentes ministeriais está a cargo do Tribunal Superior Eleitoral. São inúmeras as decisões da Corte Superior Eleitoral de caráter administrativo(!) que dizem respeito exclusivamente à remuneração dos membros do Ministério Público.

De lege ferenda entendemos necessária a revisão da questão, passando a administração financeira da “porção eleitoral” do Ministério Público ao Ministério Público da União, migrando para esta instituição a fatia orçamentária correspondente, hoje cometida à Justiça Eleitoral. Tal providência contribuiria para a efetivação de uma unidade institucional ainda pendente de concretização. Do ponto de vista prático, porém, sua efetivação dependeria de uma revisão do limite orçamentário cometido ao Ministério Público da União pela Lei de Responsabilidade Fiscal, art. 20, I, *d*, pois, quando da determinação do percentual de 0,6% do total do orçamento da União como o cabível ao Ministério Público da União, não se levou em conta essa circunstância.

Além dessa flagrante impropriedade na conformação da instituição, a sua composição híbrida acaba por contribuir, infelizmente, para uma atuação carente de coordenação em nível nacional. Questões básicas, como as atribuições para as homologações de arquivamento de inquéritos policiais¹¹⁵ e de procedimentos administrativos de natureza não penal, ainda não encontraram solução definitiva. Essa ausência de definição do perfil da instituição traz incomensuráveis prejuízos à sociedade quanto à efetividade do cumprimento das regras eleitorais.

5.1.1 Do Ministério Público Federal

Antes de procedermos à análise pura e simples da estrutura do Ministério Público exercente da função eleitoral, entendemos ser

115 A esse respeito, o art. 357, § 1º, dispõe que:

Art. 357. Verificada a infração penal, o Ministério Público oferecerá a denúncia dentro do prazo de 10 (dez) dias.

§ 1º Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento da comunicação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa da comunicação ao Procurador Regional, e este oferecerá a denúncia, designará outro Promotor para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Entretanto, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, a respeito, editou o Enunciado n. 29: “Compete à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal manifestar-se nas hipóteses em que o Juiz Eleitoral considerar improcedentes as razões invocadas pelo Promotor Eleitoral ao requerer o arquivamento de inquérito policial ou de peças de informação, derogado o art. 357, § 1º do Código Eleitoral pelo art. 62, inc. IV da Lei Complementar n. 75/93.”

conveniente uma rápida passagem de olhos sobre a organização da carreira e atribuições do Ministério Público Federal estabelecida pela Lei Complementar n. 75/1993, uma vez que é baseado nesta, com alguma contaminação sistemática da estrutura do Ministério Público Estadual, que se pode extrair o fundamento para uma análise mais abalizada.

Consoante o art. 44 da Lei Complementar n. 75/1993, o estágio inicial da carreira do Ministério Público Federal, acessível por meio de concurso público de provas e títulos nos termos do art. 129, § 3º, da CF/88, é o cargo de Procurador da República. A atuação natural do Procurador da República se dá à frente das questões, judiciais ou não, postas à análise do Ministério Público Federal, considerando-se a matéria envolvida em causa.

Abrimos aqui um parêntese. Referimo-nos à atuação judicial e extrajudicial porque, ao contrário do que muitas vezes se lê em comentários desatentos à realidade ministerial cotidiana, a partir da CF/88, o perfil institucional se tornou menos voltado à postulação e à intervenção judicial que à resolução de conflitos em formas de composição e acerto de direitos em matérias afetas à sua competência¹¹⁶.

As atribuições do Ministério Público Federal são tradicionalmente identificadas com aquelas típicas da jurisdição federal. Assim, em regra, a atuação do Ministério Público Federal estará legitimada materialmente quando em causa questões redutíveis ao que dispõe o art. 109 da CF/88. Entretanto, essa regra não é absoluta.

Há na Lei Complementar n. 75/1993 pelo menos duas normas de extensão das atribuições do Ministério Público Federal que o desatam da correspondência pura e simples com as atribuições afetas à competência federal. Cuida-se aqui do art. 37, II, da Lei Complementar n. 75/1993, que

116 Esclareça-se, desde logo, que o termo competência aqui utilizado segue a linguagem normativa da Lei Complementar n. 75/1993. Diferentemente do que é comum ser observado na doutrina processual civil, o vocábulo tem significado que ultrapassa a repartição de atribuições no âmbito do Poder Judiciário. Basta verificar que a CF/88 trata da competência material dos entes da federação, traduzindo suas funções administrativas. Da mesma forma, alude à sua competência legislativa. No direito administrativo também comparece o conceito, traduzindo o plexo de atribuições cometido a determinado agente. É nesse sentido que se toma o vocábulo nesta parte da obra.

autoriza a atuação ministerial perante qualquer juízo, quando se tratar da defesa de “direitos e interesses dos índios e das populações indígenas, do meio ambiente, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, integrantes do patrimônio nacional”, e de toda a seção relativa à defesa da cidadania, exercida em primeira pessoa pelos Procuradores Regionais dos Direitos do Cidadão e pelo Procurador Federal dos Direitos do Cidadão, na qual não há restrição material aparente à atuação do Ministério Público Federal, desde que se trate de matéria relacionada aos direitos básicos da cidadania e enquanto se limite à sua atuação extrajudicial¹¹⁷.

Ao lado desse par de regras extensivas, há a inteira seção dedicada à atuação do Ministério Público Federal na seara eleitoral, que compõe um subsistema normativo específico atributivo de competências funcionais bastante diversas das normalmente exercidas pelos membros do Ministério Público Federal perante os juízos federais, o STJ e o STF. A atribuição de competência do Ministério Público Federal para a atuação perante os juízos eleitorais encontra-se explicitamente posta no art. 37, I, da Lei Complementar n. 75/1993.

Retornando-se à organização da carreira, digna de nota é a inexistência do cargo de Procurador da República “substituto”, em dissonância relativa à organização da magistratura federal.

O segundo estágio da carreira é o de Procurador Regional da República, com atuação natural perante os Tribunais Regionais Federais. Trata-se do nível intermediário, acessível por meio de promoção, obedecendo-se alternadamente aos critérios de antiguidade e merecimento. Há, contudo, Procuradores Regionais da República com atuação ordinária perante o primeiro grau de jurisdição. Tal fato é resultado da regra transitória estabelecida no art. 270 da Lei Complementar n. 75/1993. A razão histórica de ser de tal anomalia foi a necessidade de compatibilização da reestruturação funcional da carreira com as situações pessoais historicamente sedimentadas em razão da divisão de funções e do escalonamento pretérito, além da necessidade de manutenção de número mínimo de membros para o exercício das funções

117 Lei Complementar n. 75/1993, arts. 11 a 16.

ministeriais em primeiro grau à época da edição da Lei Complementar n. 75/1993.

Com efeito, até 1993¹¹⁸, a carreira do Ministério Público Federal¹¹⁹ era estruturada da seguinte forma¹²⁰: Procuradores da República de 2ª categoria, Procuradores da República de 2ª categoria, Procuradores da República de 1ª categoria (ambos com atuação em primeiro grau de jurisdição) e Subprocuradores-Gerais da República (com atuação originária perante o antigo Tribunal Federal de Recursos). Observe-se que entre os dois graus iniciais da carreira não havia diferença funcional. A edição da atual Lei Orgânica modificou dramaticamente tal estrutura, escalonando-a de forma simétrica à estrutura do Judiciário Federal.

Entre as adequações necessárias ao novo perfil funcional da instituição, a lei, em seu art. 270, determinou a transformação dos antigos cargos de Procurador da República de 1ª categoria, ocupados por agentes que ingressaram na carreira até a promulgação da CF/88, em cargos de Procurador Regional da República. Na prática, operou-se uma reclassificação funcional *ex lege*, resultado da readequação da carreira à sua nova estrutura.

Efeito colateral dessa modificação estrutural seria a necessária mudança de *sede funcional* dos novos Procuradores Regionais da República, uma vez que passariam a ter atuação perante os Tribunais Regionais Federais. Todos aqueles agentes alcançados pela regra que atuassem em unidades ministeriais que não fossem sede de Tribunal Regional Federal estariam, não fosse a regra de transição, obrigados a abruptamente modificar seu domicílio funcional.

A exiguidade de quadros ao lado do necessário temperamento ante tamanha repercussão no cotidiano de agentes ministeriais levaram à opção legislativa de criar uma regra de transição, aposta no referido art. 270 da Lei Complementar n. 75/1993, *caput in fine*. Pela norma de

118 Na vigência da Lei n. 1.341/1951, antiga Lei Orgânica do Ministério Público da União.

119 Quando ainda aglutinava as funções ministeriais típicas com as hoje afetas à Advocacia da União.

120 Lei n. 1.341/1951, art. 27.

adequação, os Procuradores Regionais da República que acederam a tal função em virtude da “transformação” de seus cargos anteriores ficaram autorizados a manter sua sede funcional em sua lotação fixada na data da entrada em vigor da Lei Orgânica.

Com isso, esses Procuradores Regionais da República, ditos “transformados”, titularizam cargos de nível intermediário da carreira, concorrem a promoções ao cargo de cúpula da carreira, têm regime remuneratório idêntico aos Procuradores Regionais da República que atuam perante os Tribunais Regionais Federais e a estes são protocolarmente equiparados. Contudo, mantêm atuação funcional típica do grau de Procurador da República. Essa identidade funcional dual gera algumas perplexidades. Citamos pelo menos duas situações que merecem observação mais detida.

Primeiramente, em relação ao foro por prerrogativa de função, a CF/88, art. 105, I, c, reza que é o STJ competente para processar e julgar as infrações penais cometidas pelos *membros do Ministério Público da União* que atuam perante *Tribunais*. Note-se que a definição da competência hierárquica nesse ponto é feita a partir da *atuação funcional do agente ministerial e não pela posição ocupada na carreira respectiva*.

Assim, os Procuradores Regionais da República “transformados”, permanecendo em atuação perante o primeiro grau, não se submetem ao foro perante o Superior Tribunal de Justiça, respondendo por eventuais infrações penais perante o Tribunal Regional Federal cuja jurisdição compreenda sua sede de atuação. Por sua vez, os Procuradores Regionais da República que atuarem perante o segundo grau de jurisdição estarão sujeitos à competência originária do STJ¹²¹.

Por outro lado, em relação à atuação perante os Conselhos Penitenciários, função típica dos atores ministeriais de primeiro grau, o Conselho Superior do Ministério Público Federal decidiu que é legítima

121 Já decidiu o STJ que a atuação ministerial perante tribunais episódica, sem caráter de continuidade, não atrai a competência daquela Corte, demonstrando que o critério definidor de competência do STJ é este e não a posição na carreira ocupada pelo agente do Ministério Público. A respeito: HC 24.703/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 15 out. 2003, DJ 10 nov. 2003, p. 149.

a atuação de Procurador Regional da República diante de tais instâncias, desde que investidos de atuação em primeiro grau¹²².

Em resumo: os Procuradores Regionais da República “transformados” são, para fins administrativos da carreira, membros de nível intermediário do Ministério Público Federal. Em sua atuação funcional, entretanto, equiparam-se aos Procuradores da República.

O tema aqui exposto com vagar será de importância apreciável quando do tratamento da estrutura do Ministério Público Eleitoral, mormente da função de Procurador Regional Eleitoral e da legitimidade funcional para o desempenho de tal mister.

O último nível funcional da *carreira* é o cargo de Subprocurador-Geral da República. Estes são os agentes ministeriais com atuação originária perante os Tribunais Superiores, nos termos do art. 66 da Lei Complementar n. 75/1993. Também esse nível funcional é acessível por meio de promoção, com aplicação alternada dos critérios de antiguidade e merecimento. Estão aptos a concorrer ao referido acesso todos os Procuradores Regionais da República, incluindo aqueles com atuação excepcional em primeiro grau de jurisdição.

Segundo a Lei Complementar n. 75/1993, os Subprocuradores-Gerais da República têm atuação funcional perante o STF e o Tribunal Superior Eleitoral por delegação do Procurador-Geral da República, que é o legitimado originário para a atuação perante tais Cortes (Lei Complementar n. 75/1993, art. 66, § 1º). A atuação dos Subprocuradores-Gerais é possibilitada, portanto, pela designação do Procurador-Geral da República. A atuação originária perante o STJ, ao revés, é própria dos Subprocuradores-Gerais, com exceção do que dispõe o art. 48¹²³ da Lei Complementar n. 75/1993.

122 A respeito, decisão do Conselho Superior do Ministério Público Federal em 26 out. 2004 nos autos do procedimento 1.00.001.000192/2004-86 (14ª Sessão Extraordinária do CSMFP, item 4, acessível em: <http://csmfp.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/atas/Extraordinarias/2004/ata_da_14_sessao_extraordinaria_2004.pdf>).

123 Vale lembrar que o inciso I do art. 48 da Lei Complementar n. 75/1993 teve sua disciplina alterada pelo advento da EC 45/2004, que conferiu nova redação ao art. 36, III, da CF/88.

Por fim, como chefe da carreira e do Ministério Público da União, titularizando um extenso rol constitucional e infraconstitucional de atribuições, ocupa o ápice da estrutura do Ministério Público Federal o Procurador-Geral da República (PGR).

Segundo a regra do art. 128, § 1º, da CF/88, a designação do PGR se dá por escolha do Presidente da República e submissão do nome, necessariamente oriundo da carreira¹²⁴, ao crivo do Senado Federal, que deve sufragar a indicação pela maioria absoluta de seus membros.

Não cabe nos limites desta obra a apreciação pormenorizada das atribuições do PGR, até porque o rol de funções a este cometidas é por demais extenso. Basta que se estabeleça, ainda que de forma simples, que o PGR aglutina as funções de chefia administrativa do Ministério Público Federal e do Ministério Público da União, além de desempenhar originariamente as funções ministeriais perante o STF, o Tribunal Superior Eleitoral e, excepcionalmente, o STJ, designando para tanto Subprocuradores-Gerais da República¹²⁵. Além disso, preside o Conselho Nacional do Ministério Público¹²⁶.

5.1.2 Perfil do Ministério Público Eleitoral

Como dito em passagem anterior, o perfil do Ministério Público Eleitoral, composto por membros oriundos de ramos diversos do Ministério Público nacional, é de caráter híbrido, o que provoca ainda hoje algumas incertezas acerca das relações orgânicas internas e não

124 O cargo é ocupado sempre por membro da carreira, mas a forma de investidura não é típica dos cargos *de carreira*.

125 A configuração legal da instituição, nesse ponto, revela certa tensão entre o regime da Lei Complementar n. 75/1993 e o perfil constitucional do Ministério Público. Como se sabe, é princípio ministerial básico a independência funcional de seus membros. O poder de delegação, entretanto, segundo as lições do Direito Administrativo, advém do poder hierárquico, que, evidentemente, é de difícil compatibilização com o postulado da independência funcional. A questão tem passado ao largo de discussões mais extensas no âmbito do Ministério Público Federal, fixando-se o entendimento, ainda que implicitamente, de que a delegação do Procurador-Geral da República se dá nos moldes do Direito Administrativo clássico. Uma melhor reflexão acerca do tema certamente marcará a agenda do amadurecimento institucional nos próximos anos.

126 CF/88, art. 130-A, I.

poucas indefinições acerca de temas essenciais para o bom desempenho da função ministerial.

5.1.2.1 Do Procurador-Geral Eleitoral e do Vice-Procurador-Geral Eleitoral

Dispõe o art. 73 da Lei Complementar n. 75/1993, assim como o art. 18 do Código Eleitoral, que o Procurador-Geral Eleitoral é o Procurador-Geral da República. É ele que exerce a função de chefia do Ministério Público Eleitoral, além de desempenhar as atribuições originárias perante o Tribunal Superior Eleitoral, consoante expõe o art. 24 do Código Eleitoral, c/c o art. 74 da Lei Complementar n. 75/1993.

O Procurador-Geral Eleitoral, nos termos do art. 73, parágrafo único, da Lei Complementar n. 75/1993, c/c seus arts. 66, § 1º, e 67, II, designará, dentre os Subprocuradores-Gerais da República, o Vice-Procurador-Geral Eleitoral. Este, a partir de sua designação, exercerá as funções típicas do Procurador-Geral Eleitoral em seus impedimentos e ausências eventuais.

Digno de nota o fato de que a lei não estabelece o prazo de duração do exercício das funções do Procurador-Geral Eleitoral. A razão para tanto nos parece evidente. A CF/88 estabeleceu que a duração do exercício da função de Procurador-Geral da República será de um biênio, cabendo a recondução sem limitação de seu número. Sendo o Procurador-Geral Eleitoral o Procurador-Geral da República, evidente que suas atribuições serão limitadas ao período de um biênio, respeitando o prazo de designação para as funções de PGR. Assim, a função de Procurador-Geral Eleitoral escapa da limitação bienal com apenas uma recondução, como é a regra entre as demais relativas ao exercício de funções eleitorais no âmbito do Judiciário ou do Ministério Público.

O período de exercício da função de Vice-Procurador-Geral Eleitoral não é estabelecido pela norma de regência da carreira do Ministério Público Federal nem por outro diploma normativo, o que conduz ao inevitável questionamento acerca da duração de sua investidura. Pensamos que se trata de hipótese típica de exercício de função pública condicionada à investidura da autoridade designante. Assim, uma vez que troque de mãos a titularidade da PGR, cessará a investidura do Vice-Procurador-Geral Eleitoral outrora designado pelo antigo titular da PGR. Ressalte-

se, entretanto, que a extinção da investidura do Vice-Procurador-Geral Eleitoral não se dá *ipso facto* a partir do final do exercício das funções do PGR que o tenha designado, mas seu exercício se protrairá até o provimento definitivo da chefia da instituição, nos termos do art. 73, parágrafo único, da Lei Complementar n. 75/1993.

A Lei Orgânica do Ministério Público é também omissa acerca da possibilidade de destituição do Vice-Procurador-Geral Eleitoral. Parece-nos que tal ato competirá ao Procurador-Geral Eleitoral, uma vez que a atuação do Vice-Procurador-Geral Eleitoral, como de resto a de qualquer membro do Ministério Público Federal perante o Tribunal Superior Eleitoral, se dará com a delegação do PGR, nos termos do art. 66, § 1º, da Lei Complementar n. 75/1993. Da mesma forma, não há previsão de limitação de reconduções, o que leva à conclusão de não haver restrição, bastando que haja designação válida pelo PGR.

Além do Vice-Procurador-Geral Eleitoral, poderá o Procurador-Geral-Eleitoral designar outros membros do Ministério Público Federal para atuar perante o Tribunal Superior Eleitoral, por necessidade do serviço, nos exatos termos do art. 74, parágrafo único, da Lei Complementar n. 75/1993. Note-se que o art. 74 desse estatuto fala “em membros do Ministério Público Federal”, não restringindo aparentemente o exercício de tais funções aos Subprocuradores-Gerais da República. Contudo, a combinação do art. 74, parágrafo único, com o § 1º do art. 66, ambos da Lei Complementar n. 75/1993, faz crer que a referida designação deve recair sobre membros do Ministério Público Federal que ocupem a função de Subprocurador-Geral da República. Regra de conteúdo diverso é avistável no parágrafo único do art. 18 do Código Eleitoral. Por esse preceito, a possibilidade de designação de outro membro do Ministério Público *da União* para atuação no Tribunal Superior Eleitoral seria extensível a qualquer dos degraus da carreira, com a condicionante de não deterem assento perante aquela Corte.

Pensamos que as disposições são inconciliáveis, devendo prevalecer o que dispõe a mais recente Lei Complementar n. 75/1993. Tal afirmação não induz necessariamente à vedação da atuação de *outro membro do Ministério Público Federal* perante o Tribunal Superior Eleitoral que não Subprocurador-Geral da República. Parece-nos que tal possibilidade existe

desde que haja designação do PGR e autorização do Conselho Superior do Ministério Público Federal, instância institucional competente para aferir a possibilidade de membro da instituição atuar perante *grau de jurisdição diverso* daquele que vocacionado naturalmente pela posição ocupada na estrutura da carreira, nos termos do art. 57, XII, da Lei Complementar n. 75/1993.

As funções do Procurador-Geral Eleitoral estão estabelecidas no art. 75 da Lei Complementar n. 75/1993 e no art. 24 do Código Eleitoral. Entre as assertivas constantes do rol do art. 75 da Lei Orgânica destacam-se os incisos I e III.

O inciso I defere ao Procurador-Geral Eleitoral a prerrogativa de designar os Procuradores Regionais Eleitorais, mecanismo que será explanado no item seguinte. O inciso III, a seu turno, trata da competência assinada ao Procurador-Geral Eleitoral para dirimir conflitos de atribuições verificados no âmbito do Ministério Público Eleitoral. Tal preceito normativo é por demais interessante pois denota que, a despeito da aparente anarquia funcional do Ministério Público Eleitoral, como resultado da aglutinação de agentes oriundos de instituições diversas e submetidos a chefias administrativas também diversas, há (ou deve haver), em verdade, certa coesão funcional. Assim afirmamos, pois é pressuposto da competência para dirimir conflitos a existência de ascendência funcional entre a autoridade que aprecia o conflito e aquelas que contendem¹²⁷.

127 Tanto é verdade que o STF fixou o entendimento de que compete àquela Corte dirimir os conflitos de atribuição entre os Ministérios Públicos Estadual e da União, uma vez que não há previsão legal acerca de quem seria competente para dirimir os conflitos em tais hipóteses. Refiro-me às decisões tomadas nas Pet: 3528 e 3631 e nas ACOs 1058 e 853. No *leading case*, Pet. 3528, rel. Ministro Marco Aurélio, o STF finalmente reconheceu que existem hipóteses em que os conflitos de atribuição entre membros do Ministério Público desbordam daquelas hipóteses em que se verificam os chamados *conflitos virtuais de jurisdição*, tradicionalmente afetos à apreciação do STJ por força do art. 105, I, d, da CF/88. Tais casos são restritos aos conflitos positivos de atribuição ministerial quando em causa hipótese de atuação ministerial voltada à postulação em juízo. Ao revés, nas hipóteses de: a) inexistência de conflito virtual de jurisdição (precisamente a hipótese verificada na Pet. 3528); b) conflito negativo de atribuições; c) conflitos positivos sem atuação potencialmente judicializável; a solução restará na órbita de atribuições do STF.

Por sua vez, no rol do art. 24 do Código Eleitoral¹²⁸, dignos de nota são os incisos I, II, III, IV e VIII.

Para a compreensão do disposto no inciso I, necessário seu cotejo com o que dispõe o Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, arts. 21 e 23. Ali se avista que a ordem dos trabalhos da Corte nas sessões de julgamento é composta de: a) leitura do relatório; b) fase da apresentação das alegações orais; c) leitura do voto do relator; d) *discussões*; e) colheita dos votos.

Essa forma peculiar de organização dos trabalhos é que produz alguma controvérsia acerca do alcance do art. 24, I, do Código Eleitoral. Ao que parece, tal dispositivo e, especialmente, o art. 23, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, autorizam a intervenção do Procurador-Geral Eleitoral *após a leitura do voto* do relator, fase em que tradicionalmente as manifestações que não sejam provenientes dos integrantes dos Tribunais são restritas a esclarecimentos de questões de fato prestados diante de solicitação dos membros da Corte ou com autorização da presidência. O Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral estabelece até mesmo o número de intervenções facultadas ao Procurador-Geral Eleitoral durante as discussões: duas (Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, art. 23, § 1º).

Não nos parece, a princípio, que a norma mereça reprimenda genérica a acoimá-la de inconstitucional. Em verdade, como já decidiu o Tribunal Superior Eleitoral, no Ac. 11658/90¹²⁹, a prerrogativa de disciplinar os trabalhos compete a de cada Tribunal, na esteira do que entendeu o STF ao proclamar a inconstitucionalidade do art. 7º, IX, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - Lei n. 8.906/1994¹³⁰. A

128 Saliente-se que nesse ponto, por força do art. 121 da CF/88, o Código Eleitoral foi recepcionado com natureza de lei complementar.

129 RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA n.º 1210, Acórdão n.º 11658 de 9 out. 1990, Relator(a) Min. CÉLIO DE OLIVEIRA BORJA, Publicação: DJ 19 dez. 1990, Página 15559 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 3, Tomo 1, Página 224.

130 ADI 1105, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 17 maio 2006, DJE-100 DIVULG 2 jun. 2010 PUBLIC 04 jun. 2010 EMENT VOL-02404-01 PP-00011 RDECTRAB v. 17, n. 191, 2010, p. 273-289 RDDP n. 89, 2010, p. 172-180.

intervenção ministerial, nos feitos em que o Ministério Público Eleitoral não tenha sido o autor, atuando, portanto, na qualidade de *custos legis*, é feita no sentido da correta aplicação da lei, não secundando interesse privado da parte. O Ministério Público Eleitoral, por força do art. 83, I, do CPC, deverá se manifestar por último, após as partes.

Partindo de tal premissa, a intervenção ministerial durante as discussões não terá o condão de desequilibrar a correlação de forças na sessão de julgamento. Sua intervenção estará legitimada por sua qualidade exclusiva de fiscal da lei. Situação diversa, contudo, se afigura naquelas hipóteses em que o Ministério Público Eleitoral exerce a titularidade da ação ou figura como recorrente ou recorrido. Aqui, a intervenção ministerial durante as discussões acabará por subverter a ordem lógica do procedimento, desequilibrando potencialmente a correlação de forças necessária ante ao respeito à garantia do *fair trial*.

É sempre bom recordar que, a despeito de lhe ser deferida ampla legitimidade de atuação na seara eleitoral, não está o Ministério Público Eleitoral adstrito a sustentar postulações que entenda, após a instrução, improcedentes, mesmo tendo figurado como autor. Da mesma forma, a atuação institucional de níveis inferiores não condiciona a atuação das demais instâncias ministeriais. Em ambas as hipóteses, entretanto, há de se observar o princípio da *indisponibilidade* de aplicação ampla na seara eleitoral. Em resumo, a regra do art. 24, I, do Código Eleitoral, ao nosso aviso, permanece válida desde que estabelecido o *distinguishing* proposto.

Em relação ao inciso II do art. 24 do Código Eleitoral, este faz referência ao exercício da ação penal pública perante o Tribunal Superior Eleitoral. Ocorre que, após o advento da CF/88, aquela Corte não detém competência penal originária senão para o julgamento de *Habeas Corpus*¹³¹. Circunscreve-se a iniciativa do Procurador-Geral Eleitoral às ações de competência originária da Corte de natureza não penal.

131 Alguma controvérsia surgiu após a CF/88 acerca da competência para processo e julgamento dos Governadores de Estado por crimes eleitorais. Contudo, o STF pacificou o entendimento de que é competente para tais hipóteses o STJ, tendo em vista que os crimes eleitorais são crimes comuns. Nesse sentido: CJ 6971, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 30 out. 1991, DJ 21 fev. 1992 PP-01693 EMENT VOL-01650-01 PP-00055 RTJ VOL-00138-01 PP-00093.

O inciso III do mesmo artigo, c/c art. 13, c, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, determina a intervenção necessária do Procurador-Geral Eleitoral em todos os recursos e mandados de segurança postos à consideração da Corte.

Fixou a Corte Superior Eleitoral (p. ex.: Ac. TSE 15031/97) que escapam de tal regra os Embargos Declaratórios, sufragando o entendimento segundo o qual, em tais irresignações, seria desnecessária a intervenção ministerial¹³². A razão para tanto seria o próprio conteúdo da postulação contida nos Aclaratórios. À parte considerações sobre sua natureza recursal, a regra é que esses se prestam somente à *declaração* (esclarecimento) do julgado. A manifestação ministerial anterior ao julgamento primevo esgotaria a sua necessária contribuição ao deslinde da causa.

Ponderamos, entretanto, que, em virtude da consagração jurisprudencial da possibilidade de reconhecimento de efeitos modificativos quando do julgamento dos Declaratórios, já é pacífico o entendimento consagrador da necessária abertura de oportunidade para manifestação da parte contrária em respeito ao princípio do contraditório.

Em tais hipóteses, pensamos, impõe-se a intervenção ministerial, uma vez que a inovação potencial do julgado justifica, da mesma forma que a manifestação no estágio anterior, a manifestação do fiscal da lei. A oportunidade de intervenção ministerial, aliás, não é mera opção dada ao órgão julgador, mas etapa necessária ao correto julgamento do feito. Entendimento diverso transformaria o Ministério Público Eleitoral em órgão de consulta do magistrado, o que, a toda evidência, não corresponde ao perfil institucional imposto pela CF/88.

O disposto no inciso III é complementado pelo inciso IV, que sufraga a amplitude da intervenção do Procurador-Geral Eleitoral no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral. Na prática, trata-se de atividade que abarca quase todas as matérias postas à consideração do Tribunal Superior Eleitoral.

Por fim, o inciso VIII confere ao Procurador-Geral Eleitoral a prerrogativa de expedir instruções para a atuação do Ministério Público

¹³² Evidentemente aqui se trata da atuação ministerial na qualidade de *custos legis*.

Eleitoral em suas instâncias inferiores, função que decorre da chefia institucional e da prevalência do princípio da unidade institucional. Observe-se, porém, que tais instruções jamais podem ultrapassar os estreitos limites da orientação da atuação, consolidação de rotinas e da regulamentação administrativa da instituição. A observação é necessária para arrostar qualquer dúvida acerca da possibilidade de intromissão do Procurador-Geral Eleitoral nas atividades típicas *de execução* afetas aos demais agentes ministeriais. Qualquer ato de interferência do Procurador-Geral Eleitoral nesse sentido configura evidente afronta ao princípio da independência funcional.

Observe-se que fizemos referência aos órgãos ministeriais em atuação perante as instâncias inferiores como destinatários das instruções expedidas pelo PGR sem restringir seu alcance aos Procuradores Regionais Eleitorais, como faz a letra da lei. Como será adiante esclarecido, pensamos que, nos estritos termos de sua atuação eleitoral, os Promotores de Justiça sujeitam-se à direção funcional do Procurador-Geral Eleitoral, devendo obediência à estrutura e ao sistema contemplados na Lei Complementar n. 75/1993.

5.1.2.2 Dos Procuradores Regionais Eleitorais

Prosseguindo na análise da estrutura funcional do Ministério Público Eleitoral, a atuação perante os Tribunais Regionais Eleitorais e o exercício da direção do Ministério Público Eleitoral no Estado (art. 77, Lei Complementar n. 75/1993, *in fine*) estão a cargo do Procurador Regional Eleitoral (PRE).

Este é designado para uma atuação bienal¹³³, juntamente com o seu substituto¹³⁴, pelo Procurador-Geral da República, sendo possível uma recondução¹³⁵. Não tem mais aplicação o disposto no art. 27, § 1º, do Código Eleitoral. Exercerá a função, perante o Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal, Procurador Regional da República em exercício na Procuradoria Regional da República da 1ª Região.

¹³³ Art. 76 da Lei Complementar n. 75/1993.

¹³⁴ *Idem*.

¹³⁵ Art. 76, § 1º, da Lei Complementar n. 75/1993.

A destituição do PRE antes do término de seu mandato¹³⁶ poderá ocorrer por iniciativa do Procurador-Geral Eleitoral, com a anuência da maioria absoluta do Conselho Superior do Ministério Público Eleitoral¹³⁷.

No caso de vacância do cargo de Procurador-Geral Eleitoral (evidentemente em virtude da vacância da função de PGR), poderá a iniciativa da destituição ser obra do Vice-Procurador-Eleitoral, que exercerá interinamente as funções típicas de Procurador-Geral Eleitoral até a designação do novo Procurador-Geral da República (e, por óbvio, novo Procurador-Geral Eleitoral) nos termos do art. 73, parágrafo único, da Lei Complementar n. 75/1993.

Independentemente da titularidade da iniciativa para a destituição, evidentemente esta não pode ser obra de determinação imotivada e irrazoável do Procurador-Geral Eleitoral, coadjuvada pelo Conselho Superior do Ministério Público Federal, exigindo motivação adequada.

Sendo função típica de atuação perante o segundo grau de jurisdição, o art. 76 da Lei Complementar n. 75/1993 comanda que a designação do PRE deverá recair em Procurador Regional da República e, onde não houver, exercerá as funções um Procurador da República investido em atribuições típicas de Procurador Regional da República.

A redação do art. 76, e especialmente sua combinação com os arts. 70 e 270 dessa lei, tem causado alguma controvérsia.

Como dito em linhas anteriores, em virtude da dramática alteração por que passou a carreira do Ministério Público Federal com o advento da CF/88 e, particularmente, com o surgimento da Lei Complementar n. 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), o art. 270 desta impôs disciplina normativa excepcional relativamente aos antigos ocupantes dos cargos de Procurador da República de 1ª categoria, “transformados” pela lei em Procuradores Regionais da República, autorizando que estes permanecessem em atuação perante os juízos de primeiro grau.

136 A lei se refere a mandato, mas tecnicamente se trata de investidura a tempo certo.

137 Art. 76, § 2º, da Lei Complementar n. 75/1993.

Conseqüentemente, em diversos Estados da Federação, atuam perante o primeiro grau de jurisdição agentes ministeriais classificados na carreira como Procuradores Regionais da República, mas com atuação típica de Procurador da República.

Com base em tal constatação, a indagação que se impõe é: havendo Procurador Regional da República em atuação no Estado, ainda que ali não seja sede de Tribunal Regional Federal e, portanto, todos os membros lotados tenham atuação ordinária de Procuradores da República, a função de PRE seria somente exercitável por aquele classificado, do ponto de vista da carreira, como Procurador Regional da República?

A questão não é meramente acadêmica. Nos autos do MS 26.698/DF (STF, Rel. Min. Joaquim Barbosa), discutiu-se precisamente a questão, tendo sido concedida a liminar para afastar a designação de PRE que havia recaído em Procurador da República, havendo no local – no caso, Alagoas – Procurador Regional da República exercendo funções em primeiro grau¹³⁸. Referido processo, entretanto, não chegou a ser julgado no mérito, tendo em vista a perda superveniente de objeto.

Pensamos que o correto deslinde da questão passa pela análise sistemática das disposições contidas na Lei Complementar n. 75/1993. Com efeito, se visto isoladamente, o art. 76 parece apontar para um monopólio da função de Procurador Regional Eleitoral concentrado nas mãos dos Procuradores Regionais da República.

Sua composição com o art. 70, porém, e, especialmente, a compreensão exata do alcance do art. 270, descortinam a solução em toda a sua inteireza.

Assim, a sistemática da Lei Orgânica impõe uma distinção essencial. De um lado, a classificação do agente ministerial na carreira. De outro, as funções efetivamente exercidas.

O que fez o art. 270 foi atribuir, *do ponto de vista da classificação na carreira, e, portanto, para fins essencialmente administrativos, a determinados agentes ministeriais, o status de Procurador Regional da*

138 Decisão liminar no MS 26698 MC, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 18 jun. 2007, publicado em DJe-041 DIVULG 20 jun. 2007 PUBLIC 21 jun. 2007 DJ 21 jun. 2007 PP-00052.

República, mantendo-os *funcionalmente* na qualidade de Procuradores da República a partir de sua opção.

O critério legal para a distinção das localidades em que o PRE deva ser originariamente Procurador Regional da República ou Procurador da República não é a posição na carreira, mas o exercício das funções típicas de Procurador Regional da República. Assim, onde houver sede de Tribunal Regional Federal, *logicamente haverá Procuradores Regionais da República no exercício das funções típicas deste cargo e, nessa hipótese, a função de Procurador Regional Eleitoral será exercida necessariamente por agente ministerial desse estágio funcional. Ao revés, nas localidades em que não haja sede de Tribunal Regional Federal, mesmo havendo para fins de classificação na carreira Procuradores Regionais da República (“transformados”), a atuação típica de todos os membros do Ministério Público Federal será equivalente à de Procurador da República, o que permitirá o exercício do cargo por qualquer dos agentes ali lotados, inclusive, por que não, pelos Procuradores Regionais ali em exercício.* O que se afasta é o monopólio da função pelos Procuradores Regionais da República, não restando estes impedidos de assumir a função de PRE se regularmente designados.

E, para espancar qualquer dúvida, imaginemos a hipótese, possível e já verificada na prática, de haver em exercício, em função típica de Procurador da República, um agente ministerial classificado na carreira como Procurador Regional da República, perante unidade do Ministério Público Federal de 1º grau, *em localidade sede de Tribunal Regional Federal.* Mais claramente, imaginemos um Procurador Regional da República que tenha optado por permanecer em exercício na Procuradoria da República do Distrito Federal, em vez de migrar para a Procuradoria Regional da República da 1ª Região (com sede em Brasília). Pergunta-se: poderia ele ser indicado para a função de Procurador Regional Eleitoral perante o Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal? A resposta é evidentemente negativa, pois na localidade há sede de Tribunal Regional Federal e, portanto, há membros do Ministério Público Federal com classificação de carreira de Procurador Regional da República e com atuação típica do cargo.

Juntamente com o Procurador Regional Eleitoral será designado o Procurador Regional Eleitoral Substituto, que funcionará nas ausências e nos impedimentos do primeiro.

Não há de se confundir a figura do Procurador Regional Eleitoral Substituto com o que está previsto no parágrafo único do art. 77 da Lei Complementar n. 75/1993. Aquela disposição legal autoriza a designação, por necessidade do serviço, de outros membros do Ministério Público Federal para atuação *em auxílio* ao Procurador Regional Eleitoral. Essa a distinção, corretamente alvitrada pelo Tribunal Superior Eleitoral na Resolução/TSE 21.988/2005, entre Procurador Regional Eleitoral *Substituto* e Procurador em *Auxílio*.

Na forma e nos prazos correspondentes à designação dos Juízes Auxiliares dos Tribunais Regionais Eleitorais (previstos no art. 96, § 3º, da Lei n. 9.504/1997), serão designados pelo Procurador-Geral Eleitoral Procuradores Regionais Eleitorais Auxiliares com atribuições correlatas¹³⁹.

Compete ao Procurador Regional Eleitoral a direção dos trabalhos do Ministério Público Eleitoral no Estado e o exercício de todas as atribuições nos processos de caráter jurisdicional e administrativo perante os Tribunais Regionais Eleitorais¹⁴⁰.

5.1.2.3 Dos Promotores Eleitorais

A atuação em primeiro grau de jurisdição pelo Ministério Público Eleitoral está afeta aos Promotores Eleitorais. São estes, segundo o art. 79 da Lei Orgânica, *os membros do Ministério Público local que oficiem junto ao Juízo incumbido do serviço eleitoral de cada Zona*. O art. 78 da referida lei complementar é muito claro ao estabelecer que as funções eleitorais, apesar de desempenhadas, em primeiro grau, pelos Promotores Eleitorais, são afetas ao Ministério Público Federal: “Art. 78. As funções eleitorais do Ministério Público Federal perante os Juízes e Juntas Eleitorais serão exercidas pelo Promotor Eleitoral”. O exercício da função eleitoral em primeiro grau pelos Promotores Eleitorais é, assim, exercido por *delegação*.

A designação desses agentes ministeriais, com sistemática regradada pela Lei n. 8.625/1993 e pela Lei Complementar n. 75/1993, gera alguma controvérsia doutrinária. A controvérsia reside especificamente na

139 Designação nos mesmos moldes tem ocorrido para atuação perante o Tribunal Superior Eleitoral.

140 Lei Complementar n. 75/1993, art. 77.

definição da autoridade competente para o ato de designação com base nos dispositivos legais regentes da matéria.

Joel José Cândido, reivindicando a paternidade das disposições contidas na Lei n. 8.625/1993 acerca do exercício da função eleitoral pelo Promotor de Justiça¹⁴¹, não tem dúvidas da prevalência da chefia do Ministério Público Estadual no ato designativo, obscurecendo o papel do Procurador Regional Eleitoral no processo¹⁴². No polo oposto, José

141 Ao ensejo deste item, gostaríamos de dizer que a parte relativa à matéria eleitoral do Ministério Público dos Estados, constante da Lei n. 8.625/1993 (exclusivamente, art. 10, IX, h; art. 32, III; e art. 50, VI), foi colaboração de nossa autoria ao projeto que originou a referida lei. Nossas sugestões foram aceitas pelo então Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça, que determinou a inclusão no texto do mencionado projeto. Se há mérito nas referidas normas legais, pertence ao Ministério Público de todos os Estados do Brasil; se houve demérito, debite-se exclusivamente ao autor. (CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 14. ed. Bauru: EDIPRO, 2010, p. 63-64).

142 A designação dos Promotores Eleitorais, para atuação perante as zonas eleitorais de cada Estado e do DF, é incumbência dos respectivos Procuradores-Gerais de Justiça, que devem fazê-lo independentemente de qualquer solicitação, tão logo criada a Zona Eleitoral ou vago o provimento, por qualquer motivo. Para melhor se entender esse poder de designar e eventual controvérsia que sobre ele pode se instaurar, convém lembrar um pouco do passado. Ao tempo da Lei n. 1.341/1951, ao Procurador Regional Eleitoral incumbia fazer as designações quando houvesse mais de um Promotor nas comarcas (art. 77, § 1º). A partir da vigência da LC n. 40/1981 (ex-LOMP) e seu art. 52, as designações passaram a ser dos Procuradores-Gerais de Justiça, exclusivamente, na forma a ser por eles fixada, solicitação do Ministério Público Federal. É evidente que mesmo não solicitado, havendo a necessidade (criação de nova Zona Eleitoral, por exemplo), impunha-se a designação, pois o que não poderia ocorrer era ficar a Instituição, por falta de solicitação, sem o seu representante perante o órgão Judiciário Eleitoral. Essas designações, na verdade, deram-se de ofício. Em alguns Estados, houve dúvidas sobre a mudança de uma lei para outra, a despeito da clareza solar do texto. Totalmente infundadas, todavia. Hoje, continua sendo dos Procuradores-Gerais de Justiça a atribuição de designar os Promotores Eleitorais, com base no art. 10, IX, h, primeira parte, e art. 73, *caput*, da Lei n. 8.625/1993. E por nenhuma razão poderia ser diferente. Delegado o *munus* da atuação, como o foi para o Ministério Público dos Estados e do DF, por lei, à chefia dessas instituições, que receberam a incumbência, compete a designação dos agentes para o ofício, bem como a organização do necessário apoio administrativo para essa atuação. É matéria de interesse e dever específico do Ministério Público delegado. Diz com sua autonomia funcional e administrativa e nenhum interesse ou razão séria existe para outra autoridade, estranha àquela que recebeu a incumbência, querer se arvorar no direito de interferir na esfera de atribuição de outro órgão constitucional. Aliás, não se pode imaginar como, na prática, um estranho à chefia institucional local poderia resolver

Jairo Gomes afirma cabalmente que o ato de designação é privativo do Procurador Regional Eleitoral, competindo à Procuradoria-Geral de Justiça mera fase preliminar da escolha¹⁴³.

Posicionamo-nos de forma intermediária em relação aos autores citados, alvitando solução que identifique, com base nas competências constitucionais específicas, as peculiaridades de cada porção do ato atribuída a autoridades diversas, possibilitando a compreensão da questão.

Assim, não nos parece correto afirmar que a designação do Promotor Eleitoral seja um ato administrativo de natureza simples¹⁴⁴. Há, na verdade, uma conjunção de vontades autônomas emanadas de autoridades administrativas distintas, ambas necessárias ao aperfeiçoamento do ato final, o que nos faz concluir tratar-se de ato de natureza complexa. Se a indicação efetivada pelo Procurador-Geral de Justiça recair em membro do Ministério Público local que, por qualquer motivo, não possa desempenhar as funções eleitorais, o Procurador Regional Eleitoral

a gama dos complexos problemas burocráticos que ocorrem com essas designações e com o pagamento das respectivas gratificações, tanto de titulares como de suplentes. As prerrogativas do Ministério Público Federal em matéria eleitoral não ficam nem de longe abaladas com essas designações pelas chefias estaduais, em decorrência do Princípio da Federalização, que permanece íntegro. A primeira lei a ser aplicada, em matéria de designação, superado o assunto do direito-dever de designar, é a Lei n. 8.625/1993. A uma, porque a matéria é pertinente ao Ministério Público delegado, exclusivamente; logo, sua lei, e não outra, deve ser a primeira a ser chamada a regular a hipótese. A duas, porque existe, nessa lei, regra própria a solucionar a necessidade que se procura resolver, a qual, além de regra específica – logo, preferente –, é regra satisfatória e bastante em si. Por último, porque, pelo art. 80 da LOMP, só subsidiariamente se aplica a LC n. 75/1993. Impossível, então, se cogitar de qualquer espécie de conflito de normas ou de revogação de um texto legal por outro, nesse aspecto. (CÂNDIDO, op. cit., p. 64-65).

143 Em qualquer caso, não havendo indicação por parte do Procurador-Geral de Justiça, o Procurador Regional Eleitoral deverá designar aquele que melhor atenda aos interesses da Justiça e do serviço eleitoral afeto ao Ministério Público. Resulta do exposto que o PRE não está vinculado à indicação do chefe do *Parquet* estadual. Por motivos razoáveis, poderá deixar de designar o indicado por aquela autoridade, designando outro. Assim, o ato de designação tem natureza de ato administrativo simples, pois, conforme ensina Meirelles, resulta da vontade de um só órgão, isto é, do Procurador Regional Eleitoral. (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 72).

144 Posição de José Jairo Gomes.

poderá negar a designação, solicitando a indicação de outro Promotor de Justiça.

A matéria é hoje regulada pela Resolução n. 14.442/1994 do Tribunal Superior Eleitoral¹⁴⁵ e pela Resolução n. 30 do Conselho Nacional do Ministério Público, art. 1º¹⁴⁶, ambas dispendo no mesmo sentido da posição aqui defendida.

A Resolução n. 30 do Conselho Nacional do Ministério Público estabelece, ademais, importantes regras quanto às designações para o exercício da função eleitoral e à percepção da correspondente gratificação, além de normas de impedimento/incompatibilidade.

Com efeito, o inciso II do art. 1º impõe balizamento à indicação do Procurador-Geral de Justiça¹⁴⁷ e o inciso III estabelece o critério para o rodízio no exercício da função¹⁴⁸. Por outro lado o inciso IV estabelece preferência para o rodízio em relação à recondução, impondo que esta só ocorra quando houver apenas um membro na circunscrição da Zona Eleitoral¹⁴⁹.

Segundo o § 1º do art. 1º da Resolução n. 30 do Conselho Nacional do Ministério Público, não poderá ser *indicado* para exercer a função eleitoral o membro do Ministério Público:

145 CONSULTA n. 14442, Resolução n. 14442 de 20 jul. 1994, Relator(a) Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Publicação: DJ 1º set.1994, Página 22619 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 6, Tomo 4, Página 396.

146 Art. 1º Para os fins do art. 79 da Lei Complementar n. 75/93, a designação de membros do Ministério Público de primeiro grau para exercer função eleitoral perante a Justiça Eleitoral de primeira instância observará o seguinte:

I – a designação será feita por ato do Procurador Regional Eleitoral, com base em indicação do Chefe do Ministério Público local;

147 II – a indicação feita pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado recairá sobre o membro lotado em localidade integrante de Zona Eleitoral que por último houver exercido a função eleitoral;

148 III – nas indicações e designações subseqüentes, obedecer-se-á, para efeito de titularidade ou substituição, à ordem decrescente de antiguidade na titularidade da função eleitoral, prevalecendo, em caso de empate, a antiguidade na Zona Eleitoral;

149 IV – a designação será feita pelo prazo ininterrupto de dois anos, nele incluídos os períodos de férias, licenças e afastamentos, admitindo-se a recondução apenas quando houver um membro na circunscrição da Zona Eleitoral;

I) lotado em localidade não abrangida pela Zona Eleitoral perante a qual este deverá officiar, salvo em caso de ausência, impedimento ou recusa justificada, e quando ali não existir outro membro desimpedido;

II) que se encontrar afastado do exercício do ofício do qual é titular, inclusive quando estiver exercendo cargo ou função de confiança na administração superior da Instituição; ou

III) que estiver respondendo a processo administrativo disciplinar por atraso injustificado no serviço.

Não poderá exercer as funções eleitorais o membro do Ministério Público que tenha sido filiado a partido político pelo período de dois anos a contar do cancelamento da filiação^{150, 151}.

Em arremate, o art. 5º da Resolução em análise dispõe:

Art. 5º As investiduras em função eleitoral não ocorrerão em prazo inferior a noventa dias da data do pleito eleitoral e não cessarão em prazo inferior a noventa dias após a eleição, devendo ser providenciadas pelo Procurador Regional Eleitoral as prorrogações eventualmente necessárias à observância deste preceito.

§ 1º Excepcionalmente, as prorrogações de investidura em função eleitoral ficarão aquém ou irão além do limite temporal de dois anos estabelecido nesta Resolução, sendo a extensão ou redução do prazo realizada apenas pelo lapso suficiente ao cumprimento do disposto no *caput* deste artigo.

§ 2º Fica vedada a fruição de férias ou licença voluntária do promotor eleitoral no período de noventa dias que antecedem o pleito até quinze dias após a diplomação dos eleitos.

150 Lei Complementar n. 75/1993, art. 80, e Resolução n. 30 do Conselho Nacional do Ministério Público, art. 4º.

151 A possibilidade de filiação partidária dos membros do Ministério Público hoje é restrita àqueles membros que ingressaram na instituição antes da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 e fizeram a opção prevista no art. 29, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Com efeito, após a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004, operou-se a vedação à filiação partidária para os membros do Ministério Público que ingressaram na instituição após a Constituição Federal de 1988, antes ou depois da Emenda Constitucional n. 45/2004. Nesse sentido: CONSULTA n. 1154, Resolução n. 22095 de 4 out. 2005, Relator(a) Min. FRANCISCO CESAR ASFOR ROCHA, Publicação: DJ Volume 1, 24 out. 2005, Página 89 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 16, Tomo 4, Página 429.

Mesmo sendo exercida a função eleitoral em primeiro grau por membro do Ministério Público Estadual, é indene de dúvidas que a função ali desempenhada é de natureza federal. Atuará, portanto, o Promotor Eleitoral, investido de atribuição federal¹⁵².

6 Sistema remuneratório dos membros da Justiça e do Ministério Público Eleitoral

Como dito em momento anterior, a Justiça Eleitoral e o Ministério Público Eleitoral não possuem corpo próprio de membros, tomando de “empréstimo” agentes políticos da esfera estadual e federal de ambas as corporações para o desempenho das funções eleitorais. Decorre desse fato que o sistema remuneratório aplicável aos juízes e membros do Ministério Público incumbidos do serviço eleitoral é bastante peculiar e merece comentário à parte.

A questão é regida pela Lei n. 8.350/1991. A dotação orçamentária e a operacionalização do pagamento das *gratificações* são incumbências da Justiça Eleitoral¹⁵³, que deverá providenciar o pagamento dos valores devidos também aos membros do Ministério Público Eleitoral¹⁵⁴.

São dois os regimes previstos para a percepção da gratificação.

Em relação aos membros dos Tribunais Eleitorais e do Ministério Público que atuem perante aquelas Cortes, a remuneração se dará *por comparecimento às sessões de julgamento*^{155, 156}, que serão, ordinariamente, em número não superior a oito por mês¹⁵⁷, podendo, no período compreendido entre noventa dias antes e noventa dias depois das eleições gerais na unidade federativa ou em todo o País, chegar ao limite de quinze¹⁵⁸. Os limites numéricos das sessões, referidos tanto no *caput*

152 Nesse sentido: HC 200202010162347, Desembargador Federal RALDÊNIO BONIFACIO COSTA, TRF2 - QUINTA TURMA, DJU 13 set. 2002 – Página 1282.

153 Lei n. 8.350/1991, art. 4º.

154 Remete-se o leitor, no ponto, ao que já se disse acerca do problema da autonomia do Ministério Público Eleitoral.

155 Lei n. 8.350/1991, art. 1º.

156 A gratificação por comparecimento em sessão também é conhecida como *jeton*.

157 Lei n. 8.350/1991, art. 1º.

158 Lei n. 8.350/1991, art. 1º, parágrafo único.

quanto no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.350/1991, são limites mensais às sessões *remuneradas*. Obviamente, os Tribunais Eleitorais podem realizar sessões em número superior ao dos limites previstos; porém, as excedentes não serão remuneradas.

O valor da gratificação devida pela presença em sessões será equivalente: a) no caso do Tribunal Superior Eleitoral, a três por cento do vencimento básico de Ministro do Supremo Tribunal Federal, devida a seus membros e ao Procurador-Geral Eleitoral; b) nos Tribunais Regionais Eleitorais, a três por cento do vencimento básico de Juiz do Tribunal Regional Federal, devida a seus membros e ao Procurador Regional Eleitoral^{159, 160}. A gratificação será devida também aos membros suplentes, ao Procurador-Geral e ao Procurador Regional Eleitoral substituto, quando se fizerem presentes às sessões das Cortes.

Por outro lado, em relação aos Juízes e Promotores Eleitorais, o regime da gratificação é o da retribuição mensal correspondente a 18% do subsídio de Juiz Federal¹⁶¹. O art. 2º da Lei n. 8.350/1991 não faz menção aos Promotores Eleitorais. Entretanto, os arts. 50, VI, e 70 da Lei n. 8.625/1993 instituem a gratificação eleitoral devida aos Promotores Eleitorais em valor igual ao daquela estabelecida para o Juiz Eleitoral.

Os *Juízes Auxiliares*, designados para atuação perante os Tribunais Regionais Eleitorais e o Tribunal Superior Eleitoral na forma do art. 96, § 3º, da Lei n. 9.504/1997, perceberão, durante sua investidura nessa condição, a gratificação devida aos Juízes Eleitorais (prevista no art. 2º da Lei n. 8.350/1991) e aos *Procuradores Regionais Eleitorais Auxiliares*, também designados para atuação nos casos e no prazo previstos no art. 96, § 3º, da Lei n. 9.504/1997¹⁶².

159 Lei n. 8.350/1991, arts. 1º, I e II, e 3º.

160 Lei n. 8.350/1991, arts. 1º, I e II, e 3º.

161 Lei n. 8.350/1991, art. 2º.

162 Decidiu o Tribunal Superior Eleitoral, entretanto, que o Juiz Auxiliar, que também é membro suplente do Tribunal, não poderá perceber cumulativamente o *jeton* e a gratificação típica de Juiz Eleitoral, devendo receber a que for *mais vantajosa*. A respeito: Processo Administrativo n. 1003298, Acórdão de 14 out. 2010, Relator Min. HAMILTON CARVALHIDO. Publicação: DJE Tomo 229, 30 nov. 2010, Página 8.

Não fazem jus à gratificação os Juízes designados para o auxílio à Corregedoria Regional Eleitoral¹⁶³ e os Promotores de Justiça que não tenham sido regularmente designados – pelo Procurador Regional Eleitoral – para o serviço eleitoral¹⁶⁴.

Não há mais previsão legal para o pagamento de gratificação ao *Escrivão Eleitoral*, uma vez que as atribuições a este tradicionalmente cometidas não são mais desempenhadas pelas serventias da Justiça local, e sim por servidores da carreira de apoio administrativo da Justiça Eleitoral nos termos da Lei n. 10.842/2003¹⁶⁵.

7 Conclusão

Um dos temas que estão na ordem do dia das discussões acerca da interação institucional em nosso país diz respeito a uma suposta hipertrofia da atividade das instâncias de normatização, regulação e controle das eleições, vale dizer, da Justiça Eleitoral e do Ministério Público Eleitoral.

Com efeito, a Justiça Eleitoral é frequentemente responsabilizada por um suposto *avanço da jurisdição em prejuízo do respeito da vontade popular*. Por sua vez, o Ministério Público Eleitoral é visto, muitas vezes, como *extraneus*, verdadeiro *convidado de pedra* a se intrometer em arena que pertence aos partidos e candidatos.

Grande parte das críticas tem origem no desconhecimento do real papel que ambas as instituições desempenham no complexo do processo eleitoral. Mas, indubitavelmente, as mais ácidas e relevantes atacam, de um lado, aquilo que em linhas anteriores chamamos de concentração e superposição de atribuições e, de outro, a supostamente excessiva gama de regras limitativas da atividade dos partidos e dos candidatos na época

163 Cf. PROCESSO ADMINISTRATIVO n. 19837, Resolução n. 22694 de 14 fev. 2008, Relator(a) Min. JOSÉ GERARDO GROSSI, Publicação: DJ 29 fev. 2008, Página 16.

164 Cf. PROCESSO ADMINISTRATIVO n. 18623, Resolução n. 20842 de 7 ago. 2001, Relator(a) Min. JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE, Publicação: DJ Volume 1, 14 set. 2001, Página 146.

165 Recurso em Mandado de Segurança n. 340, Acórdão de 28 out. 2009, Relator(a) Min. FERNANDO GONÇALVES, Publicação: DJe 19 nov. 2009, Página 13.

eleitoral, que gera, por vezes, sancionamento dos participantes e até sua exclusão do pleito ou perda de mandato. Fala-se de *usurpação da atividade legislativa* e de um *deficit democrático* por ausência de legitimidade das decisões e dos provimentos de caráter normativo oriundos da Justiça Eleitoral.

Note-se que a questão da legitimidade das instituições judiciais é particularmente importante em sistemas políticos democráticos nos quais a separação de Poderes está associada à atribuição ao Poder Judiciário de algum poder de revisão de decisões proferidas em âmbito parlamentar. Na falta de uma legitimação democrática proveniente da manifestação direta dos cidadãos-eleitores, busca-se nas instituições judiciais algo que lhes credenciem enquanto agentes decisórios. Sob essa óptica, o déficit democrático das instituições judiciais poderia ser compensado pelo caráter fundamentado de suas decisões, proferidas em um ambiente institucional deliberativo. *Tal questionamento da legitimidade do controle jurisdicional das eleições no Brasil permite que se indague a respeito de eventuais condições institucionais da democracia brasileira que pudessem operar como justificativas para a adoção de um modelo de governança eleitoral que assegure ao ramo eleitoral do Poder Judiciário a prerrogativa de até mesmo contrariar decisões majoritárias produzidas em âmbito legislativo*¹⁶⁶.

É preciso ter em mente, quando da análise da adequação e da eficiência do modelo de regulação e controle, as advertências de Eduardo Meira Zauli, citando Karl Schmitt:

Um aspecto fundamental das disputas eleitorais em sistemas democráticos diz respeito à capacidade do Estado de regular a competição eleitoral de maneira a garantir a igualdade de chances aos diversos participantes dos processos eleitorais. Isso é crucial do ponto de vista de se imunizar um sistema democrático contra a possibilidade de insurgência da minoria com relação à maioria e de se garantir sua livre submissão às decisões majoritárias. Evidentemente isso exige a adoção e o respeito às regras que preservem as perspectivas da minoria de hoje de tornar-se maioria no dia de amanhã. *Assim, a adoção do princípio da igualdade de chances é condição para que a minoria renuncie ao direito de resistência, tornando possível a afirmação incontestada de um sistema de exercício legal do poder:*

166 ZAULI, Eduardo Meira. *Justiça eleitoral e judicialização das eleições no Brasil*. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/102255290.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2012.

El Estado legislativo parlamentario de hoy, basado en la dominación de las mayorías del momento, solo puede entregar el monopolio del ejercicio legal del poder al partido momentáneamente mayoritario, y solo puede exigir a la minoría que renuncie al derecho de resistencia mientras permanezca efectivamente abierta a todos la igualdad de chance para la obtención de la mayoría y mientras presente visos de verdad este presupuesto de su principio de justicia.

O que está em jogo é o postulado constitucional da isonomia como fundamento do direito de igualdade de chances nas disputas eleitorais; a afirmação da igualdade de chances como princípio constitucional que opera como um direito fundamental de todos aqueles que participam das disputas eleitorais. Portanto, a afirmação da igualdade de chances como princípio constitucional constitui uma expressão jurídica da neutralidade do Estado em relação aos diferentes concorrentes em uma disputa eleitoral, tendo-se aqui um princípio derivado de preceitos constitucionais que consagram o Estado Democrático de Direito contemporâneo¹⁶⁷.

A esse caráter marcadamente *regulatório* da legislação eleitoral e, por extensão, das instâncias encarregadas de sua tutela, deve ser acrescentada, como básica em sua missão, a função de *garante da correta e clara manifestação da vontade popular*.

Friedrich Müller¹⁶⁸, tratando do povo como *instância global de atribuição de legitimidade*, afirma:

Segundo o sentido dos textos mencionados todo o poder do Estado não está 'no povo', mas 'emana' dele. Entende-se como exercido por encargo do povo e em regime de responsabilização realizável perante ele. Esse entendimento de 'emanar' também não é supostamente metafísico; é normativo. Por isso não pode ele permanecer uma ficção, senão que deve ter o poder de desembocar em sanções sensíveis na realidade, tendo necessariamente ao seu lado a promessa democrática na sua variante ativa. Dito de outra forma: 'o povo' como instância de atribuição não se refere ao mesmo aspecto do 'povo' enquanto povo ativo. Mas esse entendimento é defensável *somente onde ele é simultaneamente real*: não em sistemas autoritários, onde o

167 ZAULI, Eduardo Meira. *Justiça eleitoral e judicialização das eleições no Brasil*. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/102255290.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2012.

168 MÜLLER, 1998, p. 62-63.

‘povo’ é fartamente invocado como instância de atribuição, ao passo que depois só tem (des)valor ideológico, não mais função jurídica. A figura da instância de atribuição justifica – embora de maneira *sui generis* – somente onde está dada ao mesmo tempo a figura do povo ativo. Entretanto, só se pode falar enfaticamente de povo ativo quando vigem, se praticam e são respeitados os direitos fundamentais individuais e, por igual (*nicht zuletzt*), também os direitos fundamentais políticos. Direitos fundamentais não são ‘valores’, ‘privilégios’, ‘exceções’ do poder de Estado ou ‘lacunas’ nesse mesmo poder, como o pensamento que se submete alegremente à autoridade governamental (*obrigkeitsfreudiges Denken*) ainda teima em afirmar. Eles são normas, direitos iguais, habilitação dos homens, i.e. dos cidadãos, a uma participação ativa (*aktive Ermächtigung*). No que lhes diz respeito, *fundamentam* juridicamente uma sociedade libertária, um estado democrático. Sem a prática dos direitos do homem e do cidadão, ‘o povo’ permanece em metáfora ideologicamente abstrata de má qualidade. Por meio da prática dos *human rights* ele se torna, em função normativa, ‘povo de um país’ (*Staatsvolk*) de uma democracia capaz de justificação – e torna-se ao mesmo tempo ‘povo’ enquanto instância de atribuição global.

Prover a estas duas necessidades, a regulação da atividade da *concorrência nas eleições* e a tutela da manifestação livre da vontade popular, é o grande desafio da Justiça e do Ministério Público Eleitorais.

Independentemente do acerto ou não das críticas, o contínuo amadurecimento das instituições que funcionam como *garantes* do processo democrático depende de seu aperfeiçoamento e da correção e transparência de seus procedimentos.

Referências

ALCUBILLA, Enrique Arnaldo. La administración electoral como administración de garantía de las elecciones libres. In: MATEO, Fabio Pascua (Org.). *Estado democrático y elecciones Libres: Cuestiones Fundamentales de Derecho Electoral*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2010.

CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*. 14. ed. Bauru: EDIPRO, 2010.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

RIVAS, Juan José González. Análisis de los recursos de amparo electorales a la vista de la jurisprudencia constitucional. In: MATEO, Fabio Pascua (Org.). *Estado democrático y elecciones libres: cuestiones fundamentales de Derecho Electoral*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2010.

SILVA, Henrique Neves. A Justiça Eleitoral: breve apanhado histórico, estrutura atual, natureza e noções da competência. In: *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*, ano 2, n. 2. Belo Horizonte: Forum, jan-jun 2010.

STROPPIANA, Luca. Una Authority per il fenomeno elettorale? In: D'ALIMONTE, Roberto; FUSARO, Carlo (Org.). *La legislazione elettorale italiana*. Bologna: Mulino, 2008.

ZAULI, Eduardo Meira. *Justiça eleitoral e judicialização das eleições no Brasil*. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/102255290.pdf>>.

ZÍLIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

Justiça para os vencedores

LUIZ CARLOS DOS SANTOS GONÇALVES

Sumário: 1 Apresentação da questão. 2 Refutação. 3 Desenho do conceito de soberania popular. 4 Legitimação da legislação eleitoral. 5 Vitória ilegítima deve implicar perda. 6 Caráter contramajoritário? 7 Resultado das urnas é fato, não é princípio hermenêutico. 8 Suficiência e insuficiência das sanções eleitorais. 9 Conclusão.

1 Apresentação da questão

Surpreendeu-nos, quando do exercício da Procuradoria Regional Eleitoral de São Paulo, o uso recorrente do argumento de que o resultado das eleições deveria ser decisivo na solução das ações e representações submetidas à Justiça Eleitoral. O respeito ao resultado das urnas seria um princípio hermenêutico específico do ambiente eleitoral, prevalecendo sobre outros.

Renomeada como respeito à soberania popular, a contagem dos votos era invocada para justificação de decisões favoráveis a situações aparentemente consolidadas pela vitória ou derrota eleitoral de determinado candidato. Somente em situações excepcionais, o desfecho de ações hábeis à cassação de registros, diplomas ou mandatos seria de procedência.

A matemática das urnas era empregada para analisar as provas dos autos, interpretar ambiguidades da lei, negar ou dar seguimento aos trâmites processuais e, em número significativo de vezes, utilizada como argumento principal ou acessório para o desprovimento de ações de cassação.

Numa versão mais sofisticada, o argumento do respeito à soberania popular era lembrado para dizer que os próprios eleitores, conscientes de condutas e situações alegadamente ilícitas dos candidatos, promoviam,

com seus votos, um exame absolvedor dos eleitos. Se os eleitores não consideraram tal ou qual vício suficiente para negar o voto a alguém, não poderia a Justiça Eleitoral adotá-lo como razão suficiente para uma cassação. O voto dos eleitores, como a água que se toma no Santo Cálice, seria capaz de elidir quaisquer pecados, tornando os ungidos com o voto imunes à sindicância de seus atos. As irresignações se apresentariam, portanto, exclusivamente como mágoas dos derrotados. As ações eleitorais, nesse caminho, bem poderiam ser vistas como o famigerado terceiro turno do pleito eleitoral, expediente para dar esperanças àqueles que perderam.

O respeito à soberania popular, ademais, se oporia ao ativismo que tanto se critica no Poder Judiciário, especialmente no Judiciário Eleitoral. Afinal, como juízes que não obtiveram seus cargos por voto popular poderiam voltar-se contra as escolhas populares? Se agisse de modo diverso, o Judiciário mostrar-se-ia como uma confraria ativista, elitista e antipopular, capaz de, com suas togas e fala altiva, opor-se ao desejo majoritário de levar determinada pessoa a ocupar um cargo público eletivo.

Caberia ainda, à Justiça Eleitoral e às leis que lhe dão esteio, a malvista imputação de paternalismo. Não lhe deveria ser próprio tutelar valores como a moralidade para o exercício dos mandatos, quando os mais diretamente interessados, os eleitores, fizeram, conscientemente, suas escolhas. Escolher mal é um direito. Juízes não podem escolher substituindo os eleitores.

São assertivas que parecem consistentes tanto com o principialismo (no caso, o respeito à soberania popular) quanto com o consequencialismo (pois a Justiça Eleitoral não inverteria o sentido das escolhas feitas pelos eleitores).

Deve-se a essa linha de pensamento o vistoso florescimento de medidas cautelares no ambiente eleitoral, embora essas sejam estranhas, a princípio, à efetividade preconizada pelas leis às decisões eleitorais. Cassações proferidas pela Justiça de primeira instância (do mesmo modo raras) viram-se suspensas por cautelares dadas por Tribunais Eleitorais, invocando os riscos da alternância dos exercentes, em especial dos cargos executivos.

O argumento para a concessão de cautelares conduz ao mesmo vetor hermenêutico em questão. Faz prevalecer o voto da maioria em face de decisão posterior, mas provisória, na qual se tenha efetuado a cassação do diploma ou do mandato. Entre a lisura do pleito e a apenas possível reversão de uma decisão de cassação, a escolha dessas liminares prestigiava a segunda.

2 Refutação

Cedo nos pareceu, porém, que, a despeito da aparência de razoabilidade da argumentação ora em debate, esta ensejava uma conclusão devastadora para a própria existência de leis e instâncias judiciais eleitorais.

Se a vitória no pleito redime tudo, a Justiça Eleitoral teria de se contentar com o julgamento dos derrotados. Somente aqueles não sufragados pelo voto popular poderiam se submeter à responsabilização por atos ilícitos e abusivos que porventura tivessem praticado no pleito.

*Ai dos vencidos*¹, disse o chefe gaulês Breno, século IV a.C., quando discutia com os derrotados romanos sobre o peso correto do resgate em ouro que lhe prometeram. Excluir-se-iam, de antemão, da legitimidade passiva de qualquer ação eleitoral os vencedores das eleições. Estes teriam uma cláusula supralegal de justificação, oponível a qualquer ilícito que tivessem praticado. Por outro lado, os perdedores seriam submetidos a procedimentos que poderiam gerar multas e inelegibilidades.

Evidentemente, a esse paroxismo nunca se chegou, até porque contraria diretamente comandos constitucionais como o que prevê, no art. 14, § 10⁹², a ação de impugnação de mandato eletivo (somente proponível contra candidatos eleitos) ou a menção, no capítulo da

1 *Vae Victis*.

2 “O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude; § 11 - A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.”

Constituição que organiza a Justiça Eleitoral, de recursos sobre expedição de diplomas ou decretação de perda de mandatos eletivos³.

Além desses termos, o art. 14 da Constituição exhibe figuras de inelegibilidade por reeleição, ausência de desincompatibilização, parentesco, vida pregressa etc. Como é cediço que nem toda ação de inelegibilidade será julgada antes das eleições, ficaria claro que a Constituição, também nesse caso, autoriza a cassação de registros, diplomas e mandatos.

As decisões que se expressam ou implicitamente se lastreiam nessa concepção de soberania popular como resultado matemático das urnas não declaram que as consequências específicas de ações, como a de impugnação de registro de candidatura, investigação judicial eleitoral, representação por captação ilícita de sufrágio ou arrecadação e gastos ilícitos de recursos, não poderiam ter lugar.

Elas mencionam e cogitam essas possibilidades para, em seguida, num aparentemente regular exercício de autocontenção, afastá-las à luz do resultado das urnas. Procede-se a uma afirmativa retórica da possibilidade de cassação de registro, diploma ou mandato para, numa negativa efetiva, afastar tais efeitos, que teriam enorme grau de subsidiariedade em face do resultado das urnas.

Seria uma interpretação sistemática da Constituição, conciliando a soberania com a moralidade e a lisura das eleições, como convém a conflitos aparentes de dispositivos constitucionais originários, mas dando vigoroso destaque à soberania.

Não se quer com essa exposição ignorar ou desmerecer decisões corajosas e fortes de todas as instâncias da Justiça Eleitoral, que ora procederam a cassações, ora as negaram com o uso de elevada argumentação constitucional e exame percuciente de provas.

Modesto, o objetivo do presente estudo é perquirir se há consistência no emprego do resultado das urnas como princípio ou argumento para

3 “Art. 121 - § 4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando: (&) III - versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais; IV - anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais.”

decisões judiciais, em contraposição à eficácia específica das inúmeras ações eleitorais capazes de invalidar tal resultado.

3 Desenho do conceito de soberania popular

A Constituição Federal diz, no art. 14, que: “*A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos e nos termos da lei*”. [grifo nosso]

A primeira notícia é que não há confundir soberania popular com voto de maioria. A eleição de vereadores, deputados estaduais, distritais e federais sequer é regida pela regra majoritária, mas pelo sistema proporcional. Não necessariamente o candidato mais bem votado será eleito, pois isso dependerá de ter o seu partido ou a sua coligação alcançado o quociente eleitoral. Houve eleição em São Paulo na qual um candidato a deputado federal, a despeito de ter obtido noventa mil votos, ficou de fora, pois o conjunto de votos de seu partido e candidatos não foi suficiente para ocupar uma cadeira sequer. Por outro lado, partido rival conseguiu eleger um deputado com menos de dois mil votos, pois, graças a um “puxador de votos” que obteve números extraordinários, teve direito a ocupar cinco vagas.

Dessa forma, a “voz das urnas” parece ser mais alta no caso das candidaturas para os cargos do Poder Executivo e do Senado Federal, regidos pelo sistema majoritário. É nessas figuras que as decisões eleitorais tendem a balançar para o lado vitorioso.

Em prosseguimento, cumpre notar que a soberania “popular” não corresponde à manifestação da vontade “do povo”, mas de parte deste – os eleitores. Nos termos do art. 14 da Constituição, apenas depois dos dezesseis anos é possível votar e não poderão fazê-lo os que tiverem direitos políticos perdidos ou suspensos. Na prática, a expressão numérica do povo é superior à dos eleitores. Há cerca de cento e noventa milhões de brasileiros e cerca de cento e trinta milhões de eleitores.

Esse é o primeiro passo de nosso caminho para demonstrar que a soberania popular é um construído constitucional, como sinaliza o enunciado de que “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes ou diretamente, nos termos desta Constituição*”. [grifo nosso]

O exercício do poder nos termos constitucionais é exigência tanto para os mecanismos de participação popular direta quanto para a escolha de representantes. No cadinho da conformação constitucional da soberania popular, portanto, não entra apenas a regra da contagem dos votos, mas as condições de elegibilidade, as inelegibilidades, a proteção constitucional da moralidade, da lisura e da legitimidade das eleições. São materiais de construção da soberania popular e não seus antagonistas. Isso vale para outros princípios constitucionais e, também, para regras da Constituição que conformam, de alguma maneira, as condições, a extensão e os efeitos do exercício do voto.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu, por exemplo, que não se pode contrapor a soberania popular ao regramento de que nenhum Estado terá menos de oito ou mais de setenta deputados federais (ADI n. 815-DF). Trecho da ementa do julgado, a propósito, ajuda a resolver também outra alegação que poderia ser feita, a de que a soberania popular teria primazia sobre outras exigências constitucionais, posto que é cláusula pétrea o voto direto, secreto e periódico:

[...] as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas [...].

Assim, a contraposição simplista entre “voto popular e resultado das urnas” e “resultado de ações eleitorais” não pode prevalecer.

A decisão que reconhece não ter havido lisura no pleito e, portanto, o candidato vencedor deverá perder seu mandato não contrapõe a soberania popular ao ativismo judicial, mas expõe um trecho da composição do próprio conceito de soberania eleitoral.

Expedientes írritos, embora conducentes a vitórias, não encontram abrigo na soberania popular, pois não implicariam o exercício do poder “nos termos da Constituição”, que regra a maneira permitida para

alcançá-lo. Da mesma forma que não há legitimidade num golpe de força instalador de alguém no poder sem o crivo dos votos, não há legitimidade em ter obtido os votos sem atender às exigências constitucionais.

Sem muito esforço, portanto, é possível afastar a contraposição entre resultado das urnas e perda de registro, diploma ou mandato, pois somente a vitória que atende às suas exigências é reconhecida pela Constituição.

4 Legitimidade da legislação eleitoral

A conclusão há pouco alcançada, porém, apresenta o problema de saber se haveria reserva constitucional de hipóteses de cassação de registro, diploma ou mandato, sendo infenso à lei prever outras.

Há inúmeras figuras legais, previstas em especial na Lei Complementar n. 64/1990 e na Lei n. 9.504/1997, a Lei das Eleições. Na Lei Complementar n. 64/1990, prevê-se a investigação judicial eleitoral, para apurar o uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou a utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político (art. 22). Sem falar na ação de impugnação do pedido de registro da candidatura (art. 3º). Na Lei Eleitoral, esses efeitos podem advir, por exemplo, da captação ilícita de sufrágio, do art. 41-A; da captação ou dos gastos ilícitos de recursos, do art. 30-A; das condutas vedadas aos funcionários públicos nas eleições, do art. 73 e seguintes. O próprio Código Eleitoral traz, no recurso contra a expedição do diploma, figura apta a obstar ou levar à descontinuidade da posse de mandato eletivo (art. 262).

Se firmada uma reserva constitucional sobre hipóteses de perda de mandato, muitas dessas figuras legais mostrar-se-iam inconstitucionais, pois avançam em campo próprio, para além de regulamentar os permissivos constitucionais. Ainda que se possa considerar a captação ilícita de sufrágio hipótese de fraude ou de abuso do poder econômico, e a captação ou gastos ilícitos de recursos como abuso econômico, é fácil perceber que nem todos os casos de abuso nos meios de comunicação social ou de condutas vedadas a funcionários públicos receberiam bem essa qualificação.

Não há, porém, tal reserva. As leis eleitorais que preveem a cassação de registros, diplomas ou mandatos se submetem ao escrutínio constitucional da proporcionalidade, mas, ao proteger bens jurídicos como a boa-fé, a moralidade, a lisura e a legitimidade das eleições, bem como ao prever a Justiça Eleitoral e sua competência, a Constituição deu espaço à conformação legislativa para o tratamento das regras do jogo eleitoral. Se assim não fosse, não exibiria preocupação somente com os efeitos imediatos de lei que alterasse “o processo eleitoral”, art. 16, mas cuidaria também de impor limites a essas leis. Quanto às condições de elegibilidade e inelegibilidade (essenciais para o exame do registro das candidaturas), é a própria Constituição que permite a complementação de seus enunciados por lei, conforme o art. 14, § 3º (“são condições de elegibilidade na forma da lei”) e § 9º (“Lei complementar preverá outros casos de inelegibilidade...”).

Por fim, não custa lembrar que ao prever a própria Constituição diz: “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei...”.

Nada contra a unificação das leis eleitorais, que hoje se superpõem. Mas há espaço para leis que culminem a cassação como resposta.

5 Vitória ilegítima deve implicar perda

Até este trecho do estudo, já apresentamos o ponto de vista de que não há contraposição entre soberania popular (no sentido estreito de resultado das urnas) e a atuação da Justiça Eleitoral no sentido de cassar registro, diploma ou mandato de quem tenha sido vitorioso no pleito sem atender às exigências constitucionais e legais de procedimento lícito. Se presente a hipótese de aplicação dessa sanção, demonstrada adequadamente no devido processo legal eleitoral, a cassação não pode ser obstada por suposta violação à soberania popular ou ao resultado do pleito. Nem o resultado das urnas deve ser posto em relevo, em detrimento de princípios e regras constitucionais conformadores do processo eleitoral legítimo.

A Justiça Eleitoral tem competência constitucional para julgar os que perderam e os que venceram. Vencedores não estão imunes à Justiça, com as sanções que forem cabíveis.

6 **Caráter contramajoritário?**

Se não cede ao mero resultado eleitoral, seria possível atribuir à Justiça Eleitoral um caráter contramajoritário? Esta, como as cláusulas pétreas da Constituição e como o controle de constitucionalidade, não se submete ao exclusivo critério das maiorias, podendo atuar contra elas se houver desrespeito a certos primados.

Outrossim, se o próprio conceito de maioria para fins de eleição é regrado tanto pela Constituição quanto pela lei, soa simplificador incluir esse predicado na descrição da Justiça Eleitoral. É melhor dizer que ela é a guardiã das regras do jogo eleitoral; as mesmas que, de um lado, definem e permitem a aferição de maiorias e, de outro, estabelecem roteiros para que os votos sejam válidos. Só maiorias formadas de acordo com as regras constitucionais e legais são capazes de gerar resultados vitoriosos. Desse modo, se a maioria é formada com apoio em ilicitudes legalmente previstas, como o favorecimento de funcionários públicos ou a captação ilícita de recursos, ela não é adequada para a geração de vitórias.

A Justiça Eleitoral funciona como fiscalizadora da regra da formação de maiorias eficazes à produção dos resultados eleitorais. Não atua contra maiorias válidas. Se a soberania popular é conformada pelo respeito à Constituição e se a lei complementa o trato da matéria eleitoral, não se encontra oposição entre essa soberania e a atividade eleitoral de cassação de registros, diplomas ou mandatos que não observaram aquelas mesmas regras.

Se por atuação contramajoritária se entender assim, nada haverá que opor!

7 **Resultado das urnas é fato, não é princípio hermenêutico**

A Justiça Eleitoral assegura a legitimidade das eleições, que não é dada, exclusivamente, pelos votos dados ou recebidos. A última questão que se apresenta, portanto, é saber se, a despeito das considerações e relativizações acima proferidas, ainda há lugar para o reconhecimento do respeito ao resultado das urnas como princípio hermenêutico eleitoral ou, ao menos, critério de desempate em casos difíceis. Não

haveria uma presunção de validade das vitórias eleitorais capaz de ser superada apenas excepcionalmente?

Entendemos que não. Como a deusa Thêmis, símbolo da Justiça, que pesa com equilíbrio sem ver do que se trata, a Justiça Eleitoral deve julgar o respeito às regras do jogo eleitoral sem ver quantos votos foram obtidos. Fazer do ganho eleitoral critério hermenêutico é, tendencialmente, premiar os que venceram, ainda que irregularmente, em detrimento dos que, fiéis ao regramento jurídico-eleitoral, todavia perderam. Os freios para o ativismo judicial indevido e para as preferências eleitorais dos juízes (que, como cidadãos, certamente as têm!) devem vir do exato respeito ao devido processo legal eleitoral, aos cânones de exame de provas, à paridade das partes; do reconhecimento do papel fiscalizador e apartidário do Ministério Público Eleitoral; do apego que cada julgador deve ostentar para com a Constituição.

A vitória nas urnas pode ser o fato a ser apreciado pela Justiça Eleitoral, mas mantê-la ou recusá-la é o resultado do julgamento, não critério informador.

Sustentamos, portanto, a invalidade de medidas cautelares lastreadas tão somente no respeito ao *status quo* advindo do resultado eleitoral. Que se dê eficácia imediata às decisões de cassação, se tal for previsto na lei. O mesmo em relação a tal critério como superador de evidências probatórias ou da necessidade de se aplicar o preceito secundário da lei. O risco é que, agora sim, tenha-se inadvertido ou propositado *ativismo judicial*, vindo da negativa de vigência e validade de dispositivos legais compatíveis com a Constituição.

Aliás, não convém olvidar que a Lei Complementar n. 64/1990, em seu art. 23, oferece critério para o julgamento da Ação de Investigação Judicial bem distinto deste ora profligado. Ali se diz: “O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, *mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral*”. (grifo nosso).

Se não chegamos a sugerir a inversão dos *standards* de julgamento, submetendo a escrutínio mais estrito os que venceram, não nos

conformamos com a criação de moldes interpretativos que quase se confundem com a aceitação do *poder de fato*.

8 Suficiência e insuficiência das sanções eleitorais

O que poderia existir é exagero numa lei que comine a perda do diploma ou mandato como consequência de infração de menor relevo. Se tal ocorresse, haveria mácula ao postulado da proporcionalidade. Entretanto, há ofensa a esse mesmo postulado quando infrações capazes de comprometer a lisura e a legitimidade do processo eleitoral recebem sanções leves, encorajadoras do ilícito.

O acervo das sanções eleitorais não é extenso. São, principalmente, a multa, administrativa ou penal, a pena privativa de liberdade (para os crimes eleitorais), a negativa ou cassação do registro e a cassação do diploma ou mandato, a suspensão de atividade de instância partidária (prevista para os crimes indicados no art. 336 do Código Eleitoral), a suspensão de repasses do fundo partidário, a suspensão da conduta que motivou a representação do art. 22 da LC n. 64/1990, a perda de tempo de rádio e televisão e do direito de resposta na propaganda eleitoral, a inabilitação para participar de concorrências públicas (nos casos de doações que excedam os percentuais permitidos).

As inelegibilidades não são, *a priori*, sanções.

Não raro, essas sanções são cumuláveis e, eventualmente, alternativas, como ocorre com as multas no processo criminal eleitoral ou nas representações por condutas vedadas. Além do mais, podem não ser exclusivas, autorizando-se a promoção de ações não eleitorais de responsabilização.

As hipóteses nas quais a sanção aplicada é a cassação do diploma ou do mandato são, além de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude (art. 14, § 10º, da Constituição), o abuso do poder político e dos veículos de comunicação social (art. 22 da Lei Complementar n. 64/1990), a captação ilícita de sufrágio (art. 41-A da Lei n. 9.504/1997), a obtenção ou os gastos ilícitos de recursos (art. 30-A da Lei n. 9.504/1997), as condutas vedadas (art. 73 e seguintes da mesma lei). Pode-se cassar o diploma também nas

situações mencionadas no art. 262 do Código Eleitoral (recurso contra a expedição do diploma), que remete aos arts. 222 e 237 do mesmo diploma e que incluem erros na apuração dos votos ou nos cálculos do sistema de representação proporcional, coação e emprego de processo de propaganda vedado por lei.

A esse acervo se deve acrescentar a condenação por crimes eleitorais que poderão gerar perda do cargo, nos termos do art. 92 do Código Penal. Qualquer condenação criminal poderá também gerar esse efeito, mas então não será uma sanção especificamente eleitoral.

A especificidade de muitas das sanções mencionadas as contraindica para coibir abusos no processo eleitoral. É assim com a perda de tempo de rádio e televisão ou do direito de resposta. Nossa experiência como Procurador Eleitoral nos demonstrou que as multas são inefetivas em face de condutas de maior gravidade, pois costumam ser tratadas por candidatos e partidos como “custos da campanha”, assumidos muitas vezes com lastro numa relação de “custo e benefício”. Por igual, os procedimentos e demoras inerentes ao processo penal fazem com que essas sanções dificilmente sejam tempestivas para produzir efeitos no curso de um mandato. Foi a lógica que moveu o legislador a prever o art. 41-A da Lei das Eleições (captação ilícita de sufrágio), embora já houvesse o crime do art. 299 do Código Eleitoral (corrupção eleitoral).

A suspensão das atividades de instâncias partidárias e do recebimento de recursos do fundo partidário tem melhor sorte e poderia, a nosso juízo, ser disseminada para outras figuras ilícitas. Também *de lege ferenda* poder-se-ia pensar em restrições ao direito de lançar candidatos em eleições futuras, quando as ilicitudes forem capitaneadas pelos partidos.

Esse exame das sanções eleitorais, embora inicial, não nos autoriza a reconhecer excesso nas figuras atuais de cassação de registro, diploma ou mandato. Que outra sanção seria suficiente para coibir a captação ilícita de sufrágio ou de recursos? Ou os abusos do poder econômico ou político? Que dirá da fraude e da coação praticados no ambiente eleitoral? Ou das condutas vedadas aos funcionários públicos?

Talvez, nessas últimas, se justifique a inclinação jurisprudencial por cominar alternada ou cumulativamente as sanções de multa e de

cassação, quando igualmente previstas, deixando a cassação para os fatos mais graves.

Para os demais casos, a não aplicação da cassação do registro, diploma ou mandato é que pode implicar desproporcionalidade por proteção insuficiente de bens jurídicos valorosos; no caso, a lisura e a legitimidade das eleições.

9 Conclusão

O Judiciário Eleitoral exerce uma das funções essenciais para a proteção e permanência do Estado Democrático de Direito. Suas competências, advindas de nossa experiência histórica, incluem a própria organização e normatização das eleições e não o exclusivo julgamento de controvérsias eleitorais. O merecido destaque que a eficiência na organização das eleições trouxe à Justiça Eleitoral não pode ser lembrado para um absentéismo em sua função jurisdicional própria. Isso equivaleria a uma negativa de jurisdição.

No julgamento das ações e dos recursos eleitorais, são os cânones constitucionais que devem ser atendidos. Eles desenham os critérios de formação de maiorias e, claramente, exigem respeito à moralidade, lisura e legitimidade das eleições. A vitória nas urnas é a consagração da democracia participativa, desde que seja uma vitória justa. Se não for e a Justiça não agir, a despeito da suficiência das provas que estejam nos autos, a democracia se esgarça. Não existe contraposição entre a soberania popular e a proteção da lisura e da legitimidade das eleições.

Partidos políticos e eleições no Brasil

SANDRA CUREAU

Sumário: 1 Introdução. 2 Breve histórico da legislação eleitoral brasileira. 3 A Constituição Federal de 1988 e as novas normas eleitorais. 4 As alterações introduzidas na Lei dos Partidos Políticos pela Lei n. 12.034, de 29 de setembro de 2009. 5 Fidelidade partidária. 6 A ADI 4543 e a inconstitucionalidade do voto impresso. 7 Conclusão.

1 Introdução

O objetivo deste trabalho é traçar um perfil histórico da legislação eleitoral brasileira, com especial enfoque nos partidos políticos e na sua legislação de regência, passando ao exame de seu disciplinamento com base na Constituição Federal de 1988, por meio do arcabouço legal e da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Alguns temas, como o voto e a participação femininos, por interferirem na vida das agremiações partidárias, são tratados, ainda que *en passant*, ao longo do breve histórico que compõe o primeiro capítulo.

É preciso considerar que, durante longo período de nossa história colonial, como acentua Victor Nunes Leal¹, o poder político era exercido pelo senhorio fundiário por intermédio das câmaras municipais: “as câmaras exerceram imenso poder, que se desenvolveu à margem dos textos legais e muitas vezes contra eles”. Não raras vezes, a Coroa Portuguesa sancionava usurpações praticadas pelas câmaras por meio dos senhores rurais, legalizando uma situação subversiva do direito legislado. Dessa forma, o poder político estava, de fato, com os proprietários rurais, que o exerciam mediante as administrações municipais.

1 LEAL, 1978, p. 65-66.

Dessa forma, as primeiras câmaras municipais brasileiras, ao mesmo tempo em que eram o único instrumento de poder, nunca foram organizações democráticas, mas corporações de tipo oligárquico e aristocratizado. Os que votavam e eram eleitos formavam uma classe selecionada, a nobreza dos “homens bons”, composta pelos senhores de engenho e pela alta burocracia civil e militar da colônia. Além deles, eram admitidos os “homens novos”, comerciantes enriquecidos que, de algum modo, haviam penetrado nos círculos sociais da nobreza de linhagem ou de cargo. Consequentemente,

essa elite não era eleita para representar os interesses do povo-massa, com a qual de modo algum se identificava, ou sequer os interesses da coletividade como um todo, despida que se achava, como qualquer do povo, de espírito solidarista, nem era movida pelo ânimo de promover a melhoria de vida da população².

Cada um estava mais interessado, na verdade, em fazer a própria fortuna.

Os primeiros movimentos com características de partidos políticos datam dos tempos imperiais, sendo que, na Primeira República, a política nacional foi, essencialmente, baseada na política dos grandes estados, como será abordado a seguir.

Maria do Carmo Campello de Souza³, examinando o sistema partidário brasileiro no período de 1930 a 1945, aponta, como principal característica, seu baixo grau de institucionalização. Conforme refere a autora, “essa precariedade se expressa, por sua vez, na circunstância de não serem os partidos, em conjunto e enquanto sistema, uma instituição governativa; ou, dizendo-o de outra maneira, na inexistência, no Brasil, da norma de *governo partidário*, com alternância regular e legítima”.

Essa tese é confirmada por Paulo Bonavides⁴, quando afirma que

a vida constitucional do Brasil se fez sempre no Império e na República à base de personalidades, de líderes políticos e caudilhos, homens que dirigiam correntes de opinião ou interesses, valendo-se apenas do partido como símbolo de aspirações políticas, nunca como organizações de combate e ação, que jamais chegaram a ser.

2 SEVERO, 2005.

3 SOUZA, 1976, p. 44.

4 BONAVIDES, 2011, p. 406.

O mesmo autor acrescenta que data da Constituição de 1946 a existência verdadeira de partidos políticos no país, pois são várias as referências, em seu texto, às agremiações partidárias.

Entretanto, as sucessivas rupturas da ordem constitucional, ocorridas em 1930, 1937 e 1964, em muito contribuíram para impedir a formação de uma cultura partidária.

O panorama partidário atual deve sua configuração aos partidos que surgiram após o fim do regime militar e é marcado pela proliferação de legendas. Conforme Ana Olímpia Severo⁵:

A representação de um número expressivo de partidos no Congresso tem conseqüências políticas significativas: afastamento do sistema partidário parlamentar do sistema partidário eleitoral; migração individual dos parlamentares entre os partidos; enfraquecimento dos partidos, em virtude da introdução, ou do reforço, de uma perspectiva essencialmente individualista no processo político-parlamentar; conseqüências institucionais relacionadas com as dificuldades crescentes para a obtenção de consenso e, conseqüentemente, para a formação de maiorias minimamente estáveis, uma vez que enfraqueceram, dentro das instituições parlamentares, os partidos políticos e suas lideranças institucionais; além de, como reiteradamente observado na experiência política brasileira, óbvias dificuldades para a obtenção de maiorias governamentais [...].

As sucessivas migrações por parte dos candidatos eleitos motivaram o retorno do instituto da fidelidade partidária, que havia sido criado pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969, e revogado pela Emenda Constitucional n. 25/1985.

2 Breve histórico da legislação eleitoral brasileira

O Brasil, ao longo de sua história, teve quatro codificações eleitorais, assim reconhecidas pela maioria da doutrina: o Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932; a Lei n. 48, de 1935 (regulamentada pelo Decreto-lei n. 1.164, do mesmo ano); a Lei n. 1.164, de 1950; e a Lei n. 4.347, de 1965, atual Código Eleitoral.

Alguns autores, porém, entendem que leis do período colonial já poderiam ser consideradas leis eleitorais. É o caso de Etelvina Lobo

5 SEVERO, 2005.

Braga⁶, segundo a qual “as chamadas Ordenações do Reino, elaboradas em Portugal no final da idade média e utilizadas até 1828, podem ser consideradas o primeiro ‘código eleitoral’ brasileiro”, uma vez que, com base nelas, D. João VI convocou as primeiras eleições gerais no Brasil, para selecionar representantes que atuassem nas cortes de Lisboa.

Victor Nunes Leal⁷ também menciona o primeiro decreto eleitoral de D. João VI, de 7 de março de 1821, “que mandou regular a eleição dos deputados às Cortes portuguesas pelas normas aplicáveis da Constituição espanhola”. O sistema eleitoral disciplinado pelo decreto era extremamente complicado, consistindo no sufrágio indireto em quatro graus e, em 23 do mesmo mês e ano, adveio uma circular que autorizou os capitães-generais e os governadores das capitanias a fazerem as modificações convenientes. Dessa forma, novas instruções foram publicadas em 19 de junho de 1822, visando reger a eleição dos deputados à primeira Assembleia Constituinte, mediante sufrágio indireto em dois graus.

Para Etelvina Lobo Braga, a primeira lei eleitoral genuinamente brasileira foi publicada por D. Pedro I em 1822, pouco antes da Proclamação da Independência, tendo como objetivo criar diretrizes para a realização das eleições constituintes com representantes das províncias brasileiras. Nova lei, em 1842, foi publicada para regular as eleições gerais e provinciais, “com a introdução do alistamento prévio e a proibição do voto por procuração”.

Data de 1846 a primeira lei eleitoral oriunda do Poder Legislativo, revogando as leis anteriores e compilando, em um único documento, as instruções para as eleições provinciais e municipais. Essa lei também fez coincidir todas as eleições em um mesmo período.

É citada, ainda, a Lei dos Círculos, de 1855, um decreto assinado por D. Pedro II, que estipulava o voto por distritos, também chamados círculos regionais eleitorais, cuja duração foi efêmera. Essa lei teve uma nova edição em 1860, chamada Segunda Lei dos Círculos, na qual foi estipulado o número de três deputados por distrito eleitoral e exigida a desincompatibilização de autoridades dos cargos seis meses antes do

6 BRAGA, 2005, p. 19.

7 LEAL, 1978, p. 219.

pleito. Foram suprimidos os suplentes, determinando-se nova eleição em caso de vaga.

Seguiu-se, em 1875, a chamada Lei do Terço, que instituiu eleições por províncias. O nome se deve ao fato de que o eleitor deveria votar em dois terços do número total dos que deveriam ser eleitos para os cargos de deputados e membros das Assembleias Legislativas. A sobra das vagas seria distribuída entre os partidos minoritários. A intenção era de garantir a representação das minorias, “na suposição de que a terça parte da representação, não sufragada nas cédulas da maioria, pudesse ser eleita pelas correntes minoritárias”⁸. Os matemáticos, porém, acharam um meio de revezar os nomes dos candidatos nas cédulas, calculando previamente o número aproximado de eleitores de cada partido, com o que a maioria conseguia suprimir a representação minoritária ou reduzi-la abaixo do terço legal.

Em 1881, surgiu a chamada Lei Saraiva, cuja autoria é atribuída ao Conselheiro Saraiva e a Ruy Barbosa, introduzindo o voto secreto e as eleições diretas, o alistamento eleitoral e o retorno às eleições distritais. Essa lei promoveu, ainda, a extinção das juntas paroquiais.

A Proclamação da República trouxe a legislação eleitoral inspirada em modelos norte-americanos, tendo como inovação a eliminação do chamado “voto pecuniário” ou “censitário”.

Em 1890, surgiram o Decreto 200-A, tratando do tema “qualificação dos eleitores”, e o chamado “Regulamento Alvim”, editado para reger a eleição dos constituintes.

A primeira Constituição Republicana, de 1891, consagrou o sistema presidencialista e as eleições diretas, por maioria absoluta de votos, “atribuindo ao Congresso e aos estados a competência para legislar em matéria de direito eleitoral em suas respectivas esferas de poder”⁹.

Como bem observa Afonso Arinos de Melo Franco¹⁰, “é possível que identifiquemos grupos e até associações políticas antes da Independência

8 LEAL, 1978, p. 222.

9 BRAGA, 2005, p. 20 e 21.

10 FRANCO, 1980, p. 25.

e da Constituição¹¹”. Entretanto, é apenas depois que a Constituição e o Parlamento começaram a funcionar que se pode falar em partidos políticos no Brasil. A mentalidade republicana era federal e antipartidária. Ainda, segundo o mesmo autor, durante o Império nunca se deu um revezamento espontâneo e natural dos partidos no poder, porque faltava a realidade do sufrágio. Além disso, no final do período imperial, o Exército foi se tornando uma espécie de partido político *sui generis* “que funcionava fora do jogo constitucional, mas que nem por isto dispunha de menor prestígio”.

No início da Primeira República, houve tentativas para a criação de partidos políticos. Entretanto, conforme Assis Brasil¹², não havia “correntes divergentes de espírito político nacional capazes de sustentar partidos políticos de caráter definitivo e permanente”. Tal fato fez com que o poder federal se valesse da “política dos Estados”, que ficou conhecida como “política dos governadores”.

Assim, os governadores apoiavam as eleições presidenciais, e o presidente retribuía o seu apoio nas eleições estaduais. O “coronelismo” era, nesse amparo dos estados, o meio de controle político dos grandes proprietários rurais – chamados de “coronéis” – que mantinham vigilância sobre o voto aberto dos eleitores. Na esfera federal, o controle se exercia na etapa final das eleições, com a diplomação dos mais votados, que era conhecida como “degola”.

Duas falsificações importantes são apontadas por Victor Nunes Leal¹³ como dominantes nas eleições da Primeira República: o *bico de pena* e a *degola*. A primeira era praticada pelas mesas eleitorais, com funções de juntas apuradoras: havia nomes inventados, mortos ressuscitados, ausentes que compareciam, em um processo milagroso realizado pela pena todo-poderosa dos mesários. A segunda era obra das câmaras legislativas e, dessa forma, o número de votos depositado nas urnas era de pouca significação, desde que houvesse interesse em manter ou afastar determinado representante popular.

11 No caso, a Constituição Imperial de 1824.

12 ASSIS BRASIL, 1931, p. 141-142.

13 LEAL, op. cit., p. 229.

Tal estado de coisas vigorou até a Constituição de 1934, quando se iniciou o período de transição. Não sendo possível formar partidos políticos sérios com apoio no sistema eleitoral da época, que consagrava o voto a descoberto e a representação majoritária, iniciou-se o desenvolvimento de uma mentalidade nacional em favor da reforma eleitoral. Entre outras inovações, a nova Constituição fez expressa referência ao voto feminino e ao voto secreto, mas manteve os partidos estaduais e adotou

o hibridismo da representação profissional dentro das assembléias eleitas por sufrágio universal, traço tipicamente fascista, que importava a criação de uma grande bancada apartidária, a qual funcionava, dentro das assembléias, como uma espécie de instrumento permanente dos Governos contra a livre ação dos partidos¹⁴.

Na forma do que salienta Maria do Carmo Campello de Souza¹⁵, “as mudanças político-institucionais iniciadas com a revolução de 1930 redundaram, de modo geral, na criação de uma extensa máquina burocrática não controlável por um legislativo ou por qualquer tipo de organismo representativo da 'sociedade civil'”. Houve uma rápida recomposição das oligarquias regionais, com uma simultânea mudança de eixo, por meio das interventorias, sob frequentes pressões tenentistas. Também os organismos econômicos estabeleceram formas de controle pela absorção burocrática. A expansão burocrática posterior à revolução de 1930, especialmente no Estado Novo, institucionalizou e legitimou a atuação direta dos interesses econômicos com a burocracia. A mesma autora acrescenta a essas duas concentrações do poder uma terceira: a centralização das Forças Armadas.

Diga-se, a bem da verdade, que, na época, o “tenentismo” tinha um fundo antiparlamentar e antipartidário. Enquanto sua ala direita evoluiu para o fascismo, a ala esquerda pendeu para o comunismo, ou seja, para duas tendências, do ponto de vista teórico, diametralmente antagônicas. Assim, citando a expressão de Afonso Arinos, a Constituição de 1934 nasceu “sob má estrela”.

14 SEVERO, 2005.

15 SOUZA, 1976, p. 103-104.

O primeiro Código Eleitoral surgiu no chamado Governo Provisório de Getúlio Vargas (1930-1934), marcado, como dito, pela forte presença dos “tenentes” nos cargos políticos. O Decreto n. 21.076/1932 criou a Justiça Eleitoral, o voto secreto, o voto feminino e o sistema de representação proporcional, em dois turnos simultâneos. Pela primeira vez, a legislação eleitoral fez referência aos partidos políticos, mesmo admitindo, ainda, a candidatura avulsa. Embora reconhecendo a existência de partidos políticos, o Decreto presidencial considerava-os de duas espécies: os permanentes, que adquiriam personalidade política na forma do art. 18 do Código Civil de 1916, e os provisórios, que se formavam, transitoriamente, à véspera dos pleitos, apenas para disputar as eleições, à semelhança das atuais coligações partidárias.

Ao permitir, em seu art. 88, o candidato avulso, o Decreto n. 21.076 infligiu um duro golpe aos partidos políticos, pois bastava que fosse requerida por um certo número de eleitores para que a candidatura pudesse ser lançada.

Desde o advento do Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, já havia a previsão de que os cidadãos maiores de 21 anos, sem distinção de sexo, poderiam alistar-se como eleitores (art. 2º). Entretanto, as disposições transitórias, contidas no art. 121, dispunham que os homens com mais de 60 anos e as mulheres em qualquer idade poderiam isentar-se de qualquer obrigação ou serviço de natureza eleitoral. O voto feminino não era, pois, obrigatório.

Por outro lado, o art. 109 da Constituição Federal de 1934 dispunha sobre a obrigatoriedade do alistamento e do voto para os homens e as mulheres, embora, quanto a estas, com a ressalva de que exercessem função pública remunerada, “sob as sanções e salvas as exceções que a lei determinar”.

Em 1935, surgiu a Lei n. 48, que modificou o Decreto n. 21.076/1932 e é considerada por muitos o segundo Código Eleitoral brasileiro. O alistamento e o voto tornaram-se obrigatórios para as mulheres que exercessem qualquer atividade remunerada. Manteve-se o requerimento do registro das candidaturas por partidos, alianças de partidos ou requerimentos de eleitores. Foi feita, pela primeira vez, ampla regulamentação das atribuições do Ministério Público no processo eleitoral. Dispunham os arts. 49 a 51:

Art. 49 - O Ministerio Publico da Justiça Eleitoral é exercido por um procurador geral e vinte e dois procuradores regionaes, nomeados pelo Presidente da Republica, dentre juristas de notavel saber, alistados eleitores.

Art. 50 - O procurador geral será substituido, em seus impedimentos, pelo procurador regional de Distrito Federal; e os procuradores regionaes pelo promotor publico da. capital, ou pelo primeiro, quando houver mais de um.

Art. 51 - As funções de procurador são incompativeis com o exercicio da advocacia em materia criminal ou de qualquer outra função publica remunerada, salvo o magisterio, importando perda do cargo a violação deste preceito.

Paragrapho unico. Tambem não póde o procurador ter actividade politico-partidaria.

Nos Códigos de 1932 e 1935, as mesas receptoras perderam a atribuição de apurar os votos, o que era fonte permanente de atas falsas. Porém, conforme observa Victor Nunes Leal¹⁶,

O sigilo do voto, apesar de proclamado várias vezes na legislação anterior, era então burlado por diferentes processos. O mais freqüente consistia em usarem os partidos sobrecartas¹⁷ de tamanho, formato e cor diferentes. Assim, o ser depositado na urna, à vista de todos, o voto era perfeitamente identificável.

Conforme pontua Afonso Arinos¹⁸, a intentona comunista de 1935 deu ao governo Vargas, “através do estado de guerra e outras medidas semelhantes, oportunidade para destruir os núcleos de resistência democrática, facilitando o advento do golpe de 1937”.

Em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas fechou o Congresso Nacional, instaurando o “Estado Novo” e outorgando ao país uma Constituição autoritária, de cunho nitidamente fascista. O art. 9^o dispunha acerca da intervenção do Governo Federal nos estados mediante a nomeação, pelo Presidente da República, de um Interventor, ao qual caberia exercer as atribuições que, pela Constituição Estadual,

16 LEAL, 1978, p. 232.

17 Isto é, envelopes.

18 Cf. FRANCO, A. A. de M. *História e teoria dos partidos políticos no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1980, p. 76-77.

coubessem ao Poder Executivo, ou as que, de acordo com a conveniência ou necessidade de cada caso, lhe fossem atribuídas pelo Chefe da Nação. Pelo art. 27, o cargo de prefeito passou a ser de livre nomeação do Governador do Estado.

Por meio do art. 178, foram dissolvidos a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais.

No dia 2 de dezembro do mesmo ano, o Decreto-Lei n. 37 dissolveu os partidos políticos. Foram suspensas as eleições livres e, em consequência, a Justiça Eleitoral foi abolida.

A origem e a formação de Vargas o impeliram à linha caudilhista, impedindo que se criasse uma organização partidária nos moldes existentes na Alemanha e na Itália, ou seja, que se implantasse um fascismo de partido único, ainda que tenham sido dissolvidos compulsoriamente os partidos existentes.

Em 28 de maio de 1945, pelo Decreto n. 7.586, veio a ser revogado o Decreto-Lei n. 37/1937. O novo decreto passou a regular, em todo o país, o alistamento eleitoral e as eleições. Foi fixada a data de 2 de dezembro de 1945 para a eleição presidencial e para a do Congresso Constituinte. O dia 6 de maio de 1946 foi escolhido para as eleições estaduais. Esse decreto, conhecido como “Lei Agamenon”, por referência ao Ministro da Justiça, Agamenon Magalhães, foi o instrumento principal para a regulação do alistamento de eleitores e candidatos e para o controle do processo eleitoral. Representava, entretanto, a continuidade do Estado Novo, limitando-se a reproduzir os procedimentos do Código Eleitoral de 1932 (Decreto n. 21.076).

Depois do Estado Novo, em que todos os cargos de prefeito eram de livre nomeação dos governos estaduais, a Constituição Federal de 1946 voltou a consagrar o princípio da eletividade, com as exceções nela previstas. Por exemplo, o § 1º do art. 28 dispunha que os prefeitos das capitais e dos Municípios onde houvesse estâncias hidrominerais poderiam ser nomeados pelos governadores dos Estados, enquanto o § 2º do mesmo artigo determinava que os prefeitos dos Municípios declarados por lei federal, mediante parecer do Conselho de Segurança Nacional, bases ou portos militares de excepcional importância para a defesa

externa do país deveriam ser nomeados pelos respectivos governadores. O Distrito Federal, segundo o art. 26, seria administrado por um prefeito nomeado pelo Presidente da República e teria Câmara, eleita pelo povo, com funções legislativas. Quanto aos demais municípios, teriam prefeitos escolhidos pelo voto popular.

O terceiro Código Eleitoral foi editado no governo de Eurico Gaspar Dutra (Lei n. 1.164, de 1950), após a queda do Estado Novo. No seu art. 4º, alínea *d*, manteve o alistamento obrigatório para as mulheres que exercessem profissão lucrativa. Além disso, estabeleceu que os partidos políticos constituíam pessoas jurídicas de direito público interno, devendo ser registrados no Tribunal Superior Eleitoral.

Até a década de 1950, as cédulas eleitorais eram impressas e distribuídas pelos próprios candidatos. Em 30 de agosto de 1955, por sugestão do então presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Ministro Edgard Costa, o Congresso instituiu a cédula oficial para as eleições de presidente e vice-presidente da República. O primeiro presidente a ser eleito pelo novo sistema foi Juscelino Kubitschek, em 3 de outubro de 1955.

É interessante mencionar que as urnas eram inicialmente de madeira ou ferro, pesadas e desconfortáveis. Na década de 1950, ocorreu a padronização, com urnas de lona. A partir das eleições de 1996, iniciou-se a implantação, no País, da urna eletrônica.

No começo da década de 1960, o País possuía 13 partidos políticos.

Com o golpe militar de 1964, adveio a Lei n. 4.740, de 15 de julho de 1965 – Lei Orgânica dos Partidos Políticos –, estabelecendo regras rígidas para diminuir a quantidade de agremiações partidárias. Seu art. 3º manteve o dispositivo da Lei n. 1.164, de 1950, pelo qual “o partido adquire personalidade jurídica com seu registro pelo Tribunal Superior Eleitoral”. O art. 7º exigia, para a constituição da agremiação política, a participação de, “pelo menos, 3% (três por cento) do eleitorado que votou na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos em 11 (onze) ou mais Estados, com o mínimo de 2% (dois por cento) em cada um”. Por intermédio do art. 60, apareceu, pela primeira vez, o fundo partidário.

Na mesma data, foi editado o atual Código Eleitoral – Lei n. 4.347, de 15 de julho de 1965 –, que, em sua redação original, vedava a aliança de partidos políticos nas eleições proporcionais (art. 105) e estabelecia a prevalência do princípio majoritário nas eleições para presidente e vice-presidente da República, governadores e vice-governadores dos Estados, senadores federais e seus suplentes, deputados federais nos Territórios, prefeitos e vice-prefeitos municipais e juízes de paz (art. 83).

Entretanto, antes mesmo que as novas leis produzissem efeitos, em 27 de outubro de 1965, o governo Castello Branco baixou o Ato Institucional n. 2, extinguindo os partidos políticos. Em seu art. 9º, fixou a eleição indireta para presidente e vice-presidente da República, “realizada pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão pública e votação nominal”.

Conforme Elio Gaspari¹⁹,

o AI-2 mostrou a essência antidemocrática da moderação castelista. Derrotada nas urnas em 1946, 50 e 54, a direita militar vira-se diante de um dilema: a democracia com derrota ou a vitória sem ela. Durante os dias da crise militar que antecederam a recaída ditatorial, Castello nada fez para defender a ordem constitucional que presidia. Numa só canetada, abandonou a legalidade formal e cassou aos brasileiros o direito de eleger o presidente da República.

Por meio do Ato Complementar n. 4, de 20 de novembro de 1965, o governo militar criou o bipartidarismo, ao determinar, em seu art. 1º, que

aos membros efetivos do Congresso Nacional, em número não inferior a 120 deputados e 20 senadores, caberá a iniciativa de promover a criação, dentro do prazo de 45 dias, de organizações que terão, nos termos do presente Ato, atribuições de partidos políticos enquanto êstes não se constituírem

Na prática, as condições estabelecidas para a criação de partidos políticos só tornavam possível o surgimento de um partido favorável ao governo e outro de oposição. Como bem observa Paulo Bonavides²⁰, “a técnica constitucional dos percentuais eleitorais mínimos fora

19 GASPARI, 2002, p. 240.

20 BONAVIDES, 2011, p. 416.

evidentemente concebida com o propósito de criar de modo artificial um sistema bipartidário rígido”.

Tendo sido extintos os partidos até então existentes, não podiam seus nomes, siglas, legendas ou símbolos ser usados para a designação das novas organizações (art. 13) nem para os fins de propaganda escrita ou falada.

Foi instituída, ainda, a fidelidade partidária, que obrigava todos os eleitos a votar segundo as decisões da cúpula partidária, sob pena de perda de mandato, aumentando o poder de pressão do Executivo sobre o Legislativo.

Em 17 de outubro de 1969, foi editada a Emenda Constitucional n. 1, que, teoricamente, atenuou o rigor dos percentuais anteriores, facilitando a criação de partidos políticos, ao reduzir o quórum exigido para 5%, distribuídos em sete estados e com pelo menos 7% em cada um, deixando de exigir um número mínimo de deputados e senadores. No § 5º do art. 152, foi inserida a fidelidade partidária, devendo a perda do mandato ser decretada pela Justiça Eleitoral mediante representação do partido (§ 6º).

Durante o governo Médici, surgiu a chamada Segunda Lei Orgânica dos Partidos Políticos – Lei n. 5.682, de 21 de julho de 1971 –, que “objetivou, basicamente, estabelecer o centralismo e o controle de cima para baixo nas organizações político-partidárias²¹”. Em seu art. 2º dispunha que os partidos políticos, pessoas jurídicas de direito público interno, tinham como finalidade assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo. As coligações foram proibidas e mantinha-se a aquisição da personalidade jurídica com o registro no Tribunal Superior Eleitoral. Na verdade, a proibição de coligações, com o bipartidarismo existente, não tinha qualquer razão de ser.

Em 14 de abril de 1977, pelo Decreto-Lei n. 1.541, passou-se a permitir que um partido lançasse até três candidatos para o mesmo cargo.

A Emenda Constitucional n. 11, de 13 de outubro de 1978, introduziu novas alterações para a criação de agremiações partidárias, passando a

21 LIMA, 2005.

exigir a filiação de pelo menos 10% dos representantes da Câmara e do Senado ou apoio expresso de 5% do eleitorado nacional, distribuído em pelo menos nove estados, com no mínimo 3% do eleitorado de cada um.

Em 20 de dezembro de 1979, foi editada a Lei n. 6.767, que modificou dispositivos da *Lei n. 5.682, de 21 de julho de 1971* (Lei Orgânica dos Partidos Políticos), e dispôs sobre preceitos do *Decreto-lei n. 1.541, de 14 de abril de 1977*. O seu objetivo foi desarticular a crescente frente oposicionista. Extinguiu

os partidos criados como organizações, com base no Ato Complementar n. 4, de 20 de novembro de 1965, e transformados em partidos de acordo com a Lei n. 4.740, de 15 de julho de 1965, por não preencherem, para seu funcionamento, os requisitos estabelecidos nesta Lei.

A nova lei introduziu alterações nos arts. 35 a 38 da *Lei n. 5.682, de 21 de julho de 1971*, que se constituíram em rígidas exigências a serem cumpridas pelas associações políticas que desejassem obter o registro partidário. Deveriam ser realizadas convenções em nove estados e em pelo menos um quinto de seus municípios, com um número determinado de filiados, variável segundo o número de eleitores dos municípios. Com a exigência dessas condições, somente três agremiações conseguiram o registro: o PDS, o PMDB (originado do MDB) e o Partido Progressista (PP).

O art. 13 da Lei n. 5.682/1971, com a nova redação, em seu § 2º, estabeleceu serem partes legítimas para impugnar o registro o Ministério Público, o partido político, o membro de órgão de direção partidária e o titular de mandato eletivo.

Antes das eleições de 1982, visando beneficiar o PDS, que passou a ser o partido do governo, foi promulgada, em 19 de janeiro, a Lei n. 6.978, que introduziu nova reforma no sistema eleitoral, proibindo as coligações e estabelecendo o voto vinculado (candidatos da mesma legenda para todos os níveis de representação).

Em termos reais, a reforma de 1979 não acabou com o bipartidarismo existente, pois, nas eleições de 1982, somente em quatro estados da federação, a soma dos votos dos partidos menores conseguiu superar os 5% exigidos²².

22 Cf. LIMA, 2005.

Em 15 de maio de 1985, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 25, que diminuiu as exigências para a criação de novos partidos políticos, reduzindo o apoio necessário para 3% do eleitorado, distribuídos em no mínimo cinco estados, com pelo menos 2% do eleitorado de cada um.

3 A Constituição Federal de 1988 e as novas normas eleitorais

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 17, § 1º, dispôs sobre a liberdade de “criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana”, assegurando-lhes “autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária”.

Ao mesmo tempo, em seus §§ 2º e 3º, fixou-lhes a aquisição da personalidade jurídica na forma da lei civil, após o que “registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral”. De fato, durante muito tempo, discutiu-se se o partido político tinha personalidade jurídica de direito público ou privado, ainda que, pelo registro histórico, fique demonstrado que a maioria das Constituições Federais se inclinasse pela primeira opção. Por isso, “era acentuada a ingerência do Estado no seu funcionamento²³”. No Capítulo V do Título II da novel Constituição, foram inseridos os dois vetores que inspiraram o disciplinamento dos partidos: a autonomia e a liberdade de criação. A nova Carta Política assegurou-lhes, ainda, o direito aos recursos do fundo partidário e ao acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

Em 19 de setembro de 1995, surgiu a nova Lei dos Partidos Políticos – Lei n. 9.096 –, que já foi objeto de sucessivas alterações. Os seus arts. 13, 41 (parcialmente), 48, 49 (parcialmente), 56 (*caput*) e 57 (*caput*) foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da *ADIN* n. 1.351-3 e da *ADIN* n. 1.354-8, publicadas no DOU de 18 de

23 PINTO, 2010, p. 114.

dezembro de 2006, p. 1. Outros dispositivos foram alterados, acrescidos ou suprimidos pelas Leis n. 9.259, de 9 de janeiro de 1996; 9.504, de 30 de setembro de 1997; 9.693, de 27 de julho de 1998; 11.459, de 21 de março de 2007; 11.694, de 12 de junho de 2008; e 12.034, de 29 de setembro de 2009.

Com a promulgação da Lei dos Partidos Políticos, não havia mais que se falar em lei *orgânica*, uma vez que não cabia mais ao Estado organizar as agremiações ou dispor sobre a sua organização, mas aos próprios partidos. Por sua vez, o art. 17, § 1º, da Constituição Federal de 1988 havia consagrado o princípio da autonomia partidária e, a partir de então, o controle judicial sobre os partidos políticos ficara restrito à verificação do cumprimento dos requisitos constitucionais.

A Lei n. 9.504, de 1997, conhecida como Lei das Eleições, nasceu do PL 2.695, de 8 de janeiro de 1997, de autoria do Deputado Federal Edinho de Araújo, tendo como base as leis editadas para as eleições de 1994 e 1996. Conforme Olivar Coneglian²⁴, “a intenção era criar mais uma `lei do ano´ para as eleições de 1998”. Ou seja, as leis eram criadas para as eleições que se realizassem no ano subsequente, sem que houvesse uma lei geral que regulasse as eleições no país.

Entretanto, o relator designado optou por uma lei perene, que viesse a regular todas as eleições futuras. Até então, como já dito, existiam as “leis do ano”, que eram leis provisórias, com vigência por determinado período. A Lei n. 9.504/1997, ao contrário, estabeleceu normas que passaram a valer para as eleições municipais e gerais: “surgiu definida como lei para toda e qualquer eleição político-partidária²⁵”.

A Lei n. 9.840, de 28 de setembro de 1999, chamada “Lei de combate à corrupção eleitoral”, introduziu na Lei n. 9.504/1997 o art. 41-A. Originou-se de projeto elaborado por um grupo de trabalho, constituído em 1997 pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e outras entidades da sociedade civil, que iniciou a coleta de assinaturas populares em 1998.

Em agosto de 1998, o projeto foi apresentado à Câmara dos Deputados, contendo 1.039.175 assinaturas. Optou-se, entretanto, por um

²⁴ CONEGLIAN, 2008, p. 11.

²⁵ *Ibidem*, p.12.

projeto de iniciativa parlamentar para evitar a alegação de vício formal de iniciativa.

O referido artigo ficou assim redigido:

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 cinqüenta 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. [grifo nosso]

A Lei n. 12.034/2009 acrescentou os parágrafos 1º a 4º ao art. 41-A:

§ 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.

§ 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.

§ 3º A representação contra as condutas vedadas no *caput* poderá ser ajuizada até a data da diplomação.

§ 4º O prazo de recurso contra decisões proferidas com base neste artigo será de 3 (três) dias, a contar da data da publicação do julgamento no Diário Oficial.

4 As alterações introduzidas na Lei dos Partidos Políticos pela Lei n. 12.034, de 29 de setembro de 2009

A chamada minirreforma eleitoral produziu alterações no Código Eleitoral, na Lei dos Partidos Políticos e na Lei das Eleições.

No que tange à Lei n. 9.096/1997, foi substituída a antiga redação do art. 15-A, para estabelecer que não há solidariedade entre os órgãos partidários nacionais e regionais quanto a dívidas trabalhistas; introduzido o § 3º do art. 19, para garantir aos órgãos de direção nacional o direito de acesso às informações sobre seus filiados no cadastro

eleitoral; e introduzidos os §§ 4º, 5º e 6º no art. 28, individualizando a responsabilidade dos órgãos partidários nacionais, regionais e municipais quanto a eventuais suspensões de repasse do fundo partidário e realização de despesas. O § 5º do art. 39 conferiu liberdade aos partidos políticos para, em ano eleitoral, aplicar ou distribuir os recursos financeiros recebidos por pessoas físicas e jurídicas.

Quanto ao Fundo Partidário, foi alterado o inciso I e introduzido o inciso V do art. 44, bem como os seus §§ 4º e 5º, e introduzido o inciso IV, substituído o § 2º e acrescentados os incisos do art. 45.

Com essas alterações, permitiu-se que os recursos do Fundo Partidário fossem aplicados na manutenção de sedes e demais serviços do partido, inclusive em despesas com pessoal, observado o limite máximo de 50% do valor proveniente do Fundo e, ainda, na criação e manutenção de programas para incentivo da participação política das mulheres, conforme percentual a ser fixado pelo órgão de direção nacional (observado o limite de 5% do total repassado). A Lei estabeleceu ainda que, caso o partido não destine recursos para tais programas, deverá acrescentar, no ano subsequente, o percentual de 2,5% do Fundo Partidário para essa finalidade, ficando impedido de utilizá-lo para fim diverso.

Alguns dos novos dispositivos legais já foram objeto de decisões do Tribunal Superior Eleitoral. É o caso, por exemplo, do § 6º do art. 37 da Lei dos Partidos Políticos, que judicializou a prestação de contas dos órgãos partidários. Sendo, até então, de caráter eminentemente administrativo, as decisões proferidas nesses processos admitiam tão somente a impetração de mandado de segurança.

A respeito da judicialização da prestação de contas, o TSE já decidiu que

a norma inserida pela Lei n. 12.034/2009, que passou a prever o cabimento do recurso especial em processos de prestação de contas, possui natureza eminentemente processual, não suportando aplicação retroativa, mas apenas prospectiva, em respeito aos atos processuais já consumados²⁶.

26 Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 12123 - Morrinhos/CE, Relator Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, DJE 2 dez. 2010, p. 64.

A matéria é de especial interesse das agremiações partidárias porque o § 3º do mesmo artigo dispõe que a desaprovação total ou parcial da prestação de contas acarreta a sanção de suspensão do repasse de novas quotas do Fundo Partidário. Esse fundo é constituído pelas multas e penalidades pecuniárias, pelos recursos financeiros destinados por lei, sejam permanentes ou temporários, por doações feitas na sua conta e por dotações orçamentárias da União. Verifica-se, assim, que o Fundo é de extrema importância para as campanhas eleitorais.

Quanto às doações para o Fundo, examinando o art. 60 da antiga Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei n. 4.740/1965), Paulo Bonavides afirmava não atinar com a extensão moralizadora da vedação aos partidos de recebimento de recursos provenientes, direta ou indiretamente, de empresas privadas de finalidade lucrativa, ao mesmo tempo em que admitia que o fundo partidário recebesse *doações particulares* “que milionários generosos poderão fazer, em proveito do mencionado fundo”²⁷.

A atual Lei dos Partidos Políticos não veda o recebimento de contribuição ou auxílio pecuniário ou estimável em dinheiro, salvo nas hipóteses previstas nos incisos I a IV do seu art. 31: provenientes de entidade ou governo estrangeiros; autoridade ou órgãos públicos, ressalvadas as dotações referidas no art. 38; autarquias, empresas públicas ou concessionárias de serviços públicos, sociedades de economia mista e fundações instituídas em virtude de lei e para cujos recursos concorram órgãos ou entidades governamentais; entidade de classe ou sindical.

A interpretação restritiva do referido artigo pelo TSE tem dado margem a que doações vultosas sejam feitas a partidos políticos para campanhas eleitorais sem investigação de suas origens. É o caso de doações realizadas por associações de classe, sem recursos financeiros que não aqueles provenientes de contribuições voluntárias de seus associados, dando margem a que empresas filiadas possam realizar doações individuais a partidos, coligações ou candidatos, observado o limite previsto na legislação e, ao mesmo tempo, realizem doações fora do limite legal, via associações de representação. Saliente-se que, a respeito do tema, o Supremo Tribunal assim já decidiu:

27 BONAVIDES, 2011, p. 424.

O conceito de entidade de classe é dado pelo objetivo institucional classista, pouco importando que a eles diretamente se filiem os membros da respectiva categoria social ou as agremiações que congreguem, com a mesma finalidade, em âmbito territorial mais restrito²⁸.

De igual modo, em voto-vista no Tribunal Superior Eleitoral, a então Ministra Ellen Gracie²⁹ assim se pronunciou:

Se, pela Lei das Eleições, ao partido político e aos candidatos, em regra, não são vedadas as doações realizadas por empresas, há que se encontrar, conforme bem assinalado, pelo eminente Ministro Carlos Velloso, qual a *ratio legis* no ponto, ou seja, dentro do contexto do sistema disciplinado pela lei e, mais precisamente, no contexto do art. 24, que bens jurídicos estariam sendo tutelados pelo legislador ao proibir o recebimento de contribuições oriundas das chamadas 'entidades de classe'. [...] Parece-me que o legislador, no inciso IV, quis tutelar a transparência do processo eleitoral, vedando doação por interposta pessoa, conferindo ao aplicador da norma instrumentos eficazes para não só identificar as práticas que possam comprometer o equilíbrio entre os candidatos, mas também estabelecer punições precisas e suficientes para cada prática ilícita identificada.

Porém, a tendência atual do TSE tem sido a de interpretar restritivamente não só o elenco das fontes vedadas como a de exigir a potencialidade para desequilibrar o pleito, conforme se vê do seguinte excerto de acórdão proferido recentemente em recurso contra expedição de diploma:

[...] 2. Conquanto a legislação proíba a doação direta ou indireta, em dinheiro ou estimável em dinheiro, proveniente de entidades sindicais, *ex vi* do art. 24, VI, da Lei n. 9.504/97, a utilização de recursos financeiros em desacordo com o referido diploma não é suficiente, por si só, à caracterização de abuso.

3. O objetivo da campanha eleitoral é a conquista da simpatia e confiança dos eleitores por meio do histórico e perfil do candidato, não sendo vedadas referências aos feitos e realizações atinentes ao exercício da liderança sindical.

28 ADI-AgR n. 3.153/DF. Rel. Min. Celso de Mello.

29 Trecho do voto-vista proferido nos autos do Respe n. 21.194.

4. Embora reprováveis os atos praticados, o conjunto probatório dos autos não permite concluir que tenha havido abuso do poder econômico, em razão da falta de potencialidade daqueles para influir no resultado do pleito.

Recurso desprovido³⁰.

E ainda:

1. Na linha da jurisprudência desta Corte, a Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa (Interfarma), entidade civil sem fins lucrativos, não se enquadra na vedação contida no art. 24, VI, da Lei n. 9.504/97. Precedentes.

Agravo regimental desprovido³¹.

5 Fidelidade partidária

As constantes trocas de legenda entre os parlamentares fora do período eleitoral são uma característica marcante do sistema partidário brasileiro. As migrações partidárias constituem estratégias utilizadas pelos candidatos eleitos para maximizarem seu espaço político. Por outro lado, o grande número de partidos existentes gera dificuldades para a obtenção de maiorias governamentais e faz com que o Executivo, muitas vezes, recorra a negociações para obter condições de governabilidade, reforçando e encorajando a migração partidária nos partidos de oposição.

O instituto da fidelidade partidária tinha previsão expressa na Constituição Federal de 1967, com a redação que lhe foi dada pela Emenda n. 1, de 1969.

Na redação original, o art. 152 da Emenda Constitucional n. 1 possuía, inicialmente, apenas um parágrafo, assim dispondo:

Parágrafo único. Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmara Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente

³⁰ Recurso Contra Expedição de Diploma n. 745 - São Paulo/SP, Relator Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, DJE - 24 ago. 2010, p. 105.

³¹ Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 708852, Relator Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, DJE - 26 ago. 2011, p. 99-100.

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.

Posteriormente, foram acrescentados novos parágrafos pela Emenda Constitucional n. 11, de 1970, tendo ficado o § 5º do art. 152 assim redigido:

§ 5º Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitude ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito, salvo para participar, como fundador, da constituição de novo partido.

O inciso V do art. 35 e o § 5º do art. 152 foram revogados pela Emenda Constitucional n. 25/1985.

O art. 15 da Lei n. 9.096/1997 dispôs que o Estatuto do partido deve conter, entre outras, normas sobre fidelidade e disciplina partidárias, processo para apuração das infrações e aplicação das penalidades, assegurado amplo direito de defesa (inciso V). Redação semelhante se encontra no § 1º do art. 17 da Constituição Federal de 1988.

O instituto da fidelidade partidária foi, igualmente, contemplado no art. 26 da Lei n. 9.096, nos seguintes termos:

Art. 26. Perde automaticamente a função ou cargo que exerça, na respectiva Casa Legislativa, em virtude da proporção partidária, o parlamentar que deixar o partido sob cuja legenda tenha sido eleito.

Até março de 2007, nenhuma discussão judicial se havia travado sobre a titularidade dos mandatos eletivos. Naquele ano, o Partido da Frente Liberal – PFL (atual Democratas – DEM) formulou a Consulta n. 1.398 ao Tribunal Superior Eleitoral, indagando se os partidos e as coligações tinham o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional quando houvesse o pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda.

Em consequência, e considerando o que havia sido decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos mandados de segurança n. 26.602, 26.603

e 26.604, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução n. 22.610/2007, que, em seu art. 1º, dispôs:

Art. 1º O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.

§ 1º Considera-se justa causa:

- I) incorporação ou fusão do partido;
- II) criação de novo partido;
- III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;
- IV) grave discriminação pessoal.

O § 2º do mesmo artigo tratou da legitimação ativa e do prazo para formular o pedido de desfiliação, enquanto o § 3º previu a ação de declaração de justa causa, a ser ajuizada pelo mandatário que se desfilou ou pretenda se desfiliar de partido político.

Os mandados de segurança, ajuizados perante o Supremo Tribunal Federal, tinham o objetivo de obter da Corte Suprema decisão acerca da constitucionalidade do instituto da fidelidade partidária. Por terem os três o mesmo objetivo, embora distribuídos a relatores distintos³², será transcrito excerto da ementa do primeiro, de número 26.602, *in verbis*:

1. Mandado de segurança conhecido, ressalvado entendimento do Relator, no sentido de que as hipóteses de perda de mandato parlamentar, taxativamente previstas no texto constitucional, reclamam decisão do Plenário ou da Mesa Diretora, não do Presidente da Casa, isoladamente e com fundamento em decisão do Tribunal Superior Eleitoral. 2. A permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato. Daí a alteração da jurisprudência do Tribunal, a fim de que a fidelidade do parlamentar perdure após a posse no cargo eletivo. 3. O instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido, passou a vigorar a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398, em 27 de março de 2007. 4. O abandono de legenda enseja a extinção do mandato do parlamentar,

32 Ministros Eros Grau, Celso de Mello e Cármen Lúcia, respectivamente.

ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral. 5. Os parlamentares litisconsortes passivos no presente mandado de segurança mudaram de partido antes da resposta do Tribunal Superior Eleitoral. Ordem denegada³³.

Inúmeras decisões do Tribunal Superior Eleitoral, a partir de então, enfrentaram o tema, como se vê do exemplo abaixo transcrito:

1. A constitucionalidade da Resolução-TSE n. 22.610/2007, que regulamenta os processos de perda de mandato eletivo e de justificação de desfiliação partidária, foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADI's n.s 3.999 e 4.086.
2. O Ministério Público é parte legítima para atuar nos referidos processos.
3. A eventual resistência interna a futura pretensão de concorrer à prefeitura ou a intenção de viabilizar essa candidatura por outra sigla não caracterizam justa causa para a desfiliação partidária, pois a disputa e a divergência internas fazem parte da vida partidária³⁴.

Ocorre que os próprios partidos políticos, que seriam, teoricamente, os mais interessados em evitar a migração dos eleitos pela sua legenda para outras agremiações, vêm, muitas vezes, concordando expressamente com essa situação ou deixando de tomar qualquer medida, no prazo legal, contra o parlamentar “fujão”.

Na hipótese de concordância do partido, já decidiu o Tribunal Superior Eleitoral:

Havendo consonância do Partido quanto à existência de fatos que justifiquem a desfiliação partidária, não há razão para não declarar a existência de justa causa³⁵.

Em resposta a duas consultas formuladas no presente ano, o TSE assim se pronunciou:

33 MS 26.606 – DF, Relator Min. Eros Grau, julgamento em 4 out. 2007, STF – Tribunal Pleno, publicado no DJE 16 out. 2008.

34 RO n. 1761 – Cuiabá/MT, Relator(a) Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, DJE 4 ago. 2009, p. 94.

35 Pet n. 2.797, Rel. Min. Gerardo Grossi, DJ 18 mar. 2008.

Consulta. Partido político. Criação. Infidelidade partidária. Descaracterização. Funcionamento parlamentar. Matéria não eleitoral.

A criação de partido novo não configura causa de infidelidade partidária, pois é uma das exceções nas quais o pedido de desfiliação não acarretaria a perda do mandato eletivo, à luz do § 1º do art. 1º da Res.-TSE n. 22.610/2007.

Por esse motivo, não há desfiliação automática de parlamentares ou de membros do Executivo em mandato eletivo que porventura assinem manifesto de criação de novo partido político.

Mesmo que haja previsão de desfiliação partidária no estatuto de partido político para aqueles que detenham mandato eletivo e manifestem interesse em migrar para nova legenda, não se configura a infidelidade partidária, pois o inciso II do § 1º do art. 1º da Res.-TSE n. 22.610/2007 destaca essa hipótese como justa causa para desfiliação.

Não compete ao Tribunal Superior Eleitoral responder a consultas relativas a funcionamento parlamentar de partidos políticos, por se tratar de matéria não eleitoral.

A autonomia dos partidos políticos quanto à sua estrutura interna, organização e funcionamento flui diretamente da Constituição Federal para os estatutos, como se estes fossem uma lei complementar. A lei ordinária, portanto, não pode sobrepor-se ao que estiver nos estatutos em se tratando de estrutura interna, organização e funcionamento.

Eventual sanção de perda de mandato eletivo, em face de infidelidade partidária por parte de mandatário eleitoral que se encontre empenhado na criação de novo partido político, seja antes, durante ou depois da criação desse novo partido, é prerrogativa da Justiça Eleitoral.

Nesse entendimento, o Tribunal, por unanimidade, respondeu à consulta³⁶.

E, ainda:

Consulta. Criação. Partido político. Fundador. Apoiador. Caracterização. Filiação partidária. Prazo.

1. Não há qualquer impedimento para que o fundador do partido político continue filiado à agremiação de origem, “pois se trata de

³⁶ Consulta n. 695-62/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, em 23 ago. 2011. Informativo TSE n. 24, ano 13. 22 a 28 ago. 2011.

etapa intermediária para a constituição definitiva da nova agremiação” (Precedente: Pet n. 3.019/DF, rel. Min. Aldir Passarinho Junior).

2. A filiação partidária pressupõe a efetiva constituição do partido, ou seja, só pode ser manifestada após o registro no Tribunal Superior Eleitoral.

3. Para concorrer a cargo eletivo, o eleitor deverá estar filiado ao respectivo partido pelo menos um ano antes da data fixada para as eleições. Não se pode considerar, para fins de candidatura, o prazo que o eleitor figurava apenas como fundador ou apoiador na criação da legenda.

Resposta afirmativa à primeira e negativa à segunda, terceira e quarta questões³⁷. [grifo do autor]

Hipótese interessante, que merece ser destacada, foi a da recente criação do Partido Social Democrático.

O Partido Social Democrático (PSD) foi criado e organizado, inicialmente, nos estados brasileiros, sob a chefia dos interventores nomeados por Getúlio Vargas ou de pessoas de grande projeção política ligadas às interventorias. Oriundo da máquina getulista, teve seus estatutos publicados em 9 de maio de 1945³⁸.

Esse partido foi extinto, como todos os demais então existentes, pelo Ato Institucional n. 2, de 1965.

Em abril de 2011, um grupo liderado pelo prefeito de São Paulo, Gilberto Kassab, deu início à formação do novo PSD.

Devido ao curto período de tempo de que dispunha, o Partido não logrou, em tempo hábil, apresentar aos Tribunais Regionais Eleitorais a comprovação do apoio mínimo necessário à sua formação mediante a certificação das assinaturas do eleitorado pelos cartórios eleitorais, na

37 Consulta n. 761-42/DF. Relator: Ministro Marcelo Ribeiro. DJE 23 set. 2011.

38 SOUZA, 1976, p. 109-115. A autora informa que, paralelamente, Vargas dedicava-se à criação do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), que contava com o voto do operariado e, mobilizado pelo Ministério do Trabalho, esteve “vinculado desde o início aos institutos de previdência e esquemas congêneres”. No mesmo sentido, a recente biografia de João Goulart, escrita por Jorge Ferreira (FERREIRA, J. *João Goulart – uma biografia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 54-55), informa que o PTB foi fundado por ativistas sindicais, na maioria, presidentes de sindicatos.

forma da Resolução TSE n. 23.282/2010 e do inciso III do art. 9º da Lei n. 9.096/1995.

A Resolução n. 23.282/2010 determina que o pedido de registro do estatuto e do órgão de direção nacional, perante o Tribunal Superior Eleitoral, será realizado por meio de certidões “expedidas pelos tribunais regionais eleitorais que comprovem ter o partido político em formação obtido, nos respectivos estados, o apoio mínimo de eleitores a que se refere o §1º do art. 7º, da Lei 9.096/97”.

Ocorre que diversas denúncias haviam sido publicadas na imprensa³⁹, envolvendo fraudes cometidas no processo de coleta dos apoios de eleitores, que iam desde a detecção de assinaturas de pessoas já falecidas até a troca de apoio por cestas básicas. Esses ilícitos estavam sendo apurados pelo Ministério Público Eleitoral perante as instâncias competentes. No caso do Estado de São Paulo, por exemplo, o Ministério Público Eleitoral havia constatado a existência de duplicidade na contabilização das assinaturas, e a Corregedoria havia determinado que 28 cartórios eleitorais realizassem nova conferência das listas de apoio em razão da ausência de verificação da mencionada duplicidade. Faltavam, assim, para atingir o mínimo exigido pela legislação eleitoral, cerca de 100.000 apoios. Tais fatos distanciavam o novo partido do cumprimento das normas de regência, quando do julgamento do pedido de registro.

Contrariando sua própria resolução, o Tribunal Superior Eleitoral entendeu que as certidões dos cartórios eleitorais, firmadas após a consolidação nos TREs ou expedidas depois do julgamento do registro regional, também deveriam ser computadas e fazer parte do processo de registro no TSE, pois detinham a mesma validade das certidões dos regionais⁴⁰.

Em divergência, na linha do entendimento preconizado pelo Ministério Público Eleitoral, o Ministro Marco Aurélio “indeferiu o pedido de registro do partido, argumentando que o requerimento foi formalizado

39 Entre outras, *A Gazeta*, de 23 jul. 2011; *Diário do Congresso*, de 31 ago. 2011, *Folha de São Paulo*, de 22 set. 2011 e *Jornal do Brasil*, de 24 set. 2011.

40 Registro de Partido Político n. 1417-96/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, em 27 set. 2011.

sem o atendimento integral ao que estipulado na Lei n. 9.096/1995 e na Res. TSE n. 23.282/2010 em termos de apoioamento”. Considerou, ainda, o fato de que o TSE não realiza, por via direta, sem intermediação, a supervisão dos juízos eleitorais, os quais se reportam aos tribunais regionais. Ponderou, ainda, que não havia como saber se o requisito para o registro dos diretórios regionais nos tribunais regionais foi atendido, porque o apoioamento na percentagem exigida pela resolução não foi demonstrado nos tribunais regionais.

6 A ADI 4543 e a inconstitucionalidade do voto impresso

Para finalizar, cabe fazer um breve exame da ADI n. 4543, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal pela autora do presente artigo⁴¹, com pedido de liminar, visando à declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei n. 12.034/2009, que assim dispôs:

Art. 5º Fica criado, a partir das eleições de 2014, inclusive, o voto impresso conferido pelo eleitor, garantido o total sigilo do voto e observadas as seguintes regras:

§ 1º A máquina de votar exibirá para o eleitor, primeiramente, as telas referentes às eleições proporcionais; em seguida, as referentes às eleições majoritárias; finalmente, o voto completo para conferência visual do eleitor e confirmação final do voto.

§ 2º Após a confirmação final do voto pelo eleitor, a urna eletrônica imprimirá um número único de identificação do voto associado à sua própria assinatura digital.

§ 3º O voto deverá ser depositado de forma automática, sem contato manual do eleitor, em local previamente lacrado.

§ 4º Após o fim da votação, a Justiça Eleitoral realizará, em audiência pública, auditoria independente do *software* mediante o sorteio de 2% (dois por cento) das urnas eletrônicas de cada Zona Eleitoral, respeitado o limite mínimo de 3 (três) máquinas por município, que deverão ter seus votos em papel contados e comparados com os resultados apresentados pelo respectivo boletim.

41 Na qualidade de Procuradora-Geral da República em exercício.

§ 5º É permitido o uso de identificação do eleitor por sua biometria ou pela digitação do seu nome ou número de eleitor, desde que a máquina de identificar não tenha nenhuma conexão com a urna eletrônica.

De acordo com a norma impugnada, o voto impresso pela urna eletrônica permitiria ao eleitor a sua conferência por meio de um número único de identificação que viria a associar o conteúdo do voto com a assinatura digital da urna.

Ocorre que a garantia da inviolabilidade do eleitor pressupõe, exatamente, a impossibilidade de existir, no exercício do voto, qualquer forma de identificação pessoal, assegurando-se a liberdade de manifestação, sem qualquer tipo de coação.

No caso, o sigilo do voto estaria em risco, pois, caso ocorresse qualquer falha na impressão ou travamento do papel na urna eletrônica, seria necessária a intervenção humana para solucionar o problema. Em consequência, os votos até então registrados ficariam expostos ao servidor responsável pela manutenção do equipamento. O mesmo ocorreria num eventual pedido de recontagem de votos.

Dessa forma, o dispositivo em questão entrava em confronto com o direito subjetivo ao voto secreto, inserto no art. 14 da Constituição Federal, uma vez que a impressão do voto permitiria a identificação dos eleitores pela associação de sua assinatura digital ao número único de identificação impresso pela urna eletrônica.

A Secretaria de Tecnologia de Informação do Tribunal Superior Eleitoral, em suas “considerações sobre o voto impresso e a separação da identificação do eleitor” – versão 2, de outubro de 2011 – apontou, ainda, o grave fato de que a impressão do voto em trilhas de papel introduziria componentes eletromecânicos que aumentariam sobremaneira a probabilidade de falhas durante a coleta dos votos. Ademais, levando em conta as condições ambientais do território brasileiro (regiões úmidas, secas, de clima temperado, etc.), a taxa de falhas aumentaria nos locais com alta umidade, nos quais o papel, por melhor que fosse sua qualidade, poderia ser “mastigado”, em vez de ser corretamente cortado pela guilhotina da impressora.

Haveria, ainda, a possibilidade de introdução de voto extra durante o escrutínio, que voltaria a ser manual nas urnas escolhidas para serem verificadas.

Por fim, implicar a impressão do voto a sua visualização e conferência impediria que eleitores portadores de deficiência visual ou analfabetos pudessem verificar seus votos. Segundo o IBGE, 10% da população brasileira acima de 15 anos é analfabeta, chegando essa taxa a 19,4% na região Nordeste. Se for considerado o analfabetismo funcional, a taxa nacional sobe a 21% e a 31,6% no Nordeste.

De acordo com a Sociedade Brasileira de Oftalmologia, 4 milhões de brasileiros possuem deficiência visual e 1,25 milhão são cegos. Tais pessoas, como os analfabetos, tiveram, com as urnas eletrônicas, maior acessibilidade ao exercício do voto, uma vez que, desde a urna modelo 2000, há uma interface de áudio, para que os eleitores portadores de deficiência visual ou cegos possam ouvir o número do candidato e as instruções para o voto relativo a cada cargo.

Em sessão realizada no dia 19 de outubro de 2011, o Supremo Tribunal Federal concedeu a liminar pleiteada na referida ADI, conforme consta do Informativo n. 645 daquela Corte:

O Plenário deferiu *medida cautelar* em ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pelo PGR, para suspender os efeitos do art. 5º da Lei 12.034/2009, que dispõe sobre a criação, a partir das eleições de 2014, do voto impresso [...]. Destacou-se o caráter secreto do sufrágio no direito constitucional brasileiro (CF, art. 14), conquista destinada a garantir a inviolabilidade do querer democrático do eleitor e a intangibilidade do seu direito por qualquer forma de pressão. Reputou-se que a impressão do voto feriria o direito inexpugnável ao segredo, visto que configuraria prova do ato de cidadania. Assim, o papel seria desnecessário, pois o eleitor não haveria de prestar contas a quem quer que fosse e o sistema eletrônico dotar-se-ia de segurança incontestável, conforme demonstrado reiteradamente. Nesse sentido, concluiu-se que a impressão serviria para demonstração a terceiro e para vulnerar o segredo constitucionalmente assegurado ao cidadão. Consignou-se que o § 2º do dispositivo impugnado reforçaria essa assertiva, pois o número de identificação associado à assinatura digital poderia favorecer a coação de eleitores pela possibilidade de vincular o voto a

compromissos espúrios. Por outro lado, a urna eletrônica, atualmente utilizada, permitiria que o resultado fosse transmitido às centrais sem a identificação do votante. Ademais, a impressão criaria *discrímen* em relação às pessoas com deficiências visuais e aos analfabetos, que não teriam como verificar seus votos, para o que teriam de buscar ajuda de terceiros, em detrimento do direito ao sigilo igualmente assegurado a todos. Frisou-se que a cada eleitor seria garantido o direito e o dever de um voto, apenas, e que o sistema atual asseguraria que somente se abriria a urna após a identificação do votante e a pessoa não seria substituída, sequer votaria mais de uma vez. Por seu turno, ao vedar a conexão entre o instrumento de identificação e a respectiva urna, o § 5º do artigo de que se cuida possibilitaria a permanência da abertura dela, pelo que poderia o eleitor votar mais de uma vez, ao ficar na cabine. Sublinhou-se, ademais, o princípio da proibição de retrocesso, que seria aplicável também aos direitos políticos, dentre os quais a invulnerabilidade do segredo de voto (CF, art. 60, § 4º, II). No ponto, o Min. Gilmar Mendes afastou esse fundamento, em razão do risco de se ter como parâmetro de controle não apenas a Constituição, mas as leis consideradas benéficas. O Colegiado afirmou que o princípio democrático (CF, art. 1º) garantiria o voto sigiloso, que o sistema adotado – sem as alterações do art. 5º da Lei 12.034/2009 – propiciaria. Destacou-se que a alteração do processo conduziria à desconfiança no sistema eleitoral, própria das ditaduras⁴².

7 Conclusão

Hans Kelsen cunhou a expressão “toda democracia é democracia de partidos”. Vamireh Chacon, analisando a extensão desta frase, afirma que, “por sua estrutura pluralista, o próprio governo democrático é constituído pelo partido, ou partidos, representativo das suas partes, ao lado dos grupos de pressão”⁴³.

Conforme escrito anteriormente, no início da década de 1960, o país possuía 13 partidos políticos. Com o golpe militar de 1964, adveio a Lei n. 4.740, de 15 de julho de 1965 – Lei Orgânica dos Partidos Políticos –,

⁴² ADI 4.543-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 19 out. 2011, STF – Plenário, *Informativo* 645.

⁴³ CHACON. V. *História dos Partidos Brasileiros*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981, p. 11.

estabelecendo regras rígidas para diminuir a quantidade de agremiações partidárias.

Ao Ato Institucional n. 2/1965, que extinguiu os partidos políticos então existentes, sobreveio o Ato Complementar n. 4/1965, estabelecendo percentuais eleitorais mínimos e criando, de modo artificial, um sistema bipartidário rígido, que vigorou até a edição da Lei n. 6.767/1979.

A Constituição Federal de 1988 consagrou, em seu art. 17, o pluripartidarismo, o caráter nacional dos partidos políticos e fixou-lhes a aquisição da personalidade jurídica na forma da lei civil, devendo os seus estatutos ser registrados no Tribunal Superior Eleitoral.

Atualmente, segundo dados do TSE, o Brasil conta com 29 agremiações partidárias devidamente registradas. É fora de dúvida que um percentual significativo desses numerosos partidos não possui representatividade nacional e sequer é conhecido do eleitorado brasileiro.

Segundo matéria publicada pela agência *O Globo* no dia 7 de outubro de 2011⁴⁴, dos 29 partidos políticos registrados no TSE, 23 possuem representação na Câmara dos Deputados, incluindo o novo PSD. Aponta a jornalista responsável pela matéria que “o Brasil apresenta hoje uma situação muito diferente da maioria de seus vizinhos latino-americanos, dos Estados Unidos e também de países da Europa. Nesses países, os integrantes do Parlamento estão concentrados em poucos partidos”.

Continua a reportagem:

O quadro no Brasil favorece a barganha política e expande a troca de favores entre Executivo e Legislativo, avaliam os especialistas. Para eles, a legislação brasileira teria que estabelecer critérios mais rígidos para que esses partidos tenham representação no Congresso. [...]

Para o cientista político David Fleischer, professor da Universidade de Brasília (UnB), o grande número de partidos dificulta a governabilidade do país, pois obriga os governantes a lotear suas administrações em troca de apoio:

44 VASCONCELOS, A. Excesso de partidos amplia barganha e favorece trocas de favores, dizem especialistas. *Agência O Globo*. Brasília: 7 out. 2011.

Pessoalmente, sou favorável à liberdade de criação de novos partidos, mas deveríamos ter uma restrição para que essas legendas possam ter representação no Congresso, como ocorre, por exemplo, na Alemanha, o que poderia reduzir o número de partidos no Legislativo.

De fato, não é possível imaginar que semelhante situação possa favorecer a governabilidade ou representar o exercício legítimo da democracia pluripartidária, uma vez que os partidos políticos necessitam, para serem caracterizados como tais, da união de pessoas em torno de um ideário comum, que vise conduzir a sociedade, segundo certos princípios e prioridades.

Não se pretende, absolutamente, defender o retorno aos regimes autoritários que, por longo tempo, dominaram o cenário político do país, mas a existência de partidos políticos que efetivamente sejam difusores de ideias, projetos e programas, em benefício da governabilidade e da sociedade brasileira.

Para tanto, é preciso que regras mais rígidas sejam criadas para a constituição de novas agremiações e que a Justiça Eleitoral exerça plenamente o seu papel, exigindo o cumprimento das normas estipuladas na Lei dos Partidos Políticos e nas suas próprias Resoluções.

Referências

ASSIS BRASIL, J. F. de. *Democracia representativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRAGA, E. L. *Vida pregressa como causa de inelegibilidade*. 2005. Trabalho de Conclusão de Curso – Escola Superior de Ciências Sociais, Universidade do Amazonas, Escola Judiciária Eleitoral do Amazonas, 2005.

CHACON. Vamireh. *História dos partidos brasileiros*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

CONEGLIAN, Olivar. *Lei das eleições comentada*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

FERREIRA, Jorge. *João Goulart – uma biografia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *História e teoria dos partidos políticos no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1980.

GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. São Paulo: Alfa-Omega, 1978.

LIMA, M. S. *Análise do sistema partidário brasileiro: a evolução das bancadas parlamentares na década de 90*. 2005. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Faculdade de Estudos Sociais Aplicados, Universidade de Brasília, 2005.

PINTO, Djalma. *Direito eleitoral. Improbidade administrativa e responsabilidade fiscal. Noções gerais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SEVERO, Ana Olímpia Celso de Miranda. *Apreciação histórica da formação dos partidos políticos brasileiros*. Monografia apresentada no Curso de Especialização em Ciência Política na Pontifícia Universidade Católica de Pernambuco, em 2005.

SOUZA, Maria do Carmo Campello de. *Estado e partidos políticos no Brasil (1930 a 1964)*. São Paulo: Alfa-Omega, 1976.

VASCONCELOS, Adriana. *Excesso de partidos amplia barganha e favorece trocas de favores, dizem especialistas*. Agência O Globo, Brasília: 7 out. 2011.

Financiamento de campanha eleitoral – entre o público e o privado¹

FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Sumário: 1 Introdução. 2 Financiamento público: aspectos favoráveis e contrários. 3 Financiamento privado: aspectos favoráveis e contrários. 4 O atual sistema de financiamento de campanhas eleitorais no Direito Eleitoral. 5 Conclusão.

1 Introdução

No plano jurídico-constitucional, o Direito Eleitoral tem como finalidade desdobrar e tornar efetivos os princípios constitucionais fundamentais, o Democrático e o Republicano². Sem desconsiderar a relevância de outros aspectos, cabe destacar a igualdade, a liberdade e a publicidade como valores e princípios que constituem *a essência* da democracia como regime político; e servem também de parâmetros para iluminar e guiar a interpretação das normas que regulam as fases constitutivas do processo eleitoral. É importante também, como diretriz de interpretação, a cláusula constitucional da proteção da probidade administrativa; da moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato; e da normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou do abuso do poder político (§ 9º do art. 14).

Assim, ao tratarmos do “financiamento de campanhas eleitorais”, deve-se ter como parâmetros a liberdade, a igualdade e a publicidade, bem como a mencionada cláusula constitucional da proteção da normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico e do abuso do poder político.

1 Artigo elaborado com base na palestra proferida no encontro “Grandes Temas de Direito Eleitoral”, promovido pela Procuradoria Regional Eleitoral – SP, em 23 set. 2011.

2 Sobre princípios constitucionais fundamentais, aplicáveis no direito eleitoral, cf. SANSEVERINO, 2007.

Cabe destacar a relevância e essencialidade do tema do “financiamento de campanhas eleitorais”, sob diversas perspectivas. Além disso, o tema relativo ao “financiamento de campanhas eleitorais” apresenta *complexidade, controvérsia, atualidade e recorrência*.

A *complexidade* do tema refere-se ao aspecto de que, embora possa ser examinado isoladamente para fins de estudo e avaliação, está intimamente ligado a outros aspectos jurídicos e políticos do Direito Constitucional e do Direito Eleitoral, como o sistema de governo, o sistema dos partidos políticos, o sistema eleitoral (majoritário e/ou proporcional), entre outros.

Torna-se importante sublinhar que a mudança nas regras eleitorais a respeito do financiamento de campanha eleitoral pode ser um fator importante para contribuir na melhoria do processo eleitoral. Entretanto, não se trata de remédio para resolver os problemas que afetam a normalidade e legitimidade das eleições. Não faz parte deste trabalho examinar essas questões, embora relevantes. Cabe, ao menos, mencionar, a título exemplificativo, alguns fatores que dificultam o aperfeiçoamento do processo eleitoral e envolvem aspectos políticos, sociológicos e históricos, como o “clientelismo”, o “individualismo” e a “pessoalização”.

Quanto ao “clientelismo”, na perspectiva da campanha eleitoral, trata-se de fenômeno que se constitui, de um lado, pelo fato de o candidato prestar favores e/ou serviços, doar e/ou entregar bens aos eleitores etc.; de outro lado, o eleitor entende que o candidato tem a obrigação de realizar aquelas ações.

O “individualismo” consiste no aspecto de que o candidato faz a campanha eleitoral isoladamente; incumbe-se de fazer a arrecadação e gastos de forma individual; nesse ponto, deve concorrer contra os seus próprios correligionários e os adversários; o que é autorizado e ensejado pelas regras eleitorais, em vigor, acerca do financiamento e lista aberta. Além disso, por serem individuais, as campanhas eleitorais apresentam um número muito grande de candidatos, o que torna mais difícil o controle e a fiscalização efetivos sobre milhares de candidatos.

Nesse sentido, Fátima Anastásia, ao responder questionamento a respeito dos limites de gastos, diz:

Nossas campanhas são individuais – e esse eu acho um ponto muito importante. É um número assombroso de candidatos. Cada partido pode lançar um número de candidatos correspondente a uma vez e meia o número de cadeiras na Câmara, e isso corresponde a milhares de candidatos a cada eleição. E obviamente é muito mais difícil ter o controle sobre milhares de candidatos do que sobre algumas dezenas de partidos³.

Como ilustração, cabe destacar os seguintes números de candidatos em todo o Brasil, a saber: nas Eleições de 2010, ao cargo de Deputado Federal, concorreram 5.930 *candidatos*; nas Eleições Municipais de 2008, ao cargo de Prefeito, 15.670; ao cargo de Vereador, 345.909, *totalizando* 361.579 candidatos⁴.

Ligado ao “individualismo”, o fenômeno da “pessoalização” refere-se ao aspecto de a campanha eleitoral destacar a pessoa do candidato, sua aparência, suas qualidades e características pessoais; não os partidos políticos e suas ideias políticas, as políticas públicas que defende, a vida progressa de seus candidatos.

O tema é *polêmico* e *controverso*. Cada tipo de financiamento de campanha eleitoral apresenta argumentos favoráveis e contrários, vantagens e desvantagens, aspectos positivos e negativos, pontos a serem examinados mais adiante.

3 ANASTÁSIA, Fátima. Controle público é essencial. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/administracao/entrevistas/index>>. Acesso em: 12 ago. 2005.

4 Cabe citar as seguintes notícias no *site* do TSE, Agência de Notícias da Justiça Eleitoral:

4 ago. 2010, sobre o número de candidatos ao cargo de Deputado Federal nas Eleições de 2010 – Deputado Federal – Neste ano, 5.930 mil pessoas concorrem a vagas na Câmara dos Deputados. As legendas com mais candidatos ao cargo de deputado federal são Partido Verde (PV), com 434; PMDB, 419; e PT, 365. E as que apresentam menor número de candidatos são Partido da Causa Operária (PCO), com 8; PCB, com 30; e PSTU, com 38. Disponível em: <<http://agencia.tse.gov.br/sadAdmAgencia/noticiaSearch.do?acao=get&id=1320463>>.

25 jul. 2008: do total de 345.909 candidatos a vereador nas Eleições 2008 que solicitaram registro na Justiça Eleitoral, a maioria tem ensino médio completo ou ensino superior incompleto. Neste grau de instrução encontram-se 127.955 candidatos a vereador, segundo a última atualização do sistema de estatística de candidaturas do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) realizada na noite de quinta-feira (24). Disponível em: <<http://agencia.tse.gov.br/sadAdmAgencia/noticiaSearch.do?acao=get&id=1068438>>.

A *atualidade* do assunto reside no fato de que está em andamento, separadamente, em cada uma das Casas do Congresso a denominada “Reforma Política”. De forma mais geral, deve-se levar em consideração as duas grandes possibilidades acerca “dos sistemas de financiamento de campanhas eleitorais”: financiamento público exclusivo ou financiamento misto (público e privado). Desde já, cabe descartar a possibilidade de aprovação do financiamento privado exclusivo.

O tema é também *recorrente*. No plano histórico, cabe recordar as discussões sobre o caso das “sobras de campanha” do então tesoureiro do candidato eleito, Collor de Mello, na eleição presidencial de 1989, entre outros.

Torquato Jardim, ao tratar da lei geral de 1994 (Lei n. 8.713/1993), faz observações ainda atuais no que se refere à questão do financiamento de campanha eleitoral⁵:

130. A lei geral de 1994, como toda lei nos regimes democráticos, é resultado das concessões aos interesses do status quo. Se rompeu com o irrealismo da contenção excessiva das fontes de financiamento, permitindo doações em dinheiro, ou estimáveis em dinheiro, de pessoas físicas ou jurídicas, observados seus limites; se rompeu, ainda, com o monopólio partidário na captação e na administração dos gastos eleitorais; renunciou, contudo, ao *princípio republicano da publicidade*, ao não obrigar a prestação de contas durante a campanha. A prestação única ao final implica notável desafio à Justiça Eleitoral: tudo apreciar em até oito dias antes da diplomação dos eleitos.

Mais: enfraqueceu-se a fiscalização, seja na medida em que admitiu o financiamento individual das campanhas individuais, seja porque tornou obrigatória para os partidos, mas apenas facultativa para os candidatos, a abertura de conta específica e única pela qual correr a movimentação financeira da campanha. (grifo do autor)

Cabe ainda destacar que consta da Lei das Eleições, de 30 de setembro de 1997, que o financiamento das campanhas eleitorais com recursos públicos será disciplinado em lei específica (art. 79 da Lei n. 9.504/1997). Chama a atenção o fato sob dois aspectos: 1) a Lei n.

5 JARDIM, T. *Introdução ao direito eleitoral positivo*: conforme a revisão constitucional e a Lei n. 8.713/93. Brasília - DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1994, p. 67-68.

9.504/1997, uma lei ordinária, que procurou regulamentar, de forma permanente, as eleições, remete para outra “lei específica” a disciplina da matéria do “financiamento das campanhas eleitorais com recursos públicos”⁶; 2) a matéria permanece sem definição favorável ou contrária desde 1997.

A propósito da indefinição da matéria, cabe mencionar o estudo feito por Antônio Augusto Mayer dos Santos acerca de projetos de lei que tramitaram no Congresso Nacional, em relação ao financiamento público de campanhas eleitorais⁷.

Além disso, o tema é sempre atual em face da reiterada afirmação a respeito da existência de “caixa 2” nas campanhas eleitorais.

Em relação a sua estrutura, este trabalho está dividido em cinco partes: na primeira parte, a introdução; depois, duas partes acerca dos aspectos favoráveis e contrários ao financiamento público (2ª parte) e ao financiamento privado (3ª parte); o atual sistema (4ª parte); e a conclusão (5ª parte).

2 Financiamento público: aspectos favoráveis e contrários

O financiamento público tem como finalidades: 1) evitar ou diminuir a interferência do poder econômico privado nas campanhas eleitorais; 2) assegurar a igualdade nas campanhas eleitorais; 3) assegurar maior transparência em matéria de financiamento.

Esse financiamento consiste no fornecimento de fundos públicos, na permissão da utilização gratuita de bens e serviços públicos para a realização da campanha eleitoral. Classifica-se, ainda, em financiamento público direto e indireto.

O *financiamento direto* consiste no fornecimento de fundos públicos (dinheiro) aos partidos políticos para o funcionamento ordinário e/ou realização da campanha eleitoral. A entrega dos valores pode ser anterior

6 A Lei n. 9.504/1997, ao regular as eleições de forma permanente, rompeu com o sistema adotado, anteriormente, de edição de uma lei específica para cada eleição, como ocorreu nas eleições de 1989, 1992, 1994 e 1996.

7 SANTOS, 2009, p. 80-88.

ou posterior à realização da campanha eleitoral. Os partidos políticos têm direito a recursos do Fundo Partidário (CF, art. 17, § 3º; Lei n. 9.096/1995 – Lei Orgânica dos Partidos Políticos – LOPP).

O *financiamento indireto* refere-se à permissão de utilização de bens públicos no acesso ao horário eleitoral gratuito no rádio e televisão. Os partidos políticos têm acesso gratuito ao rádio e à televisão (CF, art. 17, § 3º), para realizar propaganda partidária (Lei n. 9.096/1995 – LOPP) e propaganda eleitoral (Lei n. 9.504/1997). Em relação ao horário eleitoral gratuito, os partidos políticos, as coligações e os candidatos não pagam para realizar a propaganda eleitoral; por outro lado, as emissoras de rádio e televisão têm direito à compensação fiscal pela cedência do horário eleitoral gratuito (Lei n. 9.504/1997, §§ 1º a 3º).

Os *aspectos favoráveis* do financiamento consistem basicamente no seguinte:

a) garantir recursos financeiros para que a campanha eleitoral seja disputada de forma mais equitativa; não em função de maior ou menor capacidade de arrecadação de recursos financeiros de pessoas físicas ou jurídicas, arrecadados pelos partidos, candidatos.

b) o financiamento público é concedido com o objetivo de fazer com que a arrecadação e gastos tenham maior publicidade, a fim de serem conhecidos e submetidos a controle e fiscalização por parte de adversários, da Justiça Eleitoral, do Ministério Público Eleitoral e dos cidadãos;

c) os partidos políticos são essenciais no sistema democrático representativo. Por isso, o Estado deve assegurar que disponham de apoio e recursos necessários para o seu funcionamento no período ordinário e no eleitoral.

Passa-se aos argumentos contrários e críticas ao financiamento público. Há diversos argumentos que apontam os riscos de sustentar os partidos políticos exclusivamente com recursos públicos: estatização, burocratização, ossificação dos partidos políticos (dependência econômica crônica dos recursos públicos, perda de contato com a sociedade)⁸.

8 ZOVATTO, 2005, p. 7-8.

Delia Ferreira Rubio refere também o problema da deslegitimação social no sentido de que, em países subdesenvolvidos ou propensos a crises econômicas severas, com altos índices de pobreza e amplos setores da população com necessidades básicas insatisfeitas, a sociedade questiona a alocação de recursos do orçamento público aos partidos políticos. E a deslegitimação social é maior no contexto da perda de confiança dos partidos políticos⁹. Destaca que, se o grosso dos gastos dos partidos é custeado com recursos públicos, produz-se uma dependência com o Estado¹⁰.

No direito brasileiro, na dimensão histórica, a Constituição de 1988 assegurou aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento; prevê a liberdade de criação, fusão, extinção; vale dizer, rompeu com o sistema partidário de dependência do Estado, previsto no regime político anterior (1964 -1985).

A autora cita que a melhor estratégia normativa parece ser a combinação do financiamento público com o de origem privada:

É muito ilustrativa nesse sentido a lei alemã reformada em 1994, que estabeleceu um modelo de financiamento público vinculado aos aportes privados obtidos pelos partidos (sistema de *matchin fund*). Esse sistema, no qual os fundos públicos não podem ser superiores aos recursos privados arrecadados, cumpre dois objetivos fundamentais: cria incentivos para que os partidos se associem à sociedade em busca de aportes e faz com que o financiamento público seja proporcional ao enraizamento social dos partidos¹¹.

Rubio aponta também que os efeitos do financiamento público como antídoto contra a corrupção não têm corroboração empírica suficiente:

De fato episódios de corrupção associados ao financiamento da política verificam-se tanto em países que preveem o financiamento público quanto naqueles que não o contemplam. Casos como o do chanceler alemão Helmut Kohl, o dos 'Amigos de Fox' no México e o dos que redundaram nos processos da operação Mãos Limpas (Mani Pulite) na Itália se deram

9 RUBIO, 2005, p. 4.

10 Ibidem.

11 Ibidem.

em contextos de sistemas com financiamento público de partidos e campanhas¹².

Cabe ainda examinar a questão de estabelecer o financiamento público exclusivo e a proibição do financiamento privado. Delia Ferreira Rubio aponta duas consequências claras e negativas: 1) como sempre, haverá grupos ou indivíduos interessados em apoiar partidos ou candidatos e que, em face da proibição, encontrarão meios eficazes de ocultar a rota do dinheiro por meio de contas bancárias no estrangeiro, pessoas interpostas ou triangulação de fundos; 2) o Estado deverá aumentar os valores dos recursos públicos para o financiamento da campanha eleitoral.

No caso de adoção do financiamento público, outro aspecto relevante diz respeito aos critérios de distribuição dos recursos públicos. Trata-se de fato determinante do perfil que o sistema partidário assume a longo prazo, como observa Delia Ferreira Rubio:

A concessão igualitária, baseada no mero reconhecimento ou registro da pessoa jurídica, favorece o surgimento de novos partidos, mas pode significar a concessão de fundos a partidos de fachada [...], que carecem de enraizamento na sociedade e são mais um negócio que uma instituição política representativa. Por outro lado, a atribuição de fundos baseada exclusivamente na força eleitoral dos partidos, embora corrija o efeito anterior, pode levar à manutenção só STATUS QUO e obstar o surgimento de novos partidos ou a renovação só sistema partidário¹³.

3 Financiamento privado: aspectos favoráveis e contrários

Podem ser apontados os seguintes argumentos favoráveis ao financiamento privado:

- a) a doação de recursos por parte de cidadãos, empresas e outros grupos de interesses pode ser encarada como uma forma de participação política.
- b) os partidos políticos têm a natureza de pessoas jurídicas de direito privado, são associações, de livre participação. Os seus filiados e simpatizantes teriam o direito de arrecadar recursos que considerem necessários para os partidos políticos.

12 RUBIO, 2005, p. 4.

13 *Ibidem*, p. 6.

c) em uma sociedade pluralista, deve haver, em decorrência, o pluralismo político, um dos fundamentos do Estado brasileiro (CF, art. 1º, V). Os diferentes grupos sociais devem estar representados nos partidos políticos, os quais cumprem o papel de intermediários entre a sociedade civil e o Estado. A necessidade de arrecadar recursos pode ter o efeito colateral positivo, pois constitui incentivo para recrutar novos filiados, além de criar novos grupos de simpatizantes¹⁴.

Argumentos contrários e críticas ao financiamento privado (o financiamento privado também sofre críticas):

a) permite a influência do poder econômico sobre o poder político. Os grupos de interesse com maior poder econômico (indivíduos, empresas) interferem nos partidos políticos, candidatos e poderes públicos. Por outro lado, há a necessidade e o interesse dos partidos políticos e dos candidatos em arrecadar recursos, sem importar a origem ou a natureza da fonte.

b) embora tenham personalidade jurídica de direito privado e sejam associações voluntárias, desvinculadas do Estado, os partidos políticos são essenciais na democracia representativa; a partir do início do século XX, em face da sua relevância e essencialidade, as constituições passaram a institucionalizá-los. Na perspectiva política mais ampla são instituições políticas intermediárias entre a sociedade civil e o Estado que servem de canal para que os indivíduos possam alcançar os cargos eletivos do governo; vale dizer, alcançar e exercer o poder político do Estado. Há, portanto, interesse público na sua institucionalização, organização e funcionamento.

c) o financiamento privado enseja o desequilíbrio na campanha eleitoral. De um lado, amplia e favorece a liberdade na arrecadação de recursos por parte de candidatos, partidos políticos e coligações; de outro, reduz o espaço da igualdade entre estes. Os candidatos, partidos políticos e coligações que possuírem maior capacidade para arrecadar recursos, que forem apoiados por grupos de interesse com maior poder econômico, terão mais capacidade financeira para fazer propaganda eleitoral. Em síntese, a igualdade de oportunidades resulta seriamente comprometida e desequilibrada na campanha eleitoral.

14 ZOVATTO, 2005, p. 7- 8.

4 O atual sistema de financiamento de campanhas eleitorais no Direito Eleitoral

O atual sistema de financiamento dos partidos políticos e de campanhas eleitorais é *misto* (público e privado).

O *financiamento direto* consiste no fornecimento de fundos públicos (dinheiro) aos partidos políticos para o funcionamento ordinário e/ou realização da campanha eleitoral.

Em relação ao financiamento público direto, há o Fundo Partidário (Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos), assegurado pela Constituição (art. 17, § 3º) e regulamentado pela LOPP (arts. 38 e 44 da Lei n. 9.096/1995)¹⁵. O Fundo Partidário é constituído por recursos públicos, multas, doações de pessoas físicas e jurídicas, a saber: a) multas e penalidades pecuniárias aplicadas nos termos do CE e leis conexas; b) recursos financeiros que lhe forem destinados por lei, em caráter permanente ou eventual; c) doações de pessoa física ou jurídica, efetuadas por intermédio de depósitos bancários diretamente na conta do Fundo Partidário; d) dotações orçamentárias da União em valor nunca inferior, cada ano, ao número de eleitores inscritos em 31 de dezembro do ano anterior ao da proposta orçamentária, multiplicados por R\$ 0,35, em valores de agosto de 1995 (Lei n. 9.096/1995). Entretanto, a maior parte é constituída por recursos públicos, no caso, as dotações orçamentárias da União¹⁶.

O *financiamento indireto* refere-se à permissão de utilização de bens públicos no acesso ao horário eleitoral gratuito no rádio e televisão.

Em relação ao financiamento público indireto, cabe citar os seguintes exemplos previstos na Lei n. 9.504/1997:

- a) a Propaganda Eleitoral Gratuita (Lei n. 9.504/1997 – arts. 44 ao 57): os candidatos, partidos políticos, podem realizar propaganda eleitoral gratuita no rádio e na TV. Por outro lado, as empresas de rádio e de televisão tem

15 Sobre o Fundo Partidário: SANSEVERINO, 2010, p. 264-266.

16 A título exemplificativo, o Fundo Partidário apresentou os seguintes valores, a serem distribuídos pelos partidos políticos pelo TSE: dotação orçamentária 2011, R\$ 265.351.547,00; multas e penalidades, R\$ 41.966.202,00. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/fundo-partidario/fundo-partidario-2011>>

direito à compensação fiscal pela cedência de espaços para a realização do horário eleitoral gratuito (Lei n. 9.504/1997, art. 99, §§ 1º e 3º)¹⁷.

b) utilização de prédios públicos para realização de convenção partidária (art. 8º, § 2º, da Lei n. 90.504/1997).

O Financiamento privado decorre da utilização de recursos do próprio candidato ou doações, em dinheiro ou estimáveis em dinheiro, de pessoas físicas e de pessoas jurídicas, conforme regulamentação da Lei n. 9.504/1997.

Atualmente, a Lei n. 9.504/1997 prevê *limites quantitativos* (quanto ao valor máximo de gastos), *formais*, *temporais* (quanto ao tempo ou ao momento em que é permitido), *personais* (quanto ao doador e ao candidato).

Quanto ao *limite quantitativo* (valor máximo de gastos), caberá à lei fixar, a cada eleição, até o dia 10 de junho do ano eleitoral, os limites para os cargos em disputa; não sendo editada a lei, cabe a cada partido político fixar o limite de gastos de acordo com o art. 17-A da referida Lei n. 9.504/1997:

Art. 17 – A. A cada eleição caberá à lei, observadas as peculiaridades locais, fixar até o dia 10 de junho de cada ano eleitoral o limite dos gastos de campanha para os cargos em disputa; não sendo editada lei até a data estabelecida, caberá a cada partido político fixar o limite de gastos, comunicando à Justiça Eleitoral, que dará a essas informações ampla publicidade. (Redação dada pela Lei n. 11.300, de 2006).

Os *limites formais* consistem basicamente nos seguintes aspectos: a) o partido deverá constituir comitês financeiros, com a finalidade de arrecadar recursos e efetuar despesas, até 10 dias úteis após a Convenção (Lei n. 9.504/1997, art. 19); b) serão registradas, até 5 dias após constituição, no órgão da Justiça Eleitoral (§ 3º do art. 19); c) candidatos e comitês financeiros estão obrigados à inscrição no CNPJ (art. 22-A); d) partidos e candidatos deverão abrir conta bancária específica para registrar todo o movimento financeiro da campanha (art. 22); e) as doações devem ser feitas mediante recibo, em formulário impresso ou formulário eletrônico, no caso de doação via Internet, em que constem os dados do Anexo (§ 2º, art. 23); f) As doações somente poderão ser efetuadas na conta bancária,

17 Sobre Propaganda Eleitoral no rádio e TV, cf. SANSEVERINO, 2010, p. 189-196.

por meio de cheques cruzados e nominais ou T.E.D.; depósito em espécie identificado; mecanismo disponível em *site* do candidato, partido ou coligação na Internet, permitindo-se inclusive o uso de cartão de crédito (§ 4º, I, II, III, art.23).

O *limite temporal* refere-se ao momento em que a Lei n. 9.504/1997 autoriza os candidatos e comitês financeiros a arrecadar recursos e a realizar despesas necessárias à campanha eleitoral no prazo mencionado.

Em relação *ao doador*, há limites máximos: a) no caso de pessoa física, 10% dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição (§ 1º, I, do art. 23); b) no caso de pessoa jurídica, 2% do faturamento bruto do ano anterior à eleição (§ 1º do art. 81), ambos da Lei n. 9.504/1997.

É oportuno assinalar que “qualquer eleitor poderá realizar gastos, em apoio a candidato de sua preferência, até a quantia equivalente a um mil UFIR, não sujeitos a contabilização, desde que não reembolsados”.(Lei n. 9.504/1997, art. 27). Existem ainda pessoas jurídicas e órgãos cuja doação é vedada (Lei n. 9.504/1997, art. 24).

Em relação ao candidato, “ficam vedadas quaisquer doações em dinheiro, bem como de troféus, prêmios, ajudas de qualquer espécie feitas por candidato, entre o registro e a eleição, a pessoas físicas ou jurídicas”. (Lei n. 9.504/1997, § 5º do art. 23. Incluído pela Lei n. 11.300, de 2006).

Por oportuno, sobre o financiamento de campanha eleitoral, cabe assinalar que estão em tramitação no Congresso Nacional, cabendo citar, a título exemplificativo, as propostas a seguir descritas, sem desconsiderar as propostas em tramitação nas comissões de reforma política já mencionadas:

a) Proposta de Projeto de Lei da Comissão da Reforma Política do Senado Federal sobre Financiamento Público de Campanha Eleitoral que “Dispõe sobre o financiamento público exclusivo das campanhas eleitorais e dá outras providências” – o PLS n. 268/2011 em pauta, no dia 22 de junho do corrente, na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal.

b) Proposta de Projeto de Lei do Senado Federal acerca do Financiamento de Campanha Eleitoral, de autoria do Senador Paulo Paim (PT/RS), cuja ementa é:

SF PLS 153/2009, de 22/04/2009 : Altera o art. 24 da Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, para vedar o financiamento de campanha eleitoral por pessoa jurídica que tenha firmado contrato administrativo com a Administração Pública pertinente a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações, decorrente de licitação ou de sua dispensa.

Registra-se, a título de informação, que foram apresentadas, para debate, as propostas da Coordenação da Ação 7/ENCCLA/GGI em aspecto estritamente técnico, com base no Sistema de Financiamento de Campanhas Eleitorais Misto em vigor¹⁸.

Adotando a mesma metodologia, cabe mencionar propostas para alteração do Sistema de Financiamento de Campanhas eleitorais, as quais foram divididas em três planos, a saber:

- a) Alteração da “Legislação Eleitoral”, em vigor;
- b) Alteração da Regulamentação de Competência do TSE;
- c) Alteração da Atuação Conjunta de órgãos que atuam, direta ou indiretamente, com os temas em comento.

Passa-se agora a examinar pontos que merecem alteração na legislação eleitoral.

Quanto à *doação de pessoas físicas e jurídicas*, entende-se necessária a alteração do atual sistema. As informações acerca do cumprimento do limite máximo das doações somente são remetidas pela Receita Federal no ano seguinte ao da eleição.

A pessoa jurídica não tem capacidade eleitoral ativa nem passiva; não deve participar da fase do processo eleitoral; atualmente participa do processo eleitoral na fase de financiamento das campanhas e possibilita o surgimento de distorção no sistema. Como exemplo, apresento o “caso Investimento”; ocorrido na Região Sul, em eleição passada; numa entrevista a determinada emissora de rádio, um empresário informa ao

¹⁸ Na reunião Plenária da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA 2012, realizada nos dias 22 a 25 de novembro de 2011, em Bento Gonçalves/RS, foram aprovadas propostas de alteração da legislação eleitoral, de regulamentação do TSE e de atuação conjunta no que se refere ao financiamento de campanha eleitoral.

apresentador do programa que nas eleições ele havia “investido” o valor X no deputado Y e que esse deputado não poderia contrariar os interesses da empresa, em votação a respeito do tema polêmico em relação aos interesses do empresário. Este caso elucida de forma significativa que o sistema eleitoral precisa mudar.

David Samuels tem estudo denominado “*Financiamento de campanha e eleições no Brasil: o que podemos aprender com o ‘caixa um’ e propostas de reforma*”¹⁹. No estudo, o autor faz o exame das prestações de contas constantes da base de dados do TSE, referentes às eleições de 1994 e 1998; aborda os custos das campanhas eleitorais no Brasil; explica as razões pelas quais as campanhas são tão caras; analisa a distribuição do financiamento de campanha entre os candidatos e os partidos de forma mais detalhada. Refere, ainda, que os dados apresentados comprovam o predomínio dos interesses econômicos da elite no financiamento dos processos eleitorais, um reflexo natural das forças socioeconômicas que atuam na sociedade brasileira; estabelece algumas relações entre as fontes de financiamento de campanha e os resultados eleitorais; por fim, discute as implicações dos resultados encontrados e algumas propostas de reforma do sistema de financiamento de campanha²⁰.

Outras duas questões referem-se à alteração para limitar a doação em valor fixo e ao momento da fiscalização e da divulgação das doações e gastos.

David Samuels sugere a redução da quantia máxima permitida para as doações de pessoas físicas e jurídicas, a saber²¹:

A lei deveria determinar a quantia-limite de dinheiro que cada pessoa ou empresa poderia doar por ano (...) Dever-se-ia determinar também a quantia máxima que uma pessoa poderia doar a um único candidato por ano. Assim, para dar um exemplo ‘generoso’, o limite global poderia ser estabelecido em 25.000 reais por campanha por ano por doador, sendo de 5.000 reais o limite para um único candidato (ou partido) durante o período de campanha. Desse modo, uma pessoa ou empresa poderia doar

19 SAMUELS, David. Financiamento de campanha e eleições no Brasil: o que podemos aprender com o ‘caixa um’ e propostas de reforma. In: BENEVIDES, M.V. (Org.). *Reforma Política e cidadania*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003, p. 364-391.

20 Ibidem, p. 367-388.

21 Ibidem, p. 388-389.

um máximo de 5.000 reais para cada um de seus cinco candidatos favoritos – 5.000 para o candidato a presente, outros 5.000 reais para o candidato a governador, e assim para senador e deputados federal e estadual.

Em relação ao momento, o atual sistema de fiscalização e controle ocorre depois da entrega da prestação de contas à Justiça Eleitoral, que deve ocorrer 30 dias depois das eleições. Em momento posterior, a Justiça Eleitoral remete os dados para a Receita Federal. Esta verifica se os valores doados por pessoas físicas e jurídicas respeitam o limite máximo; após, remete os dados para a Justiça Eleitoral.

A propósito, a título de exemplo, cabe mencionar a seguinte notícia referente às eleições de 2010, divulgada no dia 27 de abril de 2011²²:

O presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), ministro Ricardo Lewandowski, enviou nesta quarta-feira (27) ao procurador-geral eleitoral, Roberto Gurgel, a lista de pessoas jurídicas cujas doações a campanhas eleitorais em 2010 aparentemente extrapolaram o limite legal.

Foram identificados 3.996 doadores em situação irregular. Outras 1.743 pessoas jurídicas estão sob análise, enquanto 13.919 fizeram doações dentro dos parâmetros da lei. Os nomes não serão divulgados porque estão protegidos por sigilo fiscal.

Os presidentes dos tribunais regionais eleitorais (TREs) também recebem nesta quarta-feira (27) ofício do ministro Lewandowski com as informações específicas do estado.

A relação dos doadores suspeitos de irregularidade foi obtida a partir do cruzamento entre as prestações de contas de candidatos e comitês financeiros nas eleições de 2010 e a base de dados fiscais da Receita Federal relativa a 2009, uma vez que o limite corresponde a 2% do faturamento bruto do ano anterior.

Nos próximos dias, será encaminhada ao procurador-geral e a cada um dos 27 TREs a relação das pessoas físicas que estão sob suspeita de extrapolar o limite legal de 10% dos rendimentos do ano anterior. Os nomes não serão divulgados.

22 Disponível em: <<http://v1.portalhoje.com/presidente-do-tse-envia-ao-mpe-lista-de-pessoas-juridicas-suspeitas-de-doacoes-do-limite/1463031>>.

Com o levantamento em mãos, os procuradores eleitorais poderão utilizar as informações para propor ações contra aqueles que doaram acima dos valores permitidos.

Dessa forma, verifica-se que a atual sistemática não permite a aplicação de sanções eleitorais aos candidatos que tenham recebido doações de pessoas físicas e/ou jurídicas acima do limite legal já citado; somente possibilita a aplicação de sanção de multa aos doadores (pessoas físicas e jurídicas). Com efeito, o prazo decadencial para ajuizamento da ação de impugnação do mandato eletivo deve ocorrer 15 dias após as eleições (CF, art. 14, § 10), o que normalmente ocorre em dezembro do ano da eleição.

Quanto ao controle durante a campanha eleitoral, o Sistema Eleitoral em vigor, em especial a Lei n. 9504/1997 e as Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), estabelece, de forma preponderante e principal, o controle e a fiscalização do financiamento da campanha eleitoral, *a posteriori*, à Justiça Eleitoral, quanto à prestação de contas oferecida pelos partidos políticos, candidatos e coligações trinta dias depois das eleições.

Antônio Augusto Mayer dos Santos faz a seguinte crítica ao que denomina de “excesso de fetiches do sistema de prestação de contas da legislação eleitoral”²³:

Relativamente à sistemática das prestações de contas, impressiona o fato de que contas rejeitadas, mesmo diante de doações ilícitas, ao menos até 2006, não resultaram no impedimento à diplomação ou cassação de mandatos por abuso de poder econômico. A impossibilidade jurídica de se examinar movimentações financeiras clandestinas com o propósito punir infrator já diplomado e empossado é uma situação periclitante que exige ação legislativa. Não é crível que um acusado tenha sido eleito mediante falsa declaração de valores ou doadores à Justiça Eleitoral e permaneça impune após a revelação da ilicitude simplesmente porque a Constituição Federal estabelece um prazo de 15 dias para a impugnação do mandato, sem possibilidade de reabertura diante de justa causa.

Visando ao controle efetivo de fiscalização, é importante alterar a lei para que haja o devido acompanhamento da conta bancária eleitoral, com o acesso pela Justiça Eleitoral e pelo Ministério Público Eleitoral

23 SANTOS, 2009, p. 86-87.

durante as eleições, alcançando-se assim efetividade na fiscalização. O que caracteriza grande diferença na obtenção de resultados positivos.

A propósito, torna-se oportuno citar a proposta de Fátima Anastásia no sentido de que o Brasil adote um sistema de financiamento de campanha semelhante ao dos Estados Unidos:

Qualquer pessoa pode entrar no site e verificar *quem doou recursos, quando, para quem e quanto*. Os partidos também têm que prestar constas nesse mesmo site da saída de dinheiro. Por conseqüência, fica mais difícil que haja recursos não contabilizados, o uso do caixa dois, porque a sociedade pode verificar se o conjunto d atividades é muito discrepante dos seus gastos declarados²⁴. [grifo nosso]

Divulgação dos nomes dos doadores e dos gastos durante a campanha eleitoral. O § 4º do art. 28 da Lei n. 9.504/1997 prevê o seguinte:

Art. 28. [...]

[...]

§ 4º Os partidos políticos, as coligações e os candidatos são obrigados, durante a campanha eleitoral, a divulgar, pela rede mundial de computadores (Internet), nos dias 6 de agosto e 6 de setembro, relatório discriminando os recursos em dinheiro ou estimáveis em dinheiro que tenham recebido para financiamento da campanha eleitoral, e os gastos que realizarem, em sitio criado pela Justiça Eleitoral para esse fim, exigindo-se a indicação dos nomes dos doadores e dos respectivos valores doados somente na prestação de contas final de que tratam o os incisos III e IV do art. 29 desta Lei.

Os relatórios parciais só discriminam os recursos e os gastos; não consta a indicação dos nomes dos doadores.

Dessa forma, em decorrência da publicidade, um dos aspectos essenciais da Democracia, é necessário alterar a regra para que haja a divulgação dos nomes dos doadores e dos gastos durante a campanha eleitoral. O que ensejaria a possibilidade de efetiva fiscalização e controle por parte dos cidadãos, dos grupos sociais, dos adversários, da Justiça Eleitoral e do Ministério Público Eleitoral.

24 ANASTÁSIA, Fátima. Controle Público é essencial. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/administracao/entrevistas/index>>. Acesso em: 12 ago. 2005.

Por fim, outro aspecto que merece alteração refere-se aos eventuais débitos não quitados até a data da apresentação da prestação de contas, os quais poderão ser assumidos pelo partido político por decisão do seu órgão de direção partidária (§ 3º do art. 29 da Lei n. 9.504/1997, com a redação da Lei n. 12.034/2009). No plano jurídico, trata-se de regra que enfraquece o sistema de fiscalização do financiamento de campanha eleitoral quanto à arrecadação de recursos para pagar despesas de campanha eleitoral. De fato, ao permitir que os débitos não quitados até a data da apresentação da prestação de contas possam ser assumidos pelo partido político, esvazia inteiramente a verificação da regularidade dos recursos arrecadados e das despesas feitas durante a campanha eleitoral, da prestação de contas do candidato quanto aos recursos arrecadados e das despesas realizadas. No plano político, torna, no mínimo, questionável a credibilidade do candidato quanto à administração de recursos financeiros, na medida em que não demonstrou capacidade para administrar o financiamento da sua campanha eleitoral, ao não quitar despesas.

5 Conclusão

O financiamento de campanha eleitoral constitui uma das fases mais importantes do processo eleitoral. Por outro lado, trata-se de tema complexo, polêmico, atual e recorrente.

O tema é complexo, pois a definição do tipo de financiamento de campanha eleitoral, público, privado ou misto, tem vinculação com vários aspectos do processo eleitoral, como, *v.g.*, o sistema de governo, o sistema de partidos políticos, o sistema eleitoral (majoritário e/ou proporcional), entre outros.

A sua atualidade reside no fato de que permanece em andamento nas duas Casas do Congresso Nacional a denominada “Reforma Política”. Além disso, o tema é sempre atual e recorrente em face da reiterada afirmação sobre a existência de “caixa 2” nas campanhas eleitorais.

A matéria é polêmica quanto ao debate acerca dos tipos ou formas de financiamento de campanha eleitoral: público, privado ou misto. Cada um dos tipos ou formas de financiamento de campanha eleitoral apresenta vantagens e desvantagens, aspectos positivos e negativos. A

adoção de um tipo de financiamento envolve questões importantes e essenciais no âmbito das relações entre sociedade civil, partidos políticos e Estado.

Em síntese, pode-se afirmar que o financiamento público exclusivo acarreta como ponto negativo a dependência dos partidos políticos em face do Estado, em detrimento da sociedade civil; coloca, no mínimo, em risco a liberdade de atuação dos partidos políticos por sua vinculação e sua dependência com o Estado. Entretanto, como ponto positivo, em princípio, poderia ensejar maior igualdade nas campanhas eleitorais, desde que os critérios de distribuição sejam equitativos.

O financiamento privado, como ponto positivo, possibilita maior participação da sociedade civil (indivíduos, grupos sociais, grupos de interesse etc.), fortalecendo a autonomia dos partidos políticos em face do Estado. Entretanto, acarreta, de um lado, menor espaço para igualdade nas campanhas eleitorais; de outro, maior espaço para liberdade em face do Estado. Além disso, não se pode desconsiderar que o financiamento privado coloca, no mínimo, em risco a liberdade de organização e funcionamento do partido político como instituição de interesse público, em face da dependência com grupos de pressão, com maior capacidade econômica.

O atual sistema de financiamento, previsto na Constituição e na legislação eleitoral e partidária, é misto (público e privado). Pode-se afirmar que, além dos pontos já mencionados, que merecem alteração, há dois aspectos fundamentais que exigem reforma: a maior publicidade do financiamento durante o período de campanha eleitoral – os recursos arrecadados e gastos; os doadores, os beneficiários etc.; em decorrência, possibilidade de maior efetividade na ação da fiscalização por parte do Ministério Público Eleitoral, da Justiça Eleitoral, dos adversários, da sociedade civil.

Referências

ANASTÁSIA, Fátima. *Controle público é essencial*. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/administracao/entrevistas/index>>. Acesso em: 12 ago. 2005.

JARDIM, T. *Introdução ao direito eleitoral positivo*: conforme a revisão constitucional e a Lei n. 8.713/93. Brasília - DF: Brasília Jurídica, 1994.

RUBIO, D. F. *Financiamento de partidos e campanhas* – Fundos públicos versus fundos privados. Novos Estudos – CEBRAP, São Paulo – SP, n. 73, 2005.

SANTOS, Antônio Augusto Mayer dos. *A Reforma Política: inércia e controvérsias*. Porto Alegre: AGE, 2009.

SAMUELS, David. Financiamento de campanha e eleições no Brasil: o que podemos aprender com o ‘caixa um’ e propostas de reforma. In: BENEVIDES, M.V. (Org.). *Reforma política e cidadania*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003, p. 364-391.

SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. *Compra de votos: à luz dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

_____. *Direito eleitoral*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

ZOVATTO, D. *Financiamento dos partidos e campanhas eleitorais na América Latina: uma análise comparada*. Opinião Pública, Campinas – SP, v. 11, n. 2, 2005.

Financiamento público, privado e misto frente à reforma política eleitoral que propõe o financiamento público exclusivo

ALICE KANAAN

Sumário: 1 Introdução. 2 Financiamento público. 2.1 Do financiamento público direto. 2.2 Do financiamento público indireto. 2.3 As vantagens e desvantagens do sistema de financiamento exclusivamente público. 3 Financiamento privado. 3.1 As vantagens e desvantagens do sistema de financiamento exclusivamente privado. 4 Alemanha: declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional tanto do sistema de financiamento exclusivamente público quanto do financiamento exclusivamente privado. 5 Reforma política no sistema brasileiro: proposta de adoção do financiamento público exclusivo. 6 Conclusão.

1 Introdução

Por financiamento dos partidos políticos entende-se a administração dos recursos arrecadados e dos gastos tanto para as atividades de campanhas eleitorais como para o funcionamento ordinário dos partidos. Corresponde à entrada e à saída dos recursos dos partidos e dos candidatos em campanhas eleitorais.

O controle da movimentação financeira tem sido objeto de discussão e de reformas em todos os regimes democráticos do mundo, a exemplo de países como Alemanha, França, Portugal, Itália, Costa Rica, Canadá, Espanha, entre outros. Na Alemanha, chega-se a dizer que as reformas são *intermináveis* porque, há mais de cinquenta anos, busca-se o aprimoramento do sistema eleitoral. Mas o certo é que, praticamente em todos os países da Europa e da América Latina, o que se pretende é encontrar um modelo de sistema de controle das movimentações dos recursos financeiros dos partidos que seja eficaz no combate da corrupção, da fraude e do abuso do poder econômico.

Os parâmetros utilizados para regulamentar as fontes de arrecadação e a promoção do financiamento das eleições sofrem considerável grau de variação de um país para o outro. Em todos esses países, a dificuldade encontrada é a de estabelecer os parâmetros sem violar os preceitos democráticos de liberdade e de igualdade dos partidos políticos, principalmente no que se refere à fixação dos limites de financiamento público e privado e dos meios rígidos de controle eleitoral nessa relação que existe entre o dinheiro e a política. A obsessão normativa observada nesses inúmeros países tem em comum a necessidade de encontrar um modelo ideal que impeça a busca desenfreada e ilegítima do poder, em quebra dos princípios fundamentais democráticos e da ruptura dos valores da consciência ética, cuja ocorrência é inafastável da realidade dos partidos políticos e das campanhas eleitorais.

Por óbvio, os partidos políticos precisam buscar recursos financeiros para a manutenção da estrutura partidária e das campanhas eleitorais, os quais, de maneira geral, advêm: a) de particulares, de forma livre (cotas dos filiados); b) de particulares, mediante a observância a certas limitações previstas nas normas eleitorais (doações de terceiros, pessoas físicas e jurídicas); c) de particulares, entrelaçados com os recursos públicos ou estatais (cotas, doações e dinheiro público); e d) unicamente do Estado, por meio do dinheiro público (direto ou indireto).

Os partidos políticos devem funcionar como instrumento democrático que se sustenta na absoluta necessidade de organização, estruturação e ideologia partidárias. Para tanto, necessitam buscar recursos financeiros na sociedade, dentro de um mesmo equilíbrio e proporção entre os diversos candidatos e partidos políticos, norteadores do princípio da igualdade entre os concorrentes no processo eleitoral.

Muitas vezes, os recursos ingressados ficam muito aquém das necessidades ordinárias partidárias e de campanhas eleitorais, por razões múltiplas, como a diminuição das cotas dos filiados ou o desinteresse dos cidadãos em fazer doações, o que gera a desigualdade e o desequilíbrio entre os candidatos. Nesse caso, há a necessidade de o Estado, pela função essencial da representatividade partidária, financiá-los naquilo que eles não podem suprir por seus próprios meios, pela subvenção pública, para

evitar que os partidos políticos recorram a financiamentos privados ilícitos¹.

O financiamento dos partidos políticos e de campanhas eleitorais, dentro do sistema político eleitoral, pode ser classificado como:

- a) sistema de financiamento exclusivamente público;
- b) sistema de financiamento exclusivamente privado;
- c) sistema de financiamento misto (entrelaça o sistema público e o privado).

O *financiamento exclusivamente público* deve ser entendido como a sustentação política dos partidos no tocante à subvenção dos recursos partidários em relação às atividades ordinárias, como as de campanha eleitoral. Essa subvenção dos recursos estatais, de maneira geral, decorre de fundos públicos, subsídios ou reembolso das despesas ordinárias, que fazem frente às despesas estruturais do partido, como as de campanha eleitoral.

Com relação ao *financiamento exclusivamente privado*, os ingressos provêm unicamente das doações advindas de particulares, quer pela cota dos filiados, quer pelas doações de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, nos estritos limites da lei.

O *sistema misto de financiamento*, também denominado de sistema plural, é o modelo que predomina praticamente em todos os países da Europa e da América Latina², com uma grande variedade de condições. O sistema misto se caracteriza por permitir que os partidos políticos busquem na sociedade os recursos financeiros como forma de propiciar ao cidadão a interatividade partidária, sem prejuízo da subvenção Estatal, abrindo-se, assim, duas vertentes de financiamento: o público e o privado.

O sistema de financiamento misto dispersa suas fontes, para não concentrá-las nas mãos unicamente do Estado. Com a união das duas

1 “[...] fator de reforço da igualdade de oportunidades entre candidaturas, pode evitar que partidos recorram a financiamentos privados ilícitos”. D’ALMENIDA, N. M. Financiamento dos partidos e campanhas no mundo. *Revista Paraná Eleitoral*, n. 39, jan. 2001. Disponível em: <www.paranaeleitoral.gov.br/>

2 À exceção da Venezuela, em que o modelo é a força eleitoral. O Chile e o Peru só contam com o financiamento público indireto.

fontes – a pública e privada –, busca-se garantir, de um lado, o incentivo à participação popular diretamente, por meio das cotas ou das doações, e, de outro, possibilitar a igualdade e o equilíbrio de competição entre todos os partidos concorrentes.

Não existe um consenso em estabelecer qual o melhor modelo de financiamento – público, privado ou misto – como meio de dissipar a corrupção ou a influência do poder econômico, bem como para assegurar a legitimidade do processo do poder sem que se comprometam as instituições.

É justamente na possibilidade de maior ou menor amplitude do financiamento público ou privado, ambos com previsão legal, que se situam as discussões, as quais se têm mostrado insuficientes para suprimir as dificuldades que a complexidade da questão oferece, como destaca Tsatsos e Morlok, citados por Ibañez³, como segue:

Deve ser dada a opção entre a possibilidade de um maior financiamento público ou privado, apresentando-se as vantagens e desvantagens que cada um dos modelos apresenta. Aponta que, no financiamento público, a desvantagem que se apresenta é a estatização dos partidos, ou a dependência no que diz respeito ao Estado, que repercute na diminuição de sua liberdade e no distanciamento dos partidos políticos no que diz respeito à mutante realidade social. Por outro lado, a desvantagem de um financiamento estritamente privado é a possibilidade de uma demasiada influência de certas pessoas ou empresas sobre os partidos políticos os quais financiam, mas que, esse apoio financeiro dos cidadãos é uma mostra de que os partidos políticos estão enraizados na sociedade.

Com efeito, não existe um sistema de financiamento ideal como forma de se coibir a corrupção e o abuso do poder econômico. Atenta-se para situações em que a lisura dos mecanismos de financiamento das eleições foi afetada em grandes proporções no Brasil e no mundo, não sendo raras as vezes em que a legitimidade do próprio sistema político partidário ficou comprometida, independentemente do sistema de financiamento.

3 TSATSOS/MORLOK, *Parteienrecht*, Heidelberg, 1982, p.137 e ss., apud IBAÑEZ, S. G. *La Financiacion de los Partidos Políticos*. Madrid: Ed. Dykinson, S.L., 1995, p. 21-22.

O surgimento dessas crises resultou na proliferação de escândalos ocorridos em países como Espanha, Alemanha, França, Itália, Estados Unidos, Brasil, entre outros. Em cada um desses fatos, gerou-se a polêmica em torno dos mecanismos adotados para os financiamentos das eleições e do escopo de mudanças essenciais no seio político, sem, contudo, encontrar uma solução equânime no tocante aos limites mínimo e máximo do financiamento público e privado e o real e efetivo controle desses recursos.

A finalidade de se estabelecer a limitação das contribuições privadas se deve ao fato de evitar grandes desequilíbrios ou desproporção entre os recursos dos partidos políticos, como também diminuir a influência dos doadores e a conseqüente troca de favores em relação a determinados contribuintes.

De uma maneira geral, a legislação dos países latino-americanos traça os limites em relação ao dinheiro público ou privado a serem injetados nas campanhas políticas. Entre as proibições, mostra a experiência comparada que determinados tipos de contribuições podem abrir um precedente perigoso, que impossibilita o exercício de um efetivo controle sobre o destino dos recursos. São elas: a) as *doações estrangeiras* (governos, instituições ou pessoas), inclusive aquelas previstas para apoiar as atividades de formação, capacitação e educação dos partidos; e b) *contribuições anônimas*, com exceção das obtidas por meio da coleta pública.

No Brasil, em especial, fato notório que despertou o interesse da sociedade no tocante à arrecadação e à movimentação dos recursos partidários foi o escândalo que levou ao *impeachment* do primeiro presidente da República eleito diretamente após o restabelecimento do regime democrático no País⁴.

4 Escândalo notório envolvendo a formação de um caixa dois denominado “Esquema PC Farias”, tesoureiro do então Presidente da República, Fernando Collor de Mello, que recebia durante a campanha eleitoral, e mesmo durante o mandato, recursos provenientes de empresários nacionais, assegurando, em contrapartida, a facilitação daquelas empresas em certames licitatórios com o Poder Público, resultando o esquema fraudulento na instauração de uma CPI que levou à queda do Presidente, em 29 de dezembro de 1992. Cf. nota publicada sob o tema “O Esquema PC”, Seção

A repercussão da articulação do dinheiro pelo denominado *caixa dois* levou o legislador a estabelecer regras de financiamento dos partidos políticos e de campanhas eleitorais, que foram introduzidas no sistema eleitoral por meio da Lei n. 9.504/1997, conhecida como Lei das Eleições⁵, que regulamentou amplamente todo o processo eleitoral; deu-lhe tratamento de financiamento privado, com a regulamentação da captação de recursos de pessoas físicas e jurídicas no âmbito da esfera privada, estabelecendo limites e vedações. Todavia, conferiu a Constituição Federal aos partidos políticos (art. 17, § 3º) o direito ao fundo partidário e ao acesso gratuito ao rádio e à televisão, que constituem forma de financiamento público e foram regulamentados pela Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei n. 9.096/1995); direitos esses que constituem financiamento público direto e indireto⁶.

No Brasil, embora a Lei das Eleições se refira a um sistema de financiamento privado para campanhas políticas⁷, remetendo à discussão legislativa a regulamentação de financiamento público⁸, na realidade, é preciso considerar que o nosso sistema de financiamento é misto⁹, pois, ao lado do financiamento privado¹⁰, vigora o sistema de financiamento

“Fique de Olho”, *Veja on line*, Editora Abril, 2000. Disponível em: <<http://www.veja.abril.com.br/>>.

5 Cf. arts. 17 a 32 da Lei n. 9.504/1997, com alterações das Leis n. 11.300/2006 e n. 12.034/2009.

6 Cf. art. 17, II, da Constituição Federal e art. 99 da Lei n. 9.504/1997.

7 Lei n. 9.504/1997, art. 23.

8 Lei n. 9.504/1997, art. 79.

9 Embora a Lei n. 9.504/1997 dê um tratamento de financiamento privado no art. 23, ao reger as doações de pessoas físicas e jurídicas, e, embora o art. 79 disponha que o financiamento público será disciplinado em lei específica, já existe uma lei, a Lei dos Partidos Políticos, Lei n. 9.096/1995, que disciplina, nos arts. 38 a 44, o fundo partidário, que é um financiamento público paralelo, em cumprimento ao art. 17, § 3º, da Constituição Federal.

10 No financiamento privado, além das doações feitas diretamente ao fundo partidário, com o registro dos comitês financeiros e a inscrição no CNPJ, os particulares poderão fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para campanhas eleitorais, limitadas: I) no caso de pessoa física, a 10% dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição (Lei n. 9.504/1997, art. 23, § 1º, I); II) no caso em que o candidato utilize recursos próprios, ao valor máximo de gastos estabelecido pelo seu partido (Lei n. 9.504/1997, § 1º, II); III) no caso de utilização de bens móveis ou imóveis de propriedade do doador, desde que o valor da doação não ultrapasse R\$ 50.000,00

público direto e indireto nas eleições com o ingresso de recursos para os partidos políticos e campanhas eleitorais de procedência do *fundo partidário*¹¹, com previsão no orçamento público, como também dos *programas eleitorais gratuitos*¹² vinculados pelas emissoras de rádio e de televisão nacionais, mediante a concessão de benefícios fiscais tributários às empresas, conforme o tempo e o espaço utilizados previamente estabelecidos em lei.

Com efeito, os dois extremos de financiamento, o exclusivamente público e o exclusivamente privado, apresentam vantagens e desvantagens que merecem destaque, pois o assunto é polêmico e complexo. Não existe um consenso sobre qual dos sistemas de financiamento – público ou privado – atende, na sua essência, o princípio democrático e pluralista, razão pela qual o foco das discussões não pode estar preso ao modelo de financiamento, mas à forma de controle de arrecadação e à eficácia e efetividade das sanções pelo descumprimento da lei eleitoral.

Isso porque, de um lado, o sistema de financiamento público exclusivo pode representar uma concepção falsa de representação, uma

(Lei n. 9.504/1997, art. 23, § 7º); IV) no caso de pessoa jurídica, 2% dos rendimentos brutos declarados no ano anterior (Lei n. 9.504/1997, art. 81, § 1º).

11 Cf. art. 38, I a IV, da Lei n. 9.096/1995. O *Fundo Partidário* é constituído de dinheiro público extraído do orçamentário da União, como também das multas eleitorais que passam pelo Tesouro Nacional, e representam valores extremamente significativos. A título ilustrativo verifica-se que o Estado repassou aos partidos políticos, como dotação orçamentária de 2010, em duodécimos, a importância de R\$ 160.425.649,00 (cento e sessenta milhões, quatrocentos e vinte e cinco mil e seiscentos e quarenta e nove reais), e, em *multas eleitorais*, a importância de R\$ 40.502.584,00 (quarenta milhões, quinhentos e dois mil e quinhentos e oitenta e quatro reais). Em 2011, distribuição referente aos *duodécimos* dos meses de janeiro a outubro de 2011 importa em R\$ 221.126.289,14 e, referente às multas, no importe de R\$ 32.228.307,99 < <http://www.tse.jus.br/partidos/fundo-partidario>>

12 Cf. arts. 38 a 49 da Lei n. 9.096/1995. Os partidos políticos brasileiros também são beneficiados pelo *financiamento público indireto* que se dá por meio da concessão de benefícios ou de serviços indiretos, porque as empresas de comunicação de massa são beneficiárias de vantagens ou de incentivos fiscais e tributários, para, em troca, oferecerem a transmissão gratuita da propaganda partidária e eleitoral, como meio democrático de difundir programas e ideias, de modo a equilibrar a igualdade de oportunidade entre os concorrentes, em face do alto custo das campanhas políticas e da avançada tecnologia dos métodos de *marketing* político com força de definir as disputas eleitorais.

vez que, com a adoção desse modelo de financiamento, a sobrevivência econômica das organizações partidárias independe do apoio dos eleitores, fortalecendo demasiadamente o grau de dependência dos partidos com relação ao Estado e enfraquecendo o vínculo dos partidos com a sociedade, pela característica de o partido político não ser um *agente estatal*, mas um *agente social*, que deve estar sempre sensível às constantes e necessárias mutações sociais e, portanto, firmado na exata distinção entre a vontade estatal e a vontade popular – pela qual se legitima o processo do poder¹³.

De outro lado, existe uma tendência a fortalecer os incentivos em relação ao ingresso das contribuições privadas nas campanhas eleitorais, que tem aumentado de maneira significativa entre os países estrangeiros. Exemplo disso é o sistema alemão, que, apesar de adotar um sistema de financiamento estatal para os partidos políticos, apontado como exemplo de transparência e de maior controle financeiro do mundo, também se destaca por ter uma legislação que incentiva ao máximo o financiamento privado para campanhas eleitorais¹⁴.

Pelo princípio da liberdade de atuação dos partidos políticos, estes devem guardar não só a total independência em relação ao ente estatal como também, e principalmente, se envolver cada vez mais no seio social, em face do caráter de *forças vivas socialmente*, ou seja, os partidos políticos devem, em observância ao princípio democrático, atuar como grupos enraizados no plano político social, independentes do aparelho estatal, característica essa que não pode ser afetada por qualquer das formas de financiamento.

A característica de *agente social* do partido político significa que ele não pode sofrer nenhuma interferência do Estado por força da dependência do dinheiro público, sob pena de, assim ocorrendo, supor-se uma ingerência ilegítima na formação da vontade popular. Os órgãos estatais não podem, sob o pretexto de conferir o financiamento público ou sob qualquer outro, fazer dos partidos políticos um braço do Estado a serviço dos interesses estatais, afastando-se da essência democrática e da opinião popular.

13 IBÁÑEZ, 1995, p. 21-22

14 Ibidem, p. 21-22.

2 Financiamento público

O financiamento público é aquele dotado unicamente de dinheiro público ou estatal¹⁵.

O financiamento público se diferencia quanto aos critérios de distribuição de um país para outro, tanto no que diz respeito ao financiamento público direto, que é repassado a título de fundo partidário, bônus, subsídios, reembolso etc., quanto no financiamento público indireto, que se concretiza pela prestação de serviços ou benefícios estatais.

O objetivo do financiamento público é permitir que os partidos políticos e candidatos possam alcançar um equilíbrio equitativo e competitivo entre si, fortalecendo o sistema pluralista adotado em muitos regimes democráticos, em observância ao princípio fundamental da igualdade de oportunidades entre candidatos.

É evidente que os partidos políticos estruturados unicamente pelo capital público não podem se distanciar dos princípios constitucionais que informam os planos naturais do Estado e da sociedade.

Sobre o assunto, o Tribunal Constitucional alemão traçou os critérios principiológicos que devem nortear o financiamento público¹⁶, como se destaca:

1. os partidos políticos não podem chegar a ser dependentes do Estado;
2. os meios de financiamento privados gozam, em todo caso, de preferência sobre os públicos;
3. o Estado está limitado em seu financiamento a suprimir as necessidades financeiras dos partidos políticos, para que possam cumprir suas funções, desde que não possam fazê-lo por seus próprios meios.

Um dos fundamentos democráticos para estabelecer um limite ao financiamento público e impedir o financiamento exclusivo ou por

15 O financiamento de campanhas eleitorais com recursos públicos deverá ser disciplinado em legislação específica, conforme dispõe o art. 79 da Lei n. 9.504/1997.

16 Critérios apontados pelo Tribunal Constitucional alemão. IBAÑEZ, 1995, p. 31.

inteiro pelo Estado é serem os partidos políticos *agentes sociais*, gerados e mantidos economicamente pela sociedade¹⁷.

O financiamento público se desmembra em *financiamento público direto* e *financiamento público indireto*.

2.1 Do financiamento público direto

Entre os mecanismos aplicados para o financiamento público dos partidos políticos, encontram-se as subvenções, os subsídios, a restituição ou reembolso, em dinheiro ou em bônus, denominado *financiamento público direto* e repassado diretamente pelo Estado aos partidos políticos mediante a observância de certas condições que variam entre os diversos países.

Os valores correspondentes ao financiamento público direto podem ser *variáveis*, como ocorre no Brasil, na Alemanha, na Áustria, na Bélgica, na Espanha, em Portugal, na França, na Itália, nos Países Baixos e em outros, ou *invariáveis*, a exemplo da Argentina e da Nicarágua. Nos Estados Unidos, o financiamento público é direto, mas parcial, para campanhas e convenções apenas em relação à eleição presidencial.

No Brasil, os recursos atinentes ao *fundo partidário*¹⁸ – que é composto das multas eleitorais, das contribuições da iniciativa privada efetuadas diretamente no fundo, assim como das verbas de dotação orçamentária – entram pelo Tesouro Nacional (orçamento público) e são repassados ao Tribunal Superior Eleitoral, que tem a incumbência de distribuir os *duodécimos* dos fundos aos diretórios nacionais dos partidos políticos.

17 Art. 18.5 da Lei de 28 jan.1994. Esse foi o ponto essencial da reforma eleitoral alemã de 1994, traçou a distinção entre o chamado limite de financiamento estatal *relativo* e o *absoluto*. No tocante ao limite de financiamento público *relativo*, estabeleceu-se que não pode ser superior ao próprio financiamento privado do partido (total das cotas e doações) e, em relação ao *absoluto*, *cifra máxima* ou *topo*, fixou-se, como condição para a distribuição dos recursos públicos, uma restrição legal, adotando-se como parâmetro o êxito obtido por um partido político nas eleições juntamente com a quantidade percebida pelas cotas dos filiados e as doações. Consideraram-se, para estabelecer o limite absoluto, o êxito nas eleições e a necessidade de estimular também as fontes de financiamento privado dos partidos, em cumprimento ao preceito constitucional segundo o qual os partidos têm de ser *agentes sociais*, arraigados no seio social, sem excluir por ele um adequado financiamento público.

18 No Brasil, cf. Art. 38, I a IV, da Lei n. 9.096/1995.

2.2 Do financiamento público indireto

O *financiamento público indireto* diz respeito aos serviços ou benefícios fiscais concedidos pelo Estado em favor dos partidos políticos e candidatos, tais como serviços e estrutura utilizados pelo partido ou pagamento de alguns custeios de correio, cessão de espaço público ou dos meios de comunicação.

A ideia para garantir o acesso gratuito dos meios de comunicação, principalmente da televisão, que hoje tem o poder de definir as campanhas eleitorais, é estabelecer normas regulamentadoras específicas no tocante ao financiamento público indireto e, nesse âmbito, promover um maior envolvimento dos organismos eleitorais no sentido do controle no tocante ao acesso equitativo¹⁹. O financiamento público indireto, que se realiza por intermédio da transmissão gratuita de rádio e da televisão²⁰, é considerado de primordial relevância política, em face da acessibilidade dos partidos políticos e dos candidatos que conseguem levar aos cidadãos os programas e propostas, seja por meio da propaganda eleitoral no período de eleições, ou da propaganda partidária no período entre os pleitos eleitorais.

Frise-se, ainda, que o modelo de um financiamento público indireto para as campanhas encontra amparo na medida em que o sistema eleitoral é dotado de matérias de interesse público e, com isso, a propaganda eleitoral gratuita, realizada por meio do rádio e da televisão, permite um mínimo necessário de equidade entre os concorrentes durante as eleições.

Assim, o acesso ao rádio e à televisão, pelo qual se permite a realização da propaganda partidária e de campanha eleitoral pelos meios de comunicação em massa, parece contribuir de maneira expressiva

¹⁹ Destaca o autor que, em tema de controle e fiscalização dos meios de comunicação, o país mais avançado é o México, que fortaleceu amplamente as atribuições da Comissão de Radiodifusão do Instituto Federal Eleitoral (IFE), que tem como uma de suas atribuições fundamentais realizar monitoramento exemplar nos tempos de transmissões sobre as campanhas, divulgando o grau de imparcialidade das informações (tradução nossa). ZOVATTO, D. G. *La reforma político-electoral en América Latina: evolución, situación y tendencias, 1978-2000*. Observatório Electoral Latinoamericano. Disponível em: <<http://www.observatorioelectoral.org.biblioteca/?bookID=3&Page=3>>. Acesso em: 9 abr. 2012.

²⁰ No Brasil, cf. arts. 38 a 49 da Lei n. 9.096/1995.

para reduzir o desnivelamento existente entre os candidatos políticos, como também para a apresentação dos programas e ideias partidários aos cidadãos, uma vez que esses instrumentos refletem um mínimo de igualdade durante a programação eleitoral.

Os meios de comunicação social deveriam ser mais do que nunca utilizados pelos partidos políticos como poderoso instrumento de expressão no processo de divulgação das plataformas políticas em busca de apoio do público eleitor.

Importante consignar que um dos aspectos mais relevantes envolvendo a questão da expressão política pelos meios de comunicação (televisão, rádio, *internet* e imprensa) refere-se à difícil tarefa de garantir o acesso equitativo a todos os partidos políticos na missão de transmitir ao público eleitor as opções políticas existentes, bem como suas propostas envolvendo políticas públicas.

O tema envolve princípios de ordem constitucional, tal qual o princípio democrático eleitoral da equidade e o direito à informação. Isso porque, se de um lado, os partidos políticos têm o direito de apresentar seus programas e propostas políticas, de outro, os eleitores têm o direito de serem informados sobre as opções eleitorais existentes, bem como sobre suas propostas políticas, a fim de bem decidirem a respeito da escolha dos representantes responsáveis pela condução dos negócios públicos do país, uma vez que ele, eleitor, é o único e legítimo detentor do sufrágio popular.

Embora a finalidade do acesso gratuito aos meios de comunicação como forma de financiamento indireto de campanhas eleitorais seja frequentemente distorcida por poderosos grupos econômicos e políticos, o acesso gratuito é um importante instrumento democrático utilizado nas campanhas eleitorais e busca assegurar o acesso justo e equitativo dos partidos políticos à mídia.

É verdade que os detentores dos maiores recursos financeiros frequentemente produzem um alto nível de desequilíbrio entre os candidatos e diferentes partidos políticos, na medida em que têm mais acesso aos espaços pagos por meio da contratação dos meios privados. Tal circunstância obriga, muitas vezes, os pequenos partidos políticos, em face da baixa audiência da programação estatal – a sociedade não tem a

exata compreensão do sentido da propaganda partidária e política –, a contratar os meios de comunicação privados, tornando, por conseguinte, ineficazes os recursos públicos indiretos repassados pelo Poder Público.

2.3 As vantagens e desvantagens do sistema de financiamento exclusivamente público

Assim, tanto o *financiamento exclusivamente público* quanto o *financiamento exclusivamente privado* apresentam vantagens e desvantagens que não podem ser consideradas isoladamente como fator preponderante para a reforma política.

Como vantagens do sistema de financiamento exclusivamente público podemos destacar:

a) *a diminuição dos efeitos da desigualdade e da desproporcionalidade entre os candidatos* – Com a diminuição dos recursos provenientes das contribuições privadas, o regime democrático representativo parece estar cada vez mais enfraquecido, porque os partidos políticos precisam de dinheiro para fazer frente não só às despesas ordinárias estruturais partidárias, como para realizar as campanhas eleitorais, estas cada vez mais caras, colocando muitos partidos e candidatos em situação de desigualdade, uma vez que os vinculados aos financiadores particulares são, com frequência, favorecidos de maneira desproporcional durante o processo eleitoral²¹.

Ao invés de apresentar ao público propostas e programas alternativos, velando pela lisura das eleições, os candidatos com maior grau de poder político e interesse econômico utilizam-se, de forma indevida, da elevada sofisticação das técnicas de *marketing* político²², influenciando o eleitor direta ou dissimuladamente.

Ainda que a proposta de financiamento igualitário de campanhas cause divergências, existe o reconhecimento da necessidade de se

21 SOBIERAJSKI, 2004, p. 204.

22 Referente à discussão sobre o *financiamento público das campanhas eleitorais*. Explicita-se a desigualdade dos recursos financeiros que ampararam a disputa eleitoral à Presidência em 1998, entre os candidatos Fernando Henrique Cardoso e Luiz Inácio Lula da Silva. Disponível em: <<http://www.pt.org/assessor/finapub.htm>>. Acesso em: 27 set. 2012.

minimizar os efeitos econômicos advindos das doações privadas com a fixação de parâmetros de proporcionalidade, seja em relação ao tempo utilizado em programas eleitorais – horário político –, seja no tocante à distribuição dos aportes do fundo partidário.

b) *a redução dos custos das campanhas eleitorais* – É sabido que os custos das campanhas eleitorais têm aumentado de forma significativa, principalmente em face da evolução dos meios de *marketing* político, como a assessoria e a produção de propaganda política, em particular, na televisão.

O que se destaca é o alto custo das campanhas em contraste com os poucos recursos financeiros de alguns partidos e candidatos, gerando grande desequilíbrio entre os partidos políticos, que, se estiverem centrados exclusivamente em fundos públicos, tenderão à redução dos gastos, com a garantia de condições equitativas entre os competidores, e, em concreto, tornar-se-ão reais as chances para disputar os cargos de acesso do poder.

Um aspecto importante seria permitir ao financiamento público o enrijecimento do controle e da fiscalização sobre os meios de comunicação, uma vez que, reduzindo os custos da campanha, reduzir-se-ia, também, o quanto possível, a interferência que os detentores do poder, donos dos meios de comunicação, exercem sobre o resultado das eleições. Isso porque, não raras vezes, deixam de adotar uma conduta imparcial, pluralista e objetiva no tratamento dado às notícias eleitorais, para mostrar, ainda que de forma velada, preferências políticas ligadas a interesses específicos que, por conseguinte, acabam influenciando no poder de escolha do eleitorado.

Sobre o assunto não há um consenso, visto que para alguns a adoção do modelo exclusivamente público de campanhas constitui uma forma de reduzir os custos, igualando e proporcionando o equilíbrio entre os candidatos. Em contrapartida, para outros, o problema da desigualdade não poderia ser resolvido tão somente com a implantação de um sistema de financiamento estatal, porque também os custos com a produção da propaganda e do *marketing* político estão cada vez mais altos, ficando difícil para o Estado acompanhar essa elevação.

c) *a padronização e a simplificação dos programas de propaganda eleitoral* – Argumenta-se, em favor do modelo de financiamento unicamente público, que esse regime proporciona condições mais equânimes entre os competidores políticos, por permitir um grau maior de transparência na movimentação dos recursos públicos e, em consequência, mitigar os atos de corrupção política, por se tornar visível a simplificação e padronização dos programas de propaganda eleitoral.

A ideia é garantir a redução da desigualdade existente entre os candidatos e os partidos políticos durante as campanhas eleitorais, por meio do repasse de recursos financeiros estatais em um nível adequado para que a competição se desenvolva da forma mais equitativa possível, permitindo que todos os partidos ocupem espaços igualitários na produção da propaganda, impedindo a influência.

d) *a maior transparência nas movimentações das verbas públicas* – A ausência de um controle rígido de fiscalização sobre a origem e a forma de aplicação dos recursos disponibilizados e utilizados em campanhas eleitorais, para os defensores do sistema público de financiamento, permite que os candidatos a cargo eletivo desenvolvam uma contabilidade paralela (caixa dois) com recursos ilícitos²³ vinculados, muitas vezes, a compromissos futuros de favorecimento para com terceiros por conta das contribuições recebidas durante a campanha.

Para os defensores do financiamento público, seria mais fácil viabilizar um programa eficaz no combate à corrupção no país, desenvolvendo-se um sistema de controle mais rigoroso, que pudesse elevar o grau de visualização e maior transparência nas movimentações dos gastos que envolvem verbas públicas e fiscalização do processo de prestação de contas dos candidatos e partidos políticos.

e) *a permissão do controle social na distribuição das verbas* – Defende-se que esse modelo de financiamento tende a aumentar a ação do setor público na medida em que a sociedade possa participar dos debates públicos e tornar exigível a transparência na distribuição das verbas públicas e na destinação que é dada a esses recursos, uma vez que o

23 Consideram-se recursos ilícitos não apenas as hipóteses vedadas pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 17, II (*recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiro*), como também os recursos expressamente arrolados no art. 24 da Lei n. 9.504/1997 e no art. 21 da Lei n. 9.096/1995.

financiamento privado não permite a real visualização da arrecadação e transparência desses recursos, afastando, cada vez mais, os cidadãos dos propósitos e dos ideais da sociedade.

A população, que sofre as consequências da corrupção instalada dentro e fora do sistema político, é a vítima do sistema, pela redução da qualidade de vida dos cidadãos, conferindo o financiamento exclusivamente público a possibilidade de um maior controle social, que poderá ser utilizado para promover a responsabilização do Estado e a efetiva garantia da moralidade, ética e transparência na gestão da coisa pública.

Quanto às possíveis desvantagens do sistema de financiamento exclusivamente público podem ser apontadas:

a) *a incompatibilidade com o pluralismo presente na Constituição Federal* – O sistema de financiamento exclusivamente público se torna incompatível com o pluralismo político consagrado no texto constitucional, fundamento do regime democrático, porque, de um lado, pode gerar o desinteresse dos partidos políticos, que, recebendo os recursos unicamente estatais, não necessitam mais dos cidadãos, deixando de lado o enraizamento no seio social; de outro, a contrario sensu, necessitando do financiamento estatal, passam a atender aos interesses do Estado, mesmo contrários aos cidadãos, passando a atuar como agentes estatais a serviço do governo. O princípio do pluralismo político, inserido no sistema político-constitucional (CF, art.1º, inciso IV, cc. 17), caracteriza-se pela diversidade de concepções ideológicas partidárias na sociedade e também pela perfeita interação entre o cidadão e a representação partidária.

Com efeito, a tutela dos partidos políticos e de campanhas eleitorais tão somente pelo aparelho estatal afronta a natureza jurídica dos próprios partidos, hoje pessoas jurídicas de direito privado (CF, art. 17, § 2º), cuja natureza é caracterizada por seu entrelaçamento no meio social, com a plena liberdade de participação direta do cidadão na vida e na estrutura partidárias.

b) *a dependência entre órgãos inferiores (Diretórios Estaduais e Municipais) e o Diretório Nacional* – Um dos problemas do financiamento exclusivamente público reside no fato de que tal sistema pode implicar

o fortalecimento de instâncias centralizadoras dos partidos políticos. O sistema de repasse de recursos financeiros aos órgãos partidários nacionais e destes aos órgãos estaduais e municipais tende a causar um elevado grau de dependência entre os diretórios de instâncias inferiores em relação aos de superiores, porque estes passam a ser os responsáveis pelo repasse dos recursos estatais.

Argumenta-se que, sem qualquer participação privada, o financiamento público pode levar à prática abusiva pela influência dos dirigentes e pela fragilidade institucional dos partidos políticos. Esses são fatores que podem gerar aos detentores do poder e da força do dinheiro público – o único a alimentar os partidos políticos e as campanhas eleitorais – um aproveitamento dessa situação para que os diretórios estaduais e municipais sejam submetidos a toda sorte de pressão, fazendo das verbas públicas objeto de troca de favores.

c) *o reforço das tendências oligárquicas ou dos cartéis partidários* – Aos partidos políticos cabe a função representativa entre o povo e o governo, conciliando os interesses, socializando a política, mobilizando os votos e organizando, por meio dos programas partidários, o Poder Executivo.

O financiamento exclusivamente público descaracteriza essa função representativa entre o povo e o governo, porque centraliza as principais forças políticas partidárias, colocando-as próximas do Estado. Essa aproximação dos partidos políticos com o governo, além de garantir o recebimento dos recursos públicos, faz com que as atividades partidárias se voltem aos interesses e à direção dos negócios estatais, transformando-os numa espécie de agentes estatais, que se apresentam a serviço do Estado, e não mais em agentes sociais, representantes da sociedade no interesse das necessidades do povo.

Com a garantia do financiamento unicamente público e com as condições necessárias à manutenção das forças políticas existentes, a tendência dos partidos é de estabelecer uma forte aproximação estatal e, como consequência, o distanciamento dos cidadãos, dificultando o surgimento de novos partidos ou a exclusão dos pequenos, bem como uma menor competição partidária de oposição, formando-se, assim, uma oligarquia ou um cartel de partidos em afronta ao regime democrático.

Os partidos políticos, dependendo unicamente do dinheiro público, passam a onerar cada vez mais o Estado, porque a cada eleição os custos são muito maiores e mais expressivos, o que acaba comprometendo grande parcela do orçamento público. A experiência estrangeira mostra que partidos e governo se unem em torno dos interesses mútuos, aqueles para conseguir os subsídios públicos em patamares elevados, e este, o consenso em todos os negócios do Estado, ainda que em detrimento da sociedade. Note-se que nenhum Estado conseguiu manter o financiamento unicamente público, gerando a quebra do orçamento estatal, porque se tornou crescente, insuficiente e insustentável como incentivo para arcar com todas as despesas partidárias e de campanha eleitoral.

Além de os cofres públicos não suportarem os elevados custos de campanha em face do sistema público de financiamento, este também constitui um fator causador do partido-cartel, centrado nos interesses estatais e não mais sociais, conforme observação feita por Nuno Guedes, citando Peter Mair e Richard Katz, no sentido de que:

Os partidos passavam a ser um serviço do Estado, esquecendo os desejos da sociedade e os políticos eram uma espécie de colegas de profissão, sem preocupação em recrutar militantes para o partido. As relações intrapartidárias são de autonomia mútua, sem direitos ou obrigações, com pouca distinção entre membros e não membros. Os indivíduos contam mais do que o coletivo. (MAIR; KATZ, 1995, apud PORTA, 2003, apud GUEDES, 2006, p. 5).

Destaca ainda Nuno Guedes que o financiamento exclusivamente público, causa de progressiva aproximação dos partidos com o Estado, faz aparecer os partidos-cartéis, porque dificulta o surgimento de novos partidos políticos. Confira:

Como este dinheiro depende do sucesso prévio nas eleições, estariam asseguradas as condições necessárias à manutenção das forças políticas existentes, dificultando o surgimento de novos partidos no sistema. A relevância dos fundos estatais na vida partidária faria aparecer o partido-cartel, com tendência para uma menor competição partidária. Os partidos sentiam-se quase no direito de cobrar uma comissão pelo trabalho de intermediação com o Estado e os fundos para o seu funcionamento seriam predominantemente públicos. (PORTA, 2003, apud GUEDES, 2006, p. 5)

Assim, a crítica é que, além da quebra do orçamento do Estado, a formação das oligarquias ou dos partidos-cartel fere o princípio democrático da liberdade e igualdade, como da autonomia partidária.

d) *a dependência do Estado* – O financiamento unicamente público pode, ainda, conduzir à estatização dos partidos ou à dependência destes no que diz respeito ao Estado. O Estado, cobrindo com o dinheiro público todas as necessidades internas dos partidos, forçosamente poderá conduzir à diminuição da liberdade deles, vulnerando, com isso, o princípio constitucional da liberdade dos partidos políticos, uma vez que estes não teriam que se esforçar em encontrar o apoio financeiro dos cidadãos.

Pelo princípio democrático e da liberdade dos partidos políticos, é exigência constitucional a total independência das agremiações partidárias e o integral respeito ao processo de formação da vontade popular, não podendo os partidos se afastarem dos cidadãos ou deixarem de ser sensíveis às mutantes necessidades sociais para não romper o sistema representativo, cuja característica é fazer enraizar, cada vez mais, o partido no plano político social. Com efeito, dependentes unicamente do aparelho estatal para cobrir todas as despesas internas e de campanhas eleitorais, estariam os partidos políticos cada vez mais distantes do apoio financeiro dos cidadãos, perdendo o caráter de forças vivas socialmente, rompendo com a essência da democracia representativa.

e) *a quebra do orçamento do Estado* – Outro argumento desfavorável ao financiamento exclusivamente público partidário é o de onerar, ainda mais, o orçamento público. Em um país em que o povo é necessitado de tudo, ele teria de arcar com a elevação tributária até o momento em que, pelo custo alto e crescente das campanhas, levaria à quebra do sistema orçamentário.

A sociedade já suporta a exorbitante carga tributária imposta pelo Fisco, sem que haja o devido retorno dos recursos públicos por meio de investimentos sociais. Seria ilusória a ideia de que o orçamento público suportaria os altos e crescentes custos dos partidos políticos, numa sociedade tão carente dos serviços públicos primários, agravando as deficiências do sistema social.

3 Financiamento privado

O financiamento privado é aquele que, em face da plena liberdade que as pessoas têm de associação para fins lícitos, admite o recebimento de contribuições particulares por meio de cotas dos filiados e de doações de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, voltadas às finanças de uma campanha eleitoral do candidato ou do partido político.

Ponto fundamental no tocante ao sistema de financiamento privado, como também se constata na legislação comparada, diz respeito à exigibilidade de que os doadores de campanha sejam obrigatoriamente identificados, por força de dispositivo legal, permitindo maior transparência durante as campanhas eleitorais.

A transparência dos recursos econômicos utilizados nas campanhas eleitorais depende da adoção de um sistema de controle de financiamento de campanha eleitoral altamente eficaz, apto a demonstrar tanto a questão condizente com a transparência da identificação da origem dos recursos, quanto a questão da limitação do seu montante.

Não obstante o reconhecimento de alguns pontos negativos do sistema de financiamento exclusivamente público de campanhas eleitorais, cabe-nos apontar que o sistema exclusivamente privado também apresenta seus riscos e benefícios, entre estes a possibilidade de permitir que contribuições de natureza privada reforcem a participação da sociedade nas tarefas políticas. Aqui também, independentemente do modelo, exige-se que sejam observadas as limitações com respeito à origem desses recursos, bem como em relação a seus montantes, evitando-se abusos e desigualdade entre os candidatos.

A justificativa para que sejam limitadas as contribuições privadas é evitar grandes desequilíbrios ou desproporções entre os recursos dos partidos políticos, assim como diminuir a influência de certos indivíduos ou empresas que contribuem em troca de favores. A influência de alguns doadores sobre os candidatos e partidos políticos fere o sistema democrático participativo formado pelas organizações partidárias, pelas diversas ideologias e pelas tendências ligadas à própria representação, que deve orientar e organizar a opinião popular sem permitir que mecanismos espúrios ou ilícitos, como os empreendidos em campanhas partidárias,

possam macular essa vontade soberana e os interesses primordiais do povo.

Com efeito, o financiamento exclusivamente privado nos regimes democráticos pluralistas esbarra na necessidade de se estabelecerem limites máximos, globais, e um efetivo controle dos recursos, uma vez que o próprio regime busca conferir aos partidos políticos a tutela constitucional da liberdade e da autonomia, representativa dos direitos individuais. Estes devem ser entendidos como um complexo de prerrogativas inerentes ao próprio indivíduo em sociedade e a ele pertencentes enquanto vinculado ao corpo social, que obriga uma relação isenta de qualquer tipo de interferência que venha em seu desfavor.

Aliás, frise-se que a concepção de liberdade de associação para fins lícitos encontra-se esculpida no art. 5º, XVII, da Constituição Federal de 1988, sendo extensivamente possível o reconhecimento do direito de participação do cidadão no processo de financiamento de campanhas por meio de uma agremiação política, por sua livre e espontânea vontade, implicando, por conseguinte, a possibilidade de que um filiado possa contribuir com as finanças de uma campanha eleitoral do candidato ou do partido político que tenha despertado sua simpatia dentro dessa mesma associação.

A intenção de buscar no seio da sociedade recursos que possam alimentar o financiamento das campanhas eleitorais significa o aumento da representatividade dos partidos políticos e, por conseguinte, sua inserção social. Essa é a característica de um processo eleitoral democrático pluralista, em que os partidos políticos precisam, cada vez mais, aproximar-se do povo, promovendo um entrelaçamento social e possibilitando que o indivíduo, na qualidade de pessoa física ou jurídica, possa participar do processo de financiamento dos partidos e dos candidatos em campanhas eleitorais.

A questão que se coloca como fundamental não é a de estabelecer qualquer vedação de participação direta dos cidadãos nos pleitos, que deflui de determinação constitucional, mas condiz com a necessidade de aprimoramento das formas de controle, de fiscalização e de repressão dos abusos do poder econômico, da corrupção e da fraude cometidos pelos

partidos políticos em face da necessidade de se buscar os recursos no seio social²⁴.

O controle por meio da obrigatoriedade de prestação de contas à Justiça Eleitoral²⁵ por parte dos partidos políticos financiados diz respeito a um direito constitucional dos demais cidadãos, em atenção ao princípio da publicidade, de saber efetivamente quem está sendo apoiado e financiado durante as eleições, sobretudo por quem.

A adoção desse tipo de sistema privado de financiamento requer uma preocupação maior com a origem das fontes dos recursos, a fim de se evitar a arrecadação de dinheiro produto de atividades ilícitas ou do crime organizado. Deve ser levado em conta que a maior parte das contribuições doadas pelas entidades privadas recai sobre a figura do candidato e não sobre o partido político ao qual está vinculado, como também se deve considerar a forte influência sobre os diretórios nacionais, regionais, municipais e candidatos eleitos pelas grandes corporações de natureza privada, o que favorece a prática delituosa do abuso do poder econômico pelos entes privados.

Desse modo, o aperfeiçoamento do sistema de controle e de fiscalização de gastos de campanhas eleitorais significa um avanço em busca da lisura no procedimento eleitoral, desde que não se proíba, em termos absolutos, que a sociedade possa contribuir com os gastos de campanha eleitoral, o que resultaria num contrassenso diante da concepção pluralista adotada pelo atual sistema jurídico-político constitucional.

Como visto, pela ordem constitucional vigente, é privada a natureza jurídica dos partidos políticos, os quais não têm mais o *status*

24 Art. 14, §§ 9º e 10, da Constituição Federal de 1988: Art. 14. *A soberania será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...] § 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 do abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. § 10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.*

25 CF, art. 17, inciso III.

de entes estatais ou paraestatais, extirpando dessa forma as normas e os entendimentos em sentido contrário, ressaltando-se autonomia constitucional conferida aos partidos políticos, que encontra fundamento na necessidade de que os diversos anseios e interesses sociais possam ser representados dentro da esfera política nacional. Ora, se a base social dos partidos políticos é formada por representantes da sociedade, não existe lógica política na proibição absoluta de que os setores e as parcelas desta mesma sociedade possam contribuir para o financiamento de campanhas eleitorais.

Por outro lado, proibir que os candidatos e os partidos políticos possam receber qualquer tipo de amparo financeiro, por parte dos setores da sociedade cujos interesses representem, pode significar a quebra do sistema partidário representativo nas relações existentes entre os entes públicos e privados.

Rechaçar o sistema de financiamento privado ante à imposição de um sistema de financiamento exclusivamente público para disputas eleitorais pode conduzir ao elevado grau de dependência dos candidatos e dos partidos políticos frente ao Estado, afastando-os do eleitorado e das bases sociais, o que não encontra amparo na democracia representativa. É certo que é um dever do Estado manter a comunicação de partidos políticos e candidatos com o eleitorado e demais cidadãos, por se tratar de sistema representativo, que é o fundamento do Estado Democrático.

Como enfatizado anteriormente, não é o sistema de financiamento – público, privado ou misto – que, por si só, dificultará a atuação dos corruptos. O que guarda relevância com o financiamento privado é a questão da publicidade e transparência dos recursos ingressados e dos gastos eleitorais. Esse é o ponto principal do financiamento, qualquer que seja o modelo.

É preciso que os candidatos e partidos políticos identifiquem (pelo nome do doador, com todos os dados pessoais e empresariais), sem exceção²⁶, e declarem a origem dos recursos captados em campanha e qual

26 Cf. Lei n. 9.504/1997, art. 27. A lei apresenta uma exceção à regra, permitindo que pequenas doações do eleitor, até a quantia de 1.000 UFIR, equivalente a R\$ 1.064,10, não se sujeitem à contabilização e à emissão de recibos eleitorais, desde que não reembolsados, o que pode gerar fraude e corrupção.

o valor dessas contribuições de natureza privada, com a tramitação por conta bancária específica, estimulando as doações por meio do sistema de benefícios fiscais aos doadores. Esses benefícios estimulam a doação e obrigam o seu registro pelo candidato ou partido político, sem o qual não se concede o benefício, garantindo um mínimo de transparência no procedimento eleitoral.

A ampla publicidade ajuda no controle social. Ademais, os candidatos e partidos políticos têm o dever de prestar contas à sociedade por meio do Órgão Eleitoral, uma vez que a publicidade das contas é direito assegurado aos cidadãos de serem informados como e por quem os partidos são financiados, e também, principalmente, como foi empregado o dinheiro público nas campanhas, uma vez que este saiu do orçamento estatal, constituindo dinheiro do povo, a quem cabe a prestação de contas.

3.1 As vantagens e desvantagens do sistema de financiamento exclusivamente privado

A exemplo das vantagens e desvantagens do sistema de financiamento exclusivamente público, também o *financiamento exclusivamente privado* apresenta vantagens e desvantagens que não podem ser considerados isoladamente como fator preponderante para a reforma política.

Como possíveis benefícios do sistema de financiamento exclusivamente privado destacam-se:

a) *incentivar a participação política dos cidadãos, enraizando os partidos na sociedade* – A democracia se realiza por meio de um método de adoção das decisões coletivas ou de governo que garanta a participação direta e indireta do maior número de pessoas (SQUELLA, 2000, p. 512). A participação dos cidadãos no governo se insere tanto nos direitos pré-eleitorais como naqueles que surgem de um sistema democrático autêntico, em que a vontade de certos agrupamentos pode ser manifestada como forma de exercício da soberania popular.

A formação desses agrupamentos decorre de um determinado fim desejado por seus membros, correspondendo ao poder do povo – poderes de fato, que podem ou não encontrar sintonia com os poderes dos governantes – e ao poder legal, isto é, o poder do Estado. É certo que o

poder do Estado nem sempre encontra harmonia com o poder do povo, o que pode acabar gerando certas divergências sociais e, por conseguinte, um distanciamento entre a consolidação dos ideais político-partidários adotados pela vontade da maioria e a atividade governamental.

No sistema eleitoral brasileiro, a democracia é retratada nitidamente pelo exercício do sufrágio universal²⁷ e pelo voto direto e secreto, mediante instrumentos democráticos representativos ou participativos, como o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular de projetos de lei, formando a essência do regime democrático com vantagens para a liberdade das pessoas que, como acentua Agustín Squella (2000, p. 511), são tão evidentes como suas inevitáveis limitações para resolver com a prontidão desejada muitos dos problemas que ainda persistem em nossa sociedade.

Os partidos políticos, ao atuarem no seio da sociedade divulgando suas plataformas e propostas políticas ou, ainda, quando buscam recursos para reforçar suas finanças partidárias, acabam ampliando o caráter de forças vivas socialmente e, com isso, proporcionando a ampla liberdade dos partidos frente à mutante realidade social, em concretização ao princípio político-partidário.

É interessante destacar que a necessidade de buscar recursos no seio da sociedade pode acabar constituindo uma forma de recrutar novos membros partidários, além de promover a participação dos cidadãos no debate político e nas questões públicas, colaborando, por conseguinte, com o amadurecimento democrático dos eleitores. Esse processo de interação entre as organizações partidárias e a sociedade, além de fortalecer o sistema democrático, cumpre, por consequência, uma das principais funções das eleições.

b) *aumentar a representatividade social dos partidos políticos* – Essência da própria concepção pluralista do processo democrático adotado pelo ordenamento constitucional vigente é a finalidade da representação política, constituindo o povo o elemento humano que obrigatoriamente deve participar da vida jurídico-política do Estado, por ser ele o único

²⁷ CF, art. 14, *caput*. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.

detentor do poder político estatal (CF, art. 1º e parágrafo único). O processo democrático está ligado à ideia de representação por meio dos partidos políticos que representam os eleitores na escolha de seus representantes, com a mais absoluta liberdade para o exercício do voto.

Com efeito, não pode haver representação sem o estímulo da sociedade que se estabelece entre os partidos e o candidato em relação aos cidadãos, quer pela conquista de novos adeptos e simpatizantes, quer pela necessidade de prestar contas aos seus filiados e eleitores a respeito das propostas políticas divulgadas em campanha. É dessa forma que os partidos conseguem sistematizar as diversas tendências observadas no seio social, fazendo convergir os princípios fundamentais, sem os quais não há se falar em pluralismo político e pluripartidarismo, essência do princípio democrático.

O próprio conceito de democracia representativa exige a absoluta necessidade de organização, estrutura e ideologia dos partidos políticos, que se desenvolve por meio do sistema da representação popular, propiciando uma estreita conformidade entre os eleitos e os eleitores, em cujo nome deverão ser tomadas as decisões políticas. Vedar a possibilidade de a sociedade poder contribuir regularmente para as campanhas políticas pode representar a instabilidade de um autêntico regime democrático, afetando sobremaneira a representatividade político-partidária.

Se o homem social é a essência do princípio democrático representativo, que se caracteriza pela observância de dois outros princípios – o princípio da liberdade dos partidos políticos em relação ao Estado, com a absoluta necessidade de estarem sempre arraigados na sociedade, buscando recursos nas bases eleitorais, e a ampla liberdade de voto do eleitor, que elege seu representante sensível às suas necessidades, e o princípio da igualdade de oportunidades entre todos os candidatos concorrentes ao pleito – não se pode olvidar a quebra do princípio representativo-partidário, porque os partidos não podem se dispersar da sociedade, deixando de atender às diversas tendências ideológicas observadas no corpo social.

c) *propiciar a independência dos partidos frente ao Estado* – O financiamento dos partidos políticos é um elemento essencial da

democracia, porque o dinheiro domina em larga medida os aspectos organizacionais e eleitorais da política e a sua aproximação da sociedade.

A adoção de um sistema de financiamento unicamente privado afasta cada vez mais os partidos do Estado, porque precisam buscar dinheiro na sociedade, gerando um alto grau de independência financeira frente ao Estado, o que coloca os partidos como prestadores de serviço aos cidadãos, estimulando as filiações partidárias, a inclusão dos pequenos partidos e fortalecendo a estrutura partidária.

A dependência dos partidos políticos em relação ao Estado representa um risco à sociedade na medida em que pode afetar a própria essência do regime democrático. Se de um lado os partidos se entranham no seio social em busca de recursos financeiros, por outro, necessitando unicamente do dinheiro público, a tendência é a de deixar de lado os anseios da sociedade para atender primordialmente os interesses do Estado, estabelecendo com este vantagens recíprocas, o que agride e ofende a autonomia partidária garantida constitucionalmente.

A legitimidade das eleições deve ser alcançada com medidas de controle e de participação social, mediante a total independência e autonomia partidária, sem as quais não se consegue estabelecer um processo contínuo de coordenação e de sistematização da vontade popular.

Se de um lado há vantagens no sistema de financiamento exclusivamente privado, de outro, apresentam-se desvantagens que agridem o sistema democrático representativo e dizem respeito:

a) *à incompatibilidade com o pluralismo inscrito na Constituição de 1988* – A adoção de um sistema exclusivamente privado implica inconstitucionalidade, em razão da incompatibilidade com a inscrição explícita do pluralismo no texto constitucional de 1988, em face da desigualdade financeira gerada entre os competidores durante as campanhas eleitorais, sobretudo no tocante aos gastos astronômicos que as disputas vêm apresentando.

No regime democrático representativo, não só os altos custos despendidos durante as campanhas políticas mas também os métodos espúrios utilizados nos financiamentos provocam um forte desnivelamento entre os concorrentes políticos, apresentando como resultado um sistema

ilegítimo de representação política que busca acomodar e alavancar interesses financeiros, lícitos e ilícitos.

Em razão disso, não se pode falar em democracia representativa plena quando os representantes eleitos desenvolvem suas atividades político-partidárias voltadas a atender aos interesses de alguns poucos grupos, desviando-se das várias necessidades observadas no seio da comunidade política, o que fere o princípio pluralista inscrito no texto constitucional. A desigualdade eleitoral, provocada pela força do dinheiro decorrente dos grandes investidores ou das elites, ou seja, de fontes dominadoras, dependentes e comprometidas pela troca de favores, faz com que os partidos políticos ou candidatos acabem assumindo compromissos futuros com esses poderosos agentes do mercado ou grupos de interesse, refletindo uma atuação política à margem da legalidade.

b) *à origem dos recursos, nem sempre declarada à Justiça Eleitoral* – A necessidade real de contar com elevados valores para financiar as campanhas políticas faz com que candidatos e partidos políticos precisem encontrar fontes espúrias de financiamento, incluindo pessoas físicas e jurídicas. Com isso, acabam permitindo a influência desmesurada de determinados setores da sociedade na atuação frente ao poder público.

Pela fragilidade do sistema de controle de arrecadação e de movimentação dos recursos arrematados pelos partidos e candidatos, recursos deixam, muitas vezes, de serem declarados à Justiça Eleitoral por terem origem em caixa dois ou em razão de sua procedência ilícita, existindo conexão com redes de crime organizado, especificamente as oriundas de atividades como o narcotráfico e atividades informais, em que dificilmente é possível coibir o excesso de dinheiro injetado em campanhas políticas, porque foge do real e efetivo controle das contas, pela falta de uma estrutura própria de auditoria da Justiça Eleitoral.

c) *ao elevado custo das campanhas eleitorais* – A prática tem demonstrado, nas democracias contemporâneas, que as regras clássicas de financiamento de organizações partidárias e de competições eleitorais não são suficientes para incluir todos os concorrentes políticos nessa nova concepção de marketing político. Os custos de produção das propagandas políticas são cada vez maiores, sendo necessário dispor de

grandes quantias de dinheiro para os partidos e os candidatos realizarem suas campanhas eleitorais.

Nos dias atuais, nenhum partido político ou candidato consegue enfrentar uma disputa eleitoral sem dinheiro suficiente para arcar com o alto custo de uma eleição. Não obstante as limitações impostas em relação ao montante que se pretende doar para campanhas eleitorais, é fato notório que partidos e candidatos políticos acabam se socorrendo de doações privadas lícitas e, muitas vezes, ilícitas, o que acaba desequilibrando as garantias democráticas e a plena eficácia de normas legais de controle e de fiscalização.

Como resultado dos riscos advindos dessa relação dinheiro/política, com vista a cobrir o elevado custo das disputas eleitorais, decorrem as irregularidades relacionadas ao sistema de financiamento privado de arrecadação de recursos, principalmente a formação de caixa dois, que propicia a corrupção, o abuso do poder econômico e acaba contribuindo para o desnivelamento entre os competidores, em quebra dos princípios da liberdade de escolha e da igualdade entre os concorrentes no processo eleitoral, resultando num ameaçador pericimento da credibilidade advinda do Estado democrático.

d) *à demasiada influência de pessoas físicas ou jurídicas sobre os partidos políticos os quais financiam* – Um dos principais problemas gerados pelo sistema de financiamento privado para campanhas eleitorais está ligado à influência negativa que poderosos grupos econômicos podem exercer, em face das contribuições – lícitas e ilícitas –, sobre os partidos ou candidatos, passando a exercer ascensão política por força do apoio financeiro desses grupos ou empresas.

O ingresso de recursos financeiros nas campanhas eleitorais acima dos limites legais fixados implica a desigualdade entre os diferentes partidos concorrentes, na medida em que apenas os candidatos que dispõem de volumosas quantias de recursos conseguem suportar os altos custos de uma campanha política, levando-os a definir previamente os “vencedores” ou “perdedores” daquela disputa eleitoral.

Em razão dessa demasiada influência, negativa e antidemocrática, de natureza ética e cultural, instalada dentro do processo eleitoral, beneficia-

se o clientelismo, bem como a impunidade germinada da corrupção, da fraude e do abuso do poder econômico. Principalmente, dificulta-se a visualização real dos recursos arrecadados e aplicados, como também se impede que a sociedade fiscalize a movimentação financeira dos partidos pela ausência de transparência do financiamento de campanha.

e) *à concessão de doações, visando à obtenção de favorecimento nas políticas públicas* – A dependência econômica das pessoas jurídicas provocada pelos volumes torrenciais de dinheiro injetados nas campanhas eleitorais faz com que os candidatos e os partidos políticos se tornem excessivamente vulneráveis no sentido de cederem às pressões por parte dos poderosos investidores que custearam a ascensão dos candidatos eleitos e buscam um retorno desses investimentos por meio de ações ou omissões do governo, favorecendo interesses particulares em detrimento do interesse público.

As empresas, muitas vezes, oferecem as doações visando à obtenção de vantagens nas políticas públicas ou, ainda, contribuem como forma de “retribuição” pela obtenção de benefícios na esfera pública, tais como certames licitatórios, contratos públicos, investimentos etc.

4 Alemanha: declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional tanto do sistema de financiamento exclusivamente público como do exclusivamente privado

O financiamento dos partidos políticos e o seu controle eleitoral são temas que atormentam não só o Brasil mas são objeto de preocupação em todos os países democráticos.

Um dos principais aspectos relacionados à implantação de um sistema eficaz de financiamento dos partidos políticos e de controle da movimentação financeira dos recursos partidários e de campanhas políticas reside na preocupação constante do Estado em garantir a efetiva transparência no que diz respeito à arrecadação e aos gastos eleitorais, com a identificação rápida de eventuais irregularidades e eficaz punição aos seus infratores.

As experiências dos diversos países do mundo no que se refere ao sistema de controle e fiscalização do financiamento das atividades

político-partidárias, direcionado às formas de arrecadação e de aplicação dos recursos financeiros em campanhas políticas, mostram que devem estar voltadas ao cumprimento dos preceitos e das garantias fundamentais constitucionais, direcionadas à liberdade do voto e igualdade entre os concorrentes, respeitada a livre manifestação do pensamento e das ideias dos partidos, preservando a liberdade de atuação dos candidatos e partidos políticos no tocante à expansão de seus programas, seus pontos de vista ideológicos e suas plataformas políticas^{28,29}.

A legislação estrangeira demonstra uma preocupação, amplamente difundida, com a questão da implantação de um sistema de governo atento à consolidação democrática, razão pela qual as formas de controle de eleições nos diversos Estados, *v.g.* Alemanha, Espanha, Portugal, França, Itália e Canadá, entre outros, vêm sofrendo frequentes mudanças, na busca do aperfeiçoamento não só em relação à transparência e maior rigidez de controle de arrecadação e dos gastos eleitorais como no que diz respeito à elaboração de novos meios de incentivos fiscais como forma de se estimular o registro dos ingressos privados e o recebimento dos subsídios públicos.

Assim, por exemplo, na Alemanha, o Tribunal Constitucional³⁰ declarou por sentença, em 9 de abril de 1992, a inconstitucionalidade do sistema de *compensação de oportunidades e do financiamento básico*, focando-a no princípio constitucional de *liberdade dos partidos políticos frente ao Estado* e no *enraizamento* destes na sociedade, motivo pelo qual o financiamento estatal só poderia ser do *tipo parcial*, dando-se preferência aos meios de financiamento privados sobre os públicos.

28 CAGGIANO, M. H. S., *Corrupção e Financiamento das Campanhas Eleitorais*. In: ZILVETI, F. A.; LOPES, S. (Org.). *O regime democrático e a questão da corrupção política*. São Paulo: Atlas, p. 136.

29 Nesse sentido, Mônica Herman S. Caggiano destaca o célebre caso *Buckley vs. Valeo*. Registrava a decisão do Supremo norte-americano: “O candidato, não menos que as demais pessoas, encontra-se amparado pelo preceito do 1º Aditamento Constitucional, tendo o direito de participar das discussões acerca dos problemas públicos e advogar, tenaz e incansavelmente, sua eleição”. (Cf. CAGGIANO, M. H. S. *Finanças Partidárias*. Brasília: Senado Federal, 1985, p. 120).

30 Sentença proferida pelo Tribunal Constitucional alemão, em 9 de abril de 1992, declarou inconstitucional o art. 22 da Lei de Reforma dos Partidos Políticos de 1988.

Posteriormente, outra reforma partidária foi introduzida no sistema alemão pela Lei de 28 de janeiro de 1994, traçando como questão fundamental a distinção entre o *limite de financiamento estatal relativo* e o *absoluto*, fixando, assim, a impossibilidade de o financiamento público ser superior ao próprio financiamento privado do partido (cotas e doações) como financiamento estatal relativo e estabelecendo, como financiamento estatal absoluto, um teto máximo para o financiamento³¹.

Argumentou o Tribunal Constitucional naquela sentença que, sem dúvida, o princípio da liberdade dos partidos frente ao Estado (*Staatsfreiheit*) somente autoriza o financiamento estatal *parcial* dos partidos políticos, quando, na verdade, referido princípio constitucional exige não só a independência dos partidos em relação ao Estado mas também que os partidos não deixem de ter “*realmente o caráter de forças vivas socialmente - ou grupos enraizados no plano político social, independente do aparelho estatal*”. Enfatiza que “*esse caráter não pode ser perturbado mediante o financiamento público*”. Destaca a sentença a quebra da independência dos partidos em relação ao ente estatal e, conseqüentemente, o distanciamento do apoio financeiro dos cidadãos, caso o Estado venha a cobrir todas as necessidades financeiras dos partidos:

O princípio da liberdade dos partidos políticos frente ao Estado se vulneraria se, mediante o financiamento público, se cobrirem todas as necessidades dos partidos, já que, com isso, os partidos não teriam que se esforçar em encontrar o apoio financeiro dos cidadãos, o que é exigido constitucionalmente. Os partidos políticos só podem deixar de cumprir uma incumbência constitucional (de servir as causas para a formação da vontade popular) se não se afastarem dos cidadãos no modo de organização. Se a necessidade econômico-estrutural que tem os partidos políticos for ressarcida predominantemente mediante os recursos públicos, os partidos deixariam de ser independentes. Assim, pois, o Estado pode financiar os partidos políticos desde que não vulnere o art. 21.1 da Lei Fundamental (e desde que o ‘processo de formação da vontade popular’ não se diminua). (IBAÑEZ, 1995, p. 29-30).

Na busca de se estabelecer os limites constitucionais legítimos do financiamento público, o Tribunal Constitucional alemão adota como

31 IBAÑEZ, S. G. *La Financiacion de los Partidos Políticos*. Madrid: Editora Dykinson, S. L., 1995, p. 149-150.

critérios, de um lado, que os partidos não podem deixar de ser dependentes do Estado, e, de outro, que os meios de financiamento privado gozam de preferência sobre os públicos.

Com isso, a Lei eleitoral alemã, embora adote tratamento de financiamento público partidário, passou a atribuir ao financiamento público os limites máximos *absoluto* e *relativo*, isto é, um financiamento público parcial ao lado da preferência pelo autofinanciamento dos partidos políticos, em que, na conformidade da nova lei (IBAÑEZ, 1995, p. 53), *o montante do financiamento estatal não pode ultrapassar a soma dos próprios ingressos (privados) anuais do partido* (limite relativo).

Com relação aos ingressos privados dos partidos políticos e ao tratamento dado aos doadores, com vista, de um lado, a se coibir a influência dos doadores privados, e evitar, de outro, a influência sobre os partidos não desejados pela legislação alemã, permitiu-se que os partidos cumprissem o papel de *agentes vivos* enfronhados na sociedade. Dessa forma, destaca Santiago Gonzalez a busca do equilíbrio entre as fontes pública e privada:

Nos diversos países, as soluções legais giram em torno de uma maior ou menor consideração das fontes privadas de financiamento. Enquanto que, na Espanha, se espera do Estado uma suficiente energia financeira para alimentar todos os gastos dos partidos, noutros Estados, mais acertadamente, tem-se umas regulamentações mais realistas, que leva inclusive a promover tais dotações privadas (França, Holanda, Bélgica, Alemanha, Estados Unidos, Canadá). O acerto do sistema alemão está em alcançar uma regulamentação equilibrada que atenda aos diversos interesses (a favor de ambas as fontes de financiamento público e privado). (IBAÑEZ, 1995, p. 61-62).

O modelo alemão considera que as doações são fontes legítimas de financiamento, que devem inclusive ser incentivadas pelo Estado, razão porque prevê um sistema de benefícios fiscais no IRPF em relação às doações privadas (art. 25 da Lei dos Partidos Políticos). Instituiu um *sistema de isenção fiscal*, utilizando-se de um percentual decrescente em razão do valor da doação, com o objetivo de desestimular a doação privada volumosa e, ao mesmo tempo, incentivar a prática de pequenas doações, reduzindo, com isso, a influência e o abuso do poder econômico.

Com vista a estimular a transparência dos aportes privados, permite a legislação alemã o financiamento estatal parcial, aos partidos políticos, de um valor específico, proporcional ao obtido em doações privadas, de maneira que os próprios partidos tenham interesse em declarar todos os valores provenientes dos aportes privados. Para fazer jus a todos esses benefícios no financiamento estatal (isenção fiscal para os doadores e transferência de valores proporcionais aos partidos políticos), as doações deverão ser devidamente discriminadas com os dados completos do doador (nome e endereço), constantes do registro do livro de contas do partido político, e a totalidade das doações³². Esse mecanismo de controle e, simultaneamente, de incentivo à realização das doações privadas, confere transparência ao sistema de financiamento daquele país, consistente na técnica de transferir ao partido político um determinado montante para cada doação privada por este arrecadada.

5 Reforma política no sistema brasileiro: proposta de adoção do financiamento público exclusivo

No Brasil vigora o sistema de *financiamento misto (público e privado)*, que predomina entre boa parte dos países da Europa e da América Latina. Embora no Brasil se dê a esse sistema tratamento de financiamento privado na Lei das Eleições³³, com direito ao recebimento do Fundo Partidário³⁴ e do acesso à propaganda gratuita no rádio, televisão e Internet, mediante o benefício fiscal às empresas transmissoras³⁵, na maioria desses países, inversamente, há uma forte tendência a favor do sistema de financiamento público, mas com um sistema paralelo de recebimento de aportes privados. Por sua vez, na América do Norte e na Europa, o sistema misto (público e privado) tem predominado, a exemplo de Alemanha, Estados Unidos, Espanha, França e Portugal, como forma de incentivar o recebimento de pequenas doações privadas e de permitir que os partidos políticos permaneçam como *forças vivas socialmente*.

32 Cf. “Em 1995, para cada marco obtido mediante doações, o Estado concedia um *plus* de meio marco”. IBAÑEZ, op. cit., p. 149-150.

33 Cf. Lei das Eleições, Lei n. 9.504/1997, art. 23 e incisos.

34 Cf. Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Lei n. 9.096/1995, art. 38, I a IV.

35 Cf. Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Lei n. 9.096/1995, arts. 38 a 49.

O modelo de financiamento misto estimula a dispersão das fontes de financiamento para não as concentrar nas mãos unicamente do Estado, permitindo que as fontes sejam conhecidas pelo povo, bem como suas regras, seu alcance e suas limitações, haja vista não haver orçamento público que agüente os gastos de uma campanha eleitoral, a exemplo de Portugal, que, depois de ter sufocado o orçamento público, implantou³⁶, no ano de 2005, o sistema misto de financiamento dos partidos políticos, no sentido de estimular a participação da sociedade com as contribuições privadas e, ao mesmo tempo, suprir as necessidades partidárias mediante a concessão de subvenção pública.

No Brasil, a proposta de reforma política legislativa é de mudança do modelo de financiamento brasileiro misto (público e privado) para o sistema exclusivamente público³⁷, proibindo-se qualquer doação de pessoa física ou de empresa a campanhas de candidatos. Os partidos e as federações partidárias (grupos de legendas) passarão a ser os responsáveis pelas despesas eleitorais, que serão financiadas com recursos públicos, e o sistema de votação será alterado para o sistema fechado de listas e não mais o sistema de votação nominal.

A ideia é que, no ano eleitoral, se incluam na, Lei Orçamentária, créditos adicionais para financiar as campanhas com valores equivalentes ao número de eleitores do país, aumentando-se a carga tributária dos cidadãos, que passarão a financiar os partidos políticos e as campanhas eleitorais.

No que se refere ao sistema de listas *preordenadas* ou *fechadas e bloqueadas*, diz Daniel Zovatto³⁸ que não existe uma personificação do voto, mas se vota por toda a lista. As críticas a esse sistema destacam o

36 Cf. Lei 19, de 20 jun. 2003, e Lei Orgânica 2, de 10 jan. 2005. Tribunal Constitucional de Portugal: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/legislacao0304.html>>.

37 Propostas de Reforma Política – financiamento exclusivamente público de campanhas eleitorais e sistema proporcional com lista partidária (cada partido apresentaria uma lista com os nomes de seus candidatos por ordem de prioridade): <http://www.senado.gov.br/noticias/agencia/img/info_reforma_politica_1.jpg>.

38 ZOVATTO, D. La Reforma Del Sistema Electoral, Biblioteca: *La reforma político-electoral em América Latina. Evolución, situación actual y tendencias*. 1978-2000. Observatorio Electoral Latinoamericano. Disponível em: <<http://www.observatorioelectoral.org/biblioteca/?bookID=3&page=2>>. Acesso em 27 set. 2012.

fato de que não permite ao eleitor uma margem de escolha e de a prestação de contas não ser do político individualmente, mas do partido, o que afronta o princípio democrático, porque, ainda que os eleitores elejam determinados candidatos por esse processo, os candidatos mais votados individualmente não serão necessariamente eleitos, prevalecendo aqueles ordenados na lista preordenada.

Pelo sistema de lista *preordenada* ou *fechada* a distribuição de cadeiras continua semelhante à que se processa na sistemática atual, em que cada partido continua recebendo o número de lugares que lhe corresponde pela proporção de votos obtidos nas urnas, mas o preenchimento observará a ordem sequencial da lista preordenada, ou seja, os eleitores não mais elegem seus candidatos individualmente, nominalmente, mas votam em listas previamente ordenadas pelos partidos por meio da cúpula partidária, a qual estabelece a ordem dos candidatos na lista.

Destaca Zovatto que a vantagem do sistema de voto nominal ou preferencial, modelo atual brasileiro, reside em que *facilita uma maior personificação do voto*; e entre suas principais desvantagens assinala que *tende a diminuir a unidade e a disciplina interna dos partidos e a incentivar a autonomia dos políticos frente a seus partidos; autonomia que em alguns casos pode chegar a situações similares à anarquia (v.g. a situação dos partidos brasileiros em alguns momentos; conseqüentemente, fica muito complicado que os partidos funcionem de forma coordenada e disciplinada no Congresso)*.

Isso porque, de um lado, o sistema de *listas nominais*, também denominadas de *listas fechadas e não bloqueadas*, se dissocia muitas vezes dos programas partidários, levando o eleitorado ao desconhecimento das reais e concretas propostas do partido, e, com isso, as campanhas acabam sendo amparadas tão somente no compromisso assumido entre o candidato e o eleitorado e no seu carisma pessoal. Não obstante isso, uma das vantagens que o modelo apresenta é colocar os candidatos e os partidos políticos cada vez mais próximos da sociedade e dos anseios e necessidades a serem projetados na atividade parlamentar, enraizando-os no seio social.

O sistema de *listas fechadas ou preordenadas* modifica a própria estrutura da Constituição Federal no tocante ao sistema proporcional,

cuja votação é direta, em que todo o poder emana do povo³⁹, dentro da garantia fundamental do sufrágio popular do processo representativo e participativo, ou seja, o povo elegendo o representante, cujos poderes outorgados – que são deveres-poderes – constituem meros instrumentos utilizados para se atingir o fim da representação que é peculiar à própria existência do Estado: o bem comum do povo em face de suas necessidades sociais.

6 Conclusão

Assim, são inúmeras as controvérsias que têm sido suscitadas em torno do financiamento estritamente público quanto ao financiamento estritamente privado, porque ambos os modelos apresentam, como apontado, vantagens e desvantagens. Se, de um lado, o financiamento privado permite que os partidos enraízem no seio social, de outro, facilita a arrecadação e os gastos ilícitos. Também, e da mesma forma, o financiamento exclusivamente público abre controvérsias, porque permite a igualdade entre os partidos e candidatos concorrentes, mas, além de afastar os partidos da sociedade, coloca-os como dependentes do Estado e a serviço deste por precisarem das verbas públicas, passando a aprovar em benefício próprio a dotação orçamentária.

Com efeito, houve uma tendência, em quase todos os países da Europa e da América Latina, de se adotar o modelo do financiamento misto, aproveitando o que os dois modelos apresentam de melhor frente ao regime democrático e buscando encontrar adequada solução no tocante aos pontos vulneráveis que afetam o regime democrático, principalmente aprimoramento do sistema de controle e de eficácia quanto às punições, com vista a desestimular a prática do abuso do poder econômico, da fraude e da corrupção, preservando-se assim a liberdade e a igualdade que vêm fincadas na postura ética dos partidos políticos e participantes do processo eleitoral.

A regra recepcionada pela legislação alienígena condiz com a adoção de um sistema compartilhado de financiamento público e financiamento privado de campanhas eleitorais, ressaltando-se uma preocupação voltada

39 CF, art. 1º e parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

ao aperfeiçoamento do sistema implantado, visando à democratização das opções eleitorais com o fito de contribuir no aumento das oportunidades entre os candidatos durante as disputas eleitorais.

No Brasil, muito embora a Lei n. 9.504/1997 tenha regulamentado os limites do financiamento privado de campanhas eleitorais⁴⁰, na verdade, também encontra-se regulamentado em nosso sistema, em cumprimento à Constituição Federal⁴¹, o financiamento público direto e indireto⁴² por meio dos recursos oriundos do fundo partidário e, ainda, por intermédio da vinculação de propagandas eleitorais gratuitas nas emissoras de rádio e de televisão como forma de expressão dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme instituído no art. 1º da Constituição Federal.

Indaga-se: a mudança do modelo de financiamento de misto para o exclusivamente público, na forma proposta pela Reforma Política, resolve o problema da corrupção? Se a corrupção é um mal de raiz, é rede que atinge o interior do sistema de financiamento dos partidos, é possível afirmar que a alteração do modelo de financiamento, por si só, estaria longe de inibir os ingressos ilegais e ilícitos ou os acordos espúrios que comprometem a própria atividade pública. E a afirmação decorre de uma conclusão muito simples: o problema não está no modelo do financiamento, quer público, privado ou misto, mas, sim, na forma de controle eleitoral e na garantia de eficácia e de efetividade das punições aos infratores.

Como diz Montesquieu (2010, p. 167-168), “*todo o homem que tem em suas mãos o poder é sempre levado a abusar do mesmo, e assim irá seguindo até que encontre um limite*”. Entendemos que o limite é o da lei eleitoral, decorrente da imposição de sanções severas de modo a desestimular a prática das infrações eleitorais.

Hoje, mais do que nunca, é preciso estabelecer *um limite* rígido de cunho administrativo e penal, tipificando-se condutas que reclamem resposta penal exemplar e intimidatória que desestime a prática

40 Art. 23 e seguintes.

41 Art. 17, § 3º.

42 Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Lei n. 9.096/1995, arts. 38 a 49.

da corrupção, e, ao lado dessas, medidas que também estimulem a consciência ética, política e social.

É sabido que a Lei das Eleições, a Lei n. 9.504/1997, é vista por outros países com alto grau de avanço legislativo, servindo de parâmetro principalmente à América Latina, por regulamentar amplamente todo o processo eleitoral.

O sistema eleitoral representativo é aprovado pelo eleitor que vai às urnas e elege seu representante nominalmente, fazendo cumprir o princípio fundamental pluralista e pluripartidarista, inserido no art. 1º da Constituição Federal. Pelo princípio democrático, os partidos políticos precisam buscar na sociedade os recursos financeiros como forma de propiciar, sem prejuízo da subvenção Estatal, ao cidadão a interatividade partidária, abrindo-se, assim, duas vertentes de financiamento, como temos hoje no Brasil: a pública e a privada como sistema de financiamento misto, por ser o modelo que melhor atende aos preceitos democráticos, e refletir: a) a opção pluralista, b) a garantia de liberdade política, c) a harmonia com o grau de liberdade participativa conferido pelo sistema constitucional vigente e d) a eficácia à participação dos cidadãos no processo governamental.

O princípio fundamental democrático da dignidade humana deve refletir também a consciência ética, considerada sinônimo de moral (conjunto de costumes, normas e regras de uma sociedade), e incorporar a liberdade de voto, a consciência política, o bem e o mal, que estão ligados aos fundamentos do Estado – cidadania, dignidade humana, soberania popular – e ao Estado Democrático de Direito.

Pela consciência ética se definem os comportamentos lícitos e ilícitos, e as ações humanas estão reguladas nas nossas leis. É pela violação dos padrões éticos, da consciência ética de uma sociedade, pela ganância e poder, que os comportamentos egoístas acabam prejudicando a sociedade, e, mais do que nunca, precisam ser combatidos. Tratando da falta de ética e da corrupção, afirma Herbert Lowe Stukart⁴³: a “*corrupção é a violação dos padrões éticos de uma comunidade*”, a qual é

43 STUKART, H. L. *Ética e corrupção*. Os benefícios da conduta ética na vida pessoal e empresarial. São Paulo: Nobel, 2003, cap. 2, p. 44.

constatada quando “*as intenções egoístas prejudicam alguém*”, e, citando Dante Alighieri, “*corrupção e falta de ética é a situação em que o não se torna sim por dinheiro*”.

Portanto, de nada adiantará mudar o modelo de financiamento – de misto para o exclusivamente público –, se o problema da corrupção é de dentro para fora, e, como tal, tem raízes internas que aniquilam o sistema, e que só pode ser combatido por meio de medidas eficazes no tocante às punições. O financiamento está ligado à estrutura externa do sistema e diz respeito ao seu aspecto formal e não ao conteúdo deste. É no interior do sistema que se insere a corrupção, que corresponde àquelas *intenções egoístas* que prejudicam o corpo social e afetam o processo eleitoral, quer pela afronta ao princípio da liberdade do voto do eleitor, quer pela quebra do princípio da igualdade de condições entre todos os concorrentes.

Isso porque, embora o Brasil tenha avançado muito no tocante ao aprimoramento das leis eleitorais, ainda são tênues as punições aos infratores do processo eleitoral, ponto que merece a atenção legislativa, a exemplo da atuação parlamentar que, diante do crescente número de acidentes provocados pelo álcool no volante, vem em defesa da sociedade com proposta de mudança na Lei Seca, para fazer inserir medidas severas, e *tolerância zero ao álcool no trânsito*⁴⁴, que busquem desestimular o infrator de trânsito com o aumento das punições, a começar pelo tempo de prisão, e, assim, diminuir os acidentes fatais.

Da mesma forma, ao corrupto deve ser dado tratamento de *tolerância zero*, e urge a necessidade de atuação parlamentar em defesa da sociedade, pois esta já não aguenta mais a corrupção, que deve ser combatida como grave violação aos direitos humanos, lançando-se, como defende Raquel Dodge⁴⁵, “*um novo olhar do Estado na aplicação da lei penal*”, porque: “*Engana-se quem pensa que a corrupção destrói só a moral e o patrimônio. Ela afeta a vida humana no que ela tem de mais precioso.*”

44 Aprovado na CCJ do Senado por decisão terminativa, em 9 nov. 2011, “tolerância zero” ao álcool no volante. PLS 48/11 do Senador Ricardo Ferraço (PMDB-ES). Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/ccj-aprova-tolerancia-zero-ao-alcool-no-volante.aspx>>.

45 Cf. entrevista com Raquel Dodge: “O direito penal tem que defender os direitos humanos”. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/augusto-nunes/feira-livre/entrevista-com-raquel-dodge-o-direito-penal-tem-de-defender-os-direitos-humanos/>>.

É preciso encontrar os parâmetros de punição que desestimulem sobremaneira a corrupção, a fraude e o abuso do poder econômico, porque os corruptos não têm medo das sanções eleitorais nos moldes atuais e conseguem atingir o objetivo, que é o mandato. Todavia, os corruptos se inquietam sim com a opinião pública e com o conhecimento popular dos mecanismos de corrupção, tais como a própria estrutura do *caixa dois*, a arrecadação espúria, ilícita e ilegal, os atos de abuso do poder, porque a sociedade elege seu representante dentro da relação de confiança que deve existir entre eleitor e eleito. É preciso também que os corruptos se intimidem do mesmo modo com as sanções penais, administrativas e civis, para que não se agrida a dignidade humana do cidadão, cuja proteção constitucional está inserida no princípio democrático.

A consciência política dos cidadãos é ponto fundamental no processo de combate à corrupção, porque o eleitor é quem elege o seu representante e, portanto, precisa conhecer das regras constitucionais de escolha dentro do processo democrático representativo.

E se o eleitor desconhece o processo eleitoral e a estrutura constitucional eleitoral de escolha do representante político, desconhece os valores éticos que devem pautar a relação de confiança entre o eleitor e o candidato no momento da escolha, em que o voto não pode sofrer manipulação direta ou subliminar, quer pela propaganda irregular, quer pela captação ilícita de sufrágio ou captação ilícita de recursos; temos que o processo democrático acaba por não refletir a legitimidade tão desejada pela Constituição.

Portanto, a alteração do modelo para sistema de financiamento exclusivamente público, conforme proposta legislativa em andamento⁴⁶, com foco no combate ao *caixa dois* e na maior transparência à arrecadação e aplicação dos recursos partidários, não passará de uma *lei simbólica*, pois, voltada a dar uma satisfação à sociedade, na essência, estaria longe de afastar o *caixa dois* ou os ingressos ilícitos, ou os acordos espúrios que comprometem a própria atividade pública, principalmente tendo em vista tais recursos não serem contabilizados e, independentes do modelo, continuarão paralelos, sem contabilização, afetando, mais uma vez, o

46 Comissão de Reforma Política aprova, em 5 abr. 2011, entre outras mudanças, o financiamento exclusivamente público de campanhas eleitorais. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/agencia/img/info_reforma_politica_1.jpg>.

sistema de controle eleitoral e da garantia de eficácia e efetividade das punições aos corruptos e corruptores do processo eleitoral, se este não for aprimorado.

Em suma, alterar o modelo de sistema de financiamento para o exclusivamente público é caminhar em direção contrária aos demais países da Europa e da América Latina que, no sentido contrário, caminham para a implantação do modelo misto de financiamento dos partidos políticos e de campanhas eleitorais, estimulando cada vez mais, no Imposto de Renda, os incentivos fiscais aos doadores, estratégia que, pela experiência dos países estrangeiros, é muito mais eficaz no combate à corrupção.

Referências

CAGGIANO, M. H. S., Corrupção e financiamento das campanhas eleitorais. In: ZILVETI, F. A.; LOPES, S. (Org.). *O regime democrático e a questão da corrupção política*. São Paulo: Atlas [s.d.].

GUEDES, N. O partido-cartel: Portugal e as leis dos partidos e financiamentos de 2003. Centro de Investigação e Estudos de Sociologia (CIES e Working Paper), Lisboa, n. 17, 2006. Disponível em: <http://www.cies.iscte.pt/destaques/documents/CIES-WP17_Guedes_.pdf>.

IBAÑEZ, S. G. *La Financiación de los partidos políticos*. Madrid: Editora Dykinson, S. L., 1995.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Tradução de Roberto Leal Ferreira; São Paulo: Martin Claret, 2010.

SOBIERAJSKI, D. G. S. *Financiamento de campanhas eleitorais*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

SQUELLA, A. *Democracia y Derecho*, Enciclopedia IberoAmericana de Filosofía, *El Derecho y la Justicia*, Edición de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, Editorial Trotta. Madrid, 2000.

STUKART, H. L. *Ética e corrupção*. Os benefícios da conduta ética na vida pessoal e empresarial. São Paulo: Nobel, 2003.

TSATSOS/MORLOK, *Parteienrecht*, Heidelberg, 1982, apud IBAÑEZ, S. G. *La Financiacion de los Partidos Políticos*. Madrid: Ed. Dykinson, S.L., 1995.

ZOVATTO, D. La reforma del sistema electoral, Biblioteca: *La reforma político-electoral em América Latina. Evolución, situación actual y tendências*. 1978-2000. Observatorio Electoral Latinoamericano. Disponível em: <<http://www.observatorioelectoral.org/biblioteca/?bookID=3&page=2>>. Acesso em 27 set. 2012.

O financiamento público nas eleições brasileiras

SERGEI MEDEIROS ARAÚJO

Sumário: 1 Introdução. 2 Aproximação teórica: o financiamento de origem pública. 2.1 Conceito e justificativas para o financiamento público. 2.2 Modalidades de financiamento público. 3 O financiamento público de campanha no Brasil. 4 O financiamento público exclusivo para as campanhas eleitorais é constitucional? 5 Conclusão.

1 Introdução

O financiamento público das campanhas eleitorais é frequentemente apontado como um mecanismo apto a assegurar a normalidade e a legitimidade das eleições, que são negativamente afetadas principalmente pela influência das fontes privadas de financiamento, tidas como fator de corrupção, primeiro nas eleições e depois no funcionamento do Estado.

O que há de verdadeiro e de mito nessa assertiva? Em que medida o incremento do financiamento público das campanhas eleitorais, ou mesmo sua utilização exclusiva, pode eliminar ou diminuir a corrupção e a influência excessiva do poder econômico nas eleições e contribuir para a materialização dos ideais de igualdade, normalidade e legitimidade estabelecidos na Constituição Federal de 1988? Quais as dificuldades inerentes à implementação desse modelo e em que medida ele é compatível com a Constituição?

O presente trabalho pretende contribuir para lançar algumas luzes sobre o tema, tendo em vista o longo debate que se trava no Brasil acerca da necessidade de uma reforma política e eleitoral, no qual o financiamento público assume papel aparentemente hiperbólico. Num primeiro momento, buscar-se-á uma aproximação teórica com base na delimitação conceitual, na discussão sobre as justificativas para o uso de recursos públicos no financiamento de partidos e campanhas eleitorais

e nas técnicas de financiamento público que podem ser empregadas. Em seguida, analisar-se-á a experiência brasileira de financiamento público e como ela se insere no contexto atual de financiamento, marcadamente privado. Finalmente, elaborar-se-á uma crítica ao modelo de financiamento público exclusivo das campanhas eleitorais.

2 Aproximação teórica: o financiamento de origem pública

2.1 Conceito e justificativas para o financiamento público

O financiamento público de campanha consiste na prestação pecuniária direta ou na concessão de alguma vantagem indireta que o Estado, com base em critérios legalmente fixados, transfere a partidos e candidatos como forma de assegurar-lhes os recursos e meios necessários para o desenvolvimento de uma campanha eleitoral.

Muito embora o emprego de recursos públicos nas eleições tenha sido cogitado nos Estados Unidos da América pelo presidente Theodore Roosevelt em 1907, o primeiro país a adotar o financiamento público direto das atividades partidárias, com a entrega de recursos orçamentários para subsidiar o funcionamento de partidos políticos, foi o Uruguai, em 1928. Mas a aceitação da ideia de que o Estado pode financiar os partidos políticos e as campanhas eleitorais somente ganhou força na segunda metade XX, quando foi sucessivamente acolhida pela Argentina (1955), Costa Rica (1956), Porto Rico (1957), Alemanha (1959), Brasil (1965), Suécia (1966), Finlândia e Dinamarca (1969), Noruega (1970), Israel (1973), EUA e Canadá (1974), Áustria e Japão (1975) para daí disseminar-se por quase todas as democracias¹.

Numa análise geral, são identificados três tipos de problemas que estão na gênese do surgimento do financiamento público nas eleições: a) um alto grau de desigualdade econômica entre os candidatos e partidos; b) a incapacidade financeira dos partidos e candidatos para enfrentar os altos custos das campanhas eleitorais; c) um perigoso nível de dependência dos partidos e candidatos em relação às suas fontes privadas de receitas, principalmente das empresas, a facilitar práticas corruptas.

1 Vera Pilar Del Castillo (1985, p. 80) afirma que o país pioneiro no financiamento dos partidos políticos foi Porto Rico.

O desequilíbrio financeiro entre partidos e candidatos decorre, em grande medida, das facilidades ou dificuldades de acesso aos recursos privados, principalmente de pessoas jurídicas, ocasionadas por posições programáticas ou ideológicas ou compromissos com determinado modelo econômico ou de funcionamento do Estado. Muito embora não seja possível o perfeito equilíbrio de forças entre as agremiações políticas e candidatos, sendo até aceitável a assimetria em razão da maior ou menor aceitação social dos programas defendidos, o peso excessivo que grupos econômicos têm no desenvolvimento das campanhas põe em cheque a credibilidade do sistema, o valor da igualdade do sufrágio e o funcionamento da democracia².

Diretamente relacionado a esse problema está o alto custo das campanhas eleitorais e a incapacidade ou falta de vontade política do Poder Legislativo em estabelecer efetivos limites aos padrões de marketing impostos pelos profissionais do setor. Atualmente, o *marketing* político é percebido como um elemento-chave no desenvolvimento das campanhas eleitorais, o que pressiona partidos e candidatos a obterem recursos necessários ao enfrentamento das modernas formas de propaganda, cujos custos oscilam ao sabor dos padrões de campanha eleitoral concebidos pelos marqueteiros³.

- 2 Tomemos um exemplo antigo para demonstrar essa assertiva, como o exame das contas de campanha das eleições presidenciais de 1998. O Comitê de Campanha de Fernando Henrique Cardoso arrecadou o total de R\$ 43.022.469,00 (quarenta e três milhões, vinte e dois mil, quatrocentos e sessenta e nove reais). O exame das contas apresentadas ao TSE demonstra que, entre os primeiros vinte doadores, encontram-se principalmente empresas do setor financeiro e industrial. Nesse universo, em que o valor da menor doação foi superior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), não consta qualquer pessoa física. O quadro de arrecadação apresentado pelo Comitê do então candidato Luiz Inácio Lula da Silva foi bem mais modesto. Partidos e pessoas físicas foram os principais doadores. O total arrecadado que constou da prestação de contas depositada no TSE foi de R\$ 2.067.078,49 (dois milhões, sessenta e sete mil, setenta e oito reais e quarenta e nove centavos).
- 3 Tratando do mesmo fenômeno no âmbito dos países latino-americanos, Maria Luisa Ramos Rollón (1998, p. 324) afirma: "...entre os fatores que intervêm atualmente no comportamento eleitoral [...] há que se situar as estratégias de campanha, os tipos de liderança e o apoio dos *mass media*. Nesta ordem de coisas, o fenômeno partidário na atualidade vem associado ao problema do crescimento dos gastos das campanhas eleitorais dos partidos e dos candidatos e, portanto, a questão de como se financiam campanhas cada vez mais americanizadas, orientando-se em direção a um modelo mais profissionalizado, em que [...] a construção da imagem do candidato tem maior importância que o programa do partido; é mais dependente dos recursos econômicos

Esse cenário acaba sendo propício à perversão das condutas regulamentadas. A falta de controle nesse terreno cria um ciclo vicioso em que o poder econômico investe em políticos extremamente dependentes de suas fontes de financiamento, como forma de assegurar vantagens ou preservação de privilégios nas atividades estatais. É verdade que o fenômeno da corrupção é bem mais complexo e não pode ser reduzido à questão do financiamento das campanhas eleitorais. Porém, basta observar os inúmeros casos de escândalos eleitorais, nos mais diversos países do mundo, envolvendo desde transgressões das regras de financiamento até casos de manifesta corrupção, para que se tenha uma dimensão da importância do assunto⁴.

Assim, o objetivo central do intervencionismo estatal, com base em um fluxo regular de recursos públicos destinados tanto para as atividades ordinárias dos partidos quanto para as despesas de campanha, é garantir mais igualdade entre os concorrentes nas eleições, suprir a deficiência financeira e reduzir a dependência dos partidos e candidatos das fontes de financiamento privado, principalmente empresas.

Segundo Jean Claude Masclet (1989, p. 249), a legitimidade para um financiamento das campanhas eleitorais dos partidos e dos candidatos, com base em recursos públicos, sustenta-se sobre três fundamentos: a) o reconhecimento constitucional da importância dos partidos políticos para os regimes democráticos; b) o princípio da soberania popular; c) a liberdade de associação.

No campo da tendência geral de constitucionalização dos partidos políticos, que há muito tempo se observa nas constituições modernas⁵,

que dos humanos e se apóia mais no *marketing* dos candidatos através da venda de sua imagem nos meios de comunicação que no contato pessoal com os eleitores”.

- 4 Um interessante balanço sobre os escândalos político-financeiros e eleitorais foi realizado por Hervé Faupin, que menciona inúmeros casos de corrupção eleitoral, envolvendo políticos e suas fontes de financiamento, nos Estados Unidos da América, na França, no Japão e na Itália, com especial atenção para os resultados da “operação mãos limpas”. No Brasil, a captação de recursos ilegais na campanha presidencial de Fernando Collor de Mello é um caso emblemático. (FAUPIN, H. *Le Contrôle du Financement de la Vie Politique, Partis et Campagnes*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1998 cit. p. 43-48; 153-159; 167-169; e 204-216)
- 5 Sobre a tendência contemporânea de inserir nas constituições regras e princípios sobre os partidos políticos, cf. BONAVIDES, P. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 355-358.

há um reconhecimento de que eles concorrem necessariamente para o processo de formação da vontade política do povo, que se manifesta pelo poder de sufrágio. Nesses termos, conforme lembra Antonio Carlos Mendes, que segue nesse ponto os ensinamentos de Maurice Duverger, ao realizarem a mediação entre eleitores e eleitos,

“os partidos políticos [...] desempenham um duplo papel na representação política”, na medida em que realizam o “desenvolvimento da consciência política dos cidadãos” e a “seleção dos candidatos a cargos eletivos”. (1994, p. 55).

Os partidos situam-se, assim, num plano privilegiado e fundamental para o processo de formação da vontade popular, justificando a participação financeira do Estado como forma de assegurar o regular desempenho dessa função. Nesses termos, Enrique Alvarez Conde observa:

A opção por um sistema de financiamento público, existente na maioria dos países, parece ser congruente com os postulados do Estado Social de Direito, e com a própria natureza dos partidos políticos, na medida em que estes desempenham funções de interesse geral e se convertem em elementos nucleares do sistema democrático. (CONDE, 1994, p. 16).

Na mesma linha de entendimento, verifica-se que, na proporção em que o povo se investe na titularidade do poder político, por meio do sufrágio, o financiamento público passa a representar “*um pressuposto do processo de formulação dessa vontade coletiva, pelo que, do ponto de vista constitucional, configura um instrumento de organização democrática do poder político*”. (TABOSA, 1996, p. 46).

Por essa razão, reconhece-se existirem bases jurídicas para a construção de sistemas de controle das finanças eleitorais com base não somente em medidas restritivas sobre as despesas e as receitas de origem privada, mas igualmente por intermédio de um sistema de prestação *in natura* e mesmo por via da instituição de mecanismos de apoio direto, com o financiamento público dos partidos e/ou candidatos durante as campanhas eleitorais.

É verdade que, paralelamente aos argumentos favoráveis à instituição do financiamento público (igualdade, controle dos grupos de pressão, garantia contra o financiamento ilícito etc.), óbices lhe são levantados, a exemplo dos que foram apresentados por Vera Pilar Del Castillo (1993, p.

90) quando de sua crítica ao sistema espanhol de financiamento público dos partidos, a qual é igualmente válida para o financiamento das eleições. Para a autora espanhola, o sistema de financiamento público fracassou porque: a) isola os partidos da sociedade, sem evitar a corrupção; b) desestimula a gestão dos gastos e simplesmente agrega mais uma receita a ser utilizada livremente pelos partidos; e c) prejudica as organizações locais dos partidos e reforça o sistema de burocracia central.

Assim, em contraponto aos argumentos favoráveis ao financiamento público, é necessário compreender as justificativas para o financiamento privado das campanhas eleitorais sem cair no discurso fácil de que toda fonte de financiamento privado leva à corrupção e à deturpação das eleições.

Quando se fala em financiamento privado originário de pessoas físicas, nele se identifica a manifestação do exercício de um direito político de participação, próprio das sociedades democráticas, que se acentua com a aceitação do caráter indissociável da relação entre os partidos políticos e a formação da vontade popular, a qual se desenvolve durante, e mesmo antes, dos procedimentos de escolha dos governantes.

Com efeito, o caráter livre e aberto dos partidos implica a permanente busca de apoio popular não somente pelo voto mas igualmente por meio da participação dos cidadãos nas campanhas eleitorais e na capacidade que lhes é assegurada de interferir no curso das eleições em todos os seus aspectos, inclusive o financeiro.

A possibilidade de o cidadão contribuir financeiramente para a difusão de uma proposta política – mediante o fornecimento de recursos aos partidos políticos e candidatos para que ela tenha o maior alcance possível – representa um direito ligado diretamente à liberdade de opinião, de participação política e de democracia. O exercício dessa faculdade é uma das manifestações dos direitos públicos subjetivos de natureza política, os quais, por sua vez, são indissociáveis do caráter livre e aberto atribuído aos partidos políticos⁶.

6 Nesse sentido, González-Varas (1995, p. 70-71) estabelece a ligação entre financiamento privado e democracia participativa, afirmando: “A necessidade e exigência (dos partidos políticos) de que estes se esforcem por seu autofinanciamento, está no *desideratum* de obter um modelo mais democrático de partidos políticos. A democracia perde seu sentido se os partidos políticos não são agentes nascidos e sustentados socialmente;

Assim posto o problema, torna-se possível questionar, em vista de um ordenamento constitucional que consagre esses direitos, a compatibilidade de um modelo de financiamento das eleições que exclua ou limite excessivamente a liberdade dos cidadãos no direito de interferir na formação da vontade popular por meio do apoio pecuniário a partido, candidatura ou lista de candidatos. Nesse contexto, a natureza jurídica das contribuições privadas ganha relevo na aplicação de medidas de limitação às doações de pessoas físicas ou na hipótese da instituição de um modelo de financiamento que vede as contribuições financeiras dos cidadãos nas eleições.

Parece que as proibições absolutas, nesse campo, dificilmente seriam sustentáveis nos regimes democráticos. Com base na análise da experiência estrangeira, observa-se que as medidas de restrição são aceitas quando importam somente uma limitação quantitativa ao volume de recursos que o cidadão pode doar a título de apoio a um partido ou candidato. É de se registrar, inclusive, que o Tribunal Constitucional Alemão reconheceu, quando tratou do financiamento partidário, que, em face da natureza livre dos partidos, seus recursos devem ser preponderantemente de origem privada, princípio este que deve ser extensivo às receitas das campanhas eleitorais.

No único país que adota uma forma de financiamento público exclusivo, os Estados Unidos da América, nas eleições presidenciais, a proibição de receber doações de pessoas físicas somente foi reconhecida como compatível com a Constituição na medida em que a ampla possibilidade de realização de gastos independentes tornou possível ao cidadão americano manifestar amplamente suas preferências políticas no ato de realizar, diretamente, despesas ilimitadas na promoção das candidaturas apoiadas.

perde seu sentido se são instituições mantidas necessariamente pelo Estado, de modo que sem tal apoio, fictício portanto, tais partidos desapareceriam porque a sociedade não quer o encargo de mantê-los. A democracia não pode viver por subvenção, pois este sistema político se baseia na participação e no apoio voluntário dos cidadãos [...] Um nível mais elevado de democracia implica que, junto à participação eleitoral, os cidadãos dêem mostras mais claras de apoio aos partidos, contribuindo para seu financiamento. O ideal está em que a maioria financie minimamente”. GONZÁLEZ-VARAS, S. *La financiación de los partidos políticos*. Madrid: Dykinson, 1995, p. 70-71.

A natureza jurídica do financiamento oriundo das pessoas jurídicas apresenta feição diversa. Nesse campo, não cabe falar em direito político, cuja titularidade é exclusiva dos cidadãos. Ainda que a previsão do financiamento das pessoas jurídicas seja justificável enquanto mecanismo de preservação do interesse público na transparência do processo eleitoral, sua natureza jurídica efetivamente deve ser situada exclusivamente no terreno de um ato de disposição patrimonial de natureza privada. As vedações nesse âmbito podem até ser discutidas no campo da conveniência ou inconveniência de as empresas serem proibidas de efetivar doações de campanha, mas não suscitam os mesmos problemas em relação à liberdade de expressão e ao direito de participação que surgem, quando se cogita de impor vedações às doações oriundas de pessoas físicas.

2.2 Modalidades de financiamento público

O financiamento público indireto

O financiamento público indireto consiste numa ação positiva do Estado, voltada para a concessão de uma vantagem aos partidos e candidatos, como forma de reduzir os custos e facilitar o desenvolvimento das campanhas eleitorais. Diz-se indireto o financiamento, porque não implica a transferência de recursos públicos para o beneficiário, mas sim uma prestação *in natura*, a exemplo da cessão de espaços públicos para convenções partidárias e comícios e do subsídio para determinados tipos de atividades, como é o caso do horário eleitoral gratuito. Nessa categoria se inserem, ainda, as medidas de incentivo ao financiamento privado que acarretam redução da arrecadação estatal, cujo exemplo é a aplicação de sistemas de deduções fiscais, não existente no Brasil.

Por se tratar de uma intervenção positiva do Estado no campo das atividades de campanha, que, em alguns modelos, assume relevância maior até mesmo do que as formas diretas de financiamento⁷, o financiamento público indireto deve realizar-se sob o domínio da igualdade no tratamento entre os concorrentes, da estrita legalidade, moralidade e transparência. Financiamento público indireto não é o mesmo que utilização abusiva e ilícita da máquina estatal em favor das candidaturas.

7 Esta é a opinião a respeito do modelo espanhol de financiamento defendida por Enrique Conde (1994, p. 21).

A cessão gratuita de espaços públicos para a veiculação de publicidade externa, sob o crivo da igualdade na distribuição e na equivalência da importância dos lugares cedidos, constitui uma das primeiras medidas de financiamento público indireto. A França a adotou em 1914, encontrando-se ainda em vigor em seu Código Eleitoral. Por essa medida, os cartazes de propaganda eleitoral poderão ser afixados em lugares especialmente destinados, em número legalmente definido, sem a cobrança de taxas pelas municipalidades⁸. A mesma medida é adotada na Espanha, que utiliza como critério de distribuição dos espaços públicos a igualdade, de modo que todas as candidaturas disponham de igual espaço com o mesmo impacto visual⁹.

Outra forma de financiamento público indireto está representada pelo uso gratuito de prédios oficiais e de locais públicos para reuniões políticas. No Brasil, a utilização de espaços públicos para a realização de comícios não está sujeita a maiores restrições além da prévia comunicação à autoridade policial, com no mínimo vinte e quatro horas de antecedência, para fins de garantir direito de prioridade¹⁰.

As deduções fiscais conferidas às pessoas físicas e jurídicas sobre as doações para as campanhas eleitorais são igualmente consideradas formas de financiamento público indireto. Trata-se de um mecanismo de financiamento público que visa incentivar o financiamento privado. Além de significarem um incentivo à participação dos cidadãos nas eleições, as medidas positivas funcionam também como um reforço para a transparência das receitas eleitorais. São dois os mecanismos de incentivo, ambos ligados a uma forma de financiamento público indireto agregado ao financiamento privado: a) a adoção de incentivos fiscais para as contribuições privadas; b) os *matching funds* do sistema americano de financiamento das eleições podem-se incluir no segundo tipo.

O primeiro país a adotar um mecanismo de incentivo fiscal para as atividades políticas, em 1954, foi a Alemanha, que estabeleceu o limite da dedução pela doação efetivada, tomando como base um percentual de 5% sobre a renda do doador. Esse mecanismo foi declarado inconstitucional

8 MASCLET, 1989, p. 228.

9 MONTOLÍO, 1998, p. 169.

10 Cf. Lei n. 9.504/1997, art. 39, § 1º.

pela Corte Constitucional Alemã, por violação ao princípio da igualdade, na medida em que gerava um maior incentivo para os doadores mais ricos e privilegiava, assim, os partidos mais ligados a interesses econômicos de setores da sociedade.

Com efeito, embora reconhecendo não ser exigível do legislador a tarefa de igualar as diferenças reais entre os partidos, que podem decorrer de inúmeros fatores de ordem social, o Tribunal reconheceu a inconstitucionalidade de normas que acentuem as diferenças reais na capacidade de os partidos obterem doações para seus fundos financeiros. Consoante registra Vera Pilar del Castillo,

em razão do caráter progressivo do imposto em que se baseia o sistema fiscal alemão, as deduções sobre as contribuições resultavam, sobretudo, em um estímulo para aqueles cuja renda se situava em níveis médio e alto. (1985, p. 59).

Atualmente, nos países que adotam medidas positivas de incentivo fiscal, procura-se estabelecer um teto em valor fixo, geralmente considerando a renda média do cidadão. Desse modo, na Alemanha, as contribuições são dedutíveis até um limite fixo. Na França, a redução do imposto tem como limite o valor de 40% do teto das doações autorizadas às pessoas físicas, sempre dentro do limite de 5% do rendimento tributável¹¹. Os Estados Unidos da América utilizam o denominado *Tax Credit System*, que consiste na devolução de parte do imposto pago, calculada com base no total das doações realizadas ou numa dedução fiscal igualmente limitada que, até o levantamento realizado por Vera Pilar Del Castillo, era da ordem de US\$ 50 (cinquenta dólares), circunstância que torna o sistema mais favorável para os pequenos doadores (Idem, p. 61-62).

Os *matching funds* consistem numa espécie de subvenção pública à campanha eleitoral, cujo montante está condicionado ao volume de recursos arrecadados pelo candidato ou partido no setor privado. Trata-se de uma técnica que alia financiamento público ao financiamento privado, cuja principal característica é obrigar o interessado na obtenção do recurso público à arrecadação de receitas de origem privada. Daí porque é classificada como uma espécie de medida positiva, ainda que de natureza híbrida.

¹¹ DOUBLET, 1997, p. 25.

Essa técnica de incentivo à arrecadação de doações privadas é utilizada nas eleições presidenciais nos Estados Unidos da América, estando regulamentada pelo *Federal Elections Campaign Act* de 1974. O acesso ao recurso público exige do candidato o cumprimento de um “*teste de notoriedade geográfica, financeira e política*” (LACORNE, 1984, p. 100). Assim, os candidatos devem obter de doadores privados (pessoas físicas, não sendo válidas, para esse efeito, doações dos Comitês de Ação Política e dos Comitês Partidários) no mínimo US\$ 100.000,00 (cem mil dólares), os quais devem ser oriundos de pelo menos vinte estados, no montante mínimo de US\$ 5.000,00 (cinco mil dólares) por Estado. O valor de cada doação não deve ultrapassar US\$ 250,00 (duzentos e cinquenta dólares) por doador, de modo que, em cada estado, o candidato obtenha a adesão de pelo menos vinte contribuintes. Finalmente, o candidato deve ter obtido pelo menos 10% dos votos recolhidos em eleição primária anterior, devendo, ainda, conservar no mínimo esse índice de votação, sob pena de perder o direito aos recursos públicos.

Cumpridos esses requisitos, o repasse dos recursos públicos ocorrerá em contrapartida aos recursos privados que forem recolhidos pelo candidato, limitado ao montante de US\$ 250,00 (duzentos e cinquenta dólares) por cada doação individual, que não pode ultrapassar o valor de US\$ 1.000,00 (mil dólares). Desse modo, para efeito de obtenção dos recursos públicos, é indiferente a doação superior a US\$ 250,00 (duzentos e cinquenta dólares), pois a contrapartida estatal não será superior a esse limite.

Certamente a forma mais importante de financiamento público indireto das campanhas eleitorais é o acesso gratuito aos meios de comunicação social. O poder que as mídias rádio e televisão exercem sobre o eleitor, durante e mesmo antes da campanha eleitoral, exige que sua utilização como forma de propaganda política, seja ela partidária ou eleitoral, esteja estritamente regulamentada em bases que assegurem a igualdade entre os candidatos e o pluralismo das correntes de opinião.

O principal problema que esse tipo de financiamento público indireto oferece liga-se à definição dos critérios de acesso e de distribuição do tempo de antena. Pode-se, nesse campo, empregar o critério de igualdade absoluta ou da proporcionalidade, utilizando-se como parâmetro o

número de votos, a representação no parlamento ou a combinação de ambos.

Quanto ao acesso, a Dinamarca é um exemplo extremo na aplicação do princípio da igualdade. Naquele país, todos os partidos registrados, independentemente do tamanho, possuem acesso e mesmo tempo de antena no rádio e na televisão. Somente a publicidade gratuita é permitida, sendo vedada a propaganda paga. Nas eleições presidenciais francesas, o princípio da igualdade é também aplicado, de modo que todos os candidatos dispõem de igual tempo em primeiro e segundo turnos¹². Ainda sobre esse assunto, alguns países adotam como critério a representação partidária no parlamento, como é o caso do Brasil, para todos os níveis de eleição, e da França, para as eleições legislativas. Nesse último país, é reservado um tempo mínimo de sete minutos no primeiro turno e cinco minutos no segundo para cada partido não representado na Assembleia Nacional, desde que cada um tenha apresentado pelo menos setenta e cinco candidatos no primeiro turno¹³.

Na Espanha, o acesso aos espaços de publicidade no rádio e na televisão, nas eleições parlamentares, utiliza como critério a apresentação de candidatura em pelo menos 75% das circunscrições, sendo este o percentual utilizado também nas eleições para as regiões autônomas¹⁴.

Quanto à repartição do tempo de antena, vários países adotam como parâmetro o número de votos obtidos nas eleições parlamentares, a exemplo da Itália, Suécia, Áustria e Bélgica. Na Alemanha, a distribuição toma como parâmetro a representação parlamentar de cada partido¹⁵. Na Espanha, a distribuição do tempo leva em consideração tanto o número de votos obtidos pelo partido nas eleições anteriores quanto a representação alcançada, sendo garantido um tempo mínimo aos partidos que não alcancem esses dois critérios¹⁶.

12 GOODWIN-GILL, 1994, p. 76.

13 BON, P. *Aspects Récents du Contrôle des Campagnes Électorales en France*. Revue Française de Droit Constitutionnel, Paris: PUF, n. 13, p. 70, 1993.

14 MONTOLÍO, 1998, p. 188.

15 DEL CASTILLO, 1985, p. 157.

16 MONTOLÍO, 1998, p. 195.

Alguns países reservam uma parte do tempo da propaganda eleitoral gratuita para distribuição igualitária entre os partidos, reservando a outra parte para uma distribuição proporcional. Esse é o caso do Brasil, em que o tempo do horário eleitoral gratuito tem um terço dividido, igualitariamente, entre os partidos com representação na Câmara dos Deputados e o restante, proporcionalmente ao número de representantes naquela instituição¹⁷.

Muito embora as medidas nesse campo sejam as mais variadas possíveis, é recomendável que as fórmulas sejam pensadas de modo a acentuar a igualdade entre as diversas correntes de opinião e o pluralismo político, reforçando, assim, o caráter democrático do sistema. Algumas medidas se aproximam mais desses valores, podendo ser citadas: a) garantir aos partidos novos ou sem representação parlamentar um tempo mínimo razoável de transmissão; b) utilizar um percentual de tempo, a ser distribuído igualitariamente, como forma de amenizar a vantagem dos partidos majoritários, reservando-se o tempo restante para a distribuição proporcional¹⁸; c) utilizar como parâmetro de proporcionalidade o número de votos do partido na eleição anterior, evitando eventuais distorções do sistema eleitoral.

O financiamento público direto

O financiamento público direto consiste no “subsídio concedido pelo Estado às candidaturas apresentadas a um determinado ato eleitoral, com vista ao financiamento das respectivas atividades de campanha eleitoral”. (TABOSA, 1996, p. 460).

O dispêndio dessas receitas estatais com o financiamento das eleições, muito embora seja justificável do ponto de vista político e

17 Lei n. 9.504/1997, art. 47, § 2º.

18 Envolto nesse mesmo espírito, Manuel Barquin Álvarez defende as seguintes propostas: “pode-se recomendar que a proporção em que se distribua o tempo outorgado em função da força eleitoral o conforme a quota fixa seja pelo menos numa relação de 80% para o primeiro caso e 20% para o segundo, para evitar o reforço artificial da maioria, sem deixar de prover às minorias ou forças políticas novas com a garantia de um nível mínimo de acesso aos meios de comunicação”. (ÁLVAREZ, M. B. *Una Propuesta Razonada e Imparcial em torno al Financiamiento a los Partidos Políticos em México. Aspectos Jurídicos del Financiamiento de los Partidos Políticos*, México, n.26, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, p. 152)

jurídico, conforme já visto, nem sempre encontra receptividade perante a opinião pública e o eleitorado, diante do argumento de que se trata de um desperdício de dinheiro público, principalmente quando se tem em vista o financiamento dos pequenos partidos e candidatos sem expressão. Certamente por esse motivo, 90,1% do eleitorado italiano votou, num *referendum* realizado em abril de 1993, pela supressão do sistema de financiamento público aos partidos políticos por intermédio dos grupos parlamentares¹⁹, subsistindo, atualmente, somente um sistema de reembolso parcial das despesas com as campanhas eleitorais. Uma pesquisa realizada na França demonstrou que 41% dos entrevistados foram favoráveis ao financiamento público dos partidos, enquanto 50% opinaram contrariamente²⁰.

De todo modo, o financiamento público direto de partidos e candidatos é uma prática consagrada que, para muitos, se encontra na base de um sistema eficiente de controle das eleições, na proporção em que contribui para evitar a dependência de partidos e candidatos em relação às fontes de financiamento privado, minimizando o problema da corrupção, propiciando maior igualdade entre as candidaturas, além de suprir a retração de recursos, verificada em razão da eventual implantação de um sistema limitativo de gastos e receitas privadas.

A propósito, há um consenso de que, nos sistemas de financiamento público para as campanhas eleitorais, os recursos estatais devem ser substitutivos do financiamento privado ou de alguma de suas fontes, ou seja, os recursos públicos devem tomar o lugar dos recursos de origem privada²¹ nos sistemas de financiamento público puro, ou ser aplicados de modo a suprir a retração da fonte de recursos decorrentes de limites impostos às receitas dos cidadãos e das pessoas jurídicas nos sistemas de financiamento misto. Por essa razão, o financiamento público é

19 DOUBLET, 1997, p. 78.

20 CAMBY, J. *Le Financement de la Vie Politique en France*. Paris: Montchrestien, 1995, p. 48.

21 Ao falar das finalidades do financiamento público direto, Montolío registra que seus objetivos não serão alcançados “se não se fixam limites máximos para os gastos eleitorais, já que se se pode destinar qualquer quantidade para realizar a campanha eleitoral, dificilmente chegarão as subvenções a cobrir essas atividades” (MONTOLÍO, E. P. *La financiación de las elecciones*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1998, p. 233).

indissociável de um sistema limitativo de gastos, sem o qual o subsídio estatal será somente um dinheiro a mais nas campanhas eleitorais²².

O financiamento público direto pode ocorrer sob duas modalidades: por meio de um sistema de adiantamento das receitas que são repassadas aos interessados antes das eleições ou por via de um sistema de reembolso, geralmente parcial, após as eleições, dos gastos realizados pelos partidos e/ou candidatos.

O exemplo mais eloquente de financiamento público por adiantamento de receitas foi implantado nos Estados Unidos da América pelo *Federal Election Campaign Act Amendments* de 1974. Destaca-se, inicialmente, que esse financiamento se operacionaliza com recursos de um fundo público especial para o financiamento das campanhas presidenciais (*presidential election campaign fund*), que é constituído a partir da destinação voluntária, realizada pelo próprio contribuinte (*tax check off system*), de até US\$ 3,00 (três dólares) do imposto de renda por ele pago (valor que pode ser dobrado no caso de declaração conjunta). Esse fundo irá financiar os gastos de campanha dos candidatos para as eleições primárias e gerais, bem como os gastos dos partidos políticos nas convenções nacionais.

Outro exemplo de antecipação das receitas públicas do financiamento das campanhas eleitorais, num modelo de financiamento de candidatos, ocorre na França, especificamente nas eleições presidenciais, ainda que de forma secundária, pois o sistema de financiamento público predominante é o de reembolso. Os candidatos à Presidência da República podem receber antecipadamente um valor à conta do reembolso a que farão jus após as eleições²³.

22 Existem entendimentos céticos a respeito da capacidade substitutiva do financiamento público direto. Para Pasquino, “o financiamento estatal não incide sobre as causas estruturais, senão, no melhor dos casos, sobre alguns aspectos conjunturais, marginais e [...] acabará por converter-se em aditiva e não substitutiva das fontes privadas de financiamento”. (PASQUINO, G. *Contro il finanziamento pubblico di questi partiti*. Apud: VALDES, R. L. B. La Problemática de la Financiación de los Partidos Políticos en España – Regulación jurídica y propuestas de reforma. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 87, 1995, p. 165).

23 DOUBLET, Y. L'argent de l'Élection Présidentielle. *Pouvoirs: revue Française d'Études Constitutionnelles et Politiques (L'argent des élections)*, Paris: PUF, n. 70, setembro, 1994.

No que se refere ao modelo de financiamento dos partidos políticos, a Alemanha adota um sistema de antecipação dos recursos públicos, os quais poderão ser empregados não só no financiamento de suas atividades ordinárias mas também no financiamento das campanhas eleitorais. Esse sistema funciona da seguinte forma: no primeiro ano após as eleições os partidos recebem 10% do total de reembolso que lhes cabe, 15% no segundo ano, 35% no terceiro ano e, os 40% restantes imediatamente após as eleições²⁴.

A modalidade de financiamento público mais adotada é o sistema de reembolso, chamada de indenização eleitoral. Nesse caso, mediante o cumprimento de alguns requisitos, as receitas públicas são transferidas aos partidos ou candidatos após o resultado das eleições e o exame e aprovação da prestação de contas de campanha pelo órgão competente, a título de ressarcimento parcial pelos gastos eleitorais realizados. É óbvio que essa forma de financiamento público pressupõe um anterior financiamento privado. Portanto, o reembolso dos gastos eleitorais caracteriza o sistema de financiamento misto dominante entre os países da Europa Continental, sendo adotado em Portugal, Espanha, França e Alemanha²⁵.

O financiamento público pelo sistema de reembolso pode funcionar mediante indenização por gastos concretos realizados, como é o caso das eleições presidenciais e para a Assembleia Nacional na França, onde o custo da impressão e distribuição de cartazes é reembolsado pelo Estado²⁶. O outro sistema de reembolso consiste no pagamento de uma indenização genérica, calculada em termos globais sobre o custo da campanha, até determinado limite ou teto das despesas legalmente fixado. A França adota igualmente esse sistema, paralelamente à indenização por gastos

24 SONTHEIMER, K. *Le Financement des Partis Politiques em Allemagne de l'Ouest*. Apud CEOARA, M. *Le Financement des Partis Politiques et des Campagnes Électorales. Problemes Politiques et Sociaux*, n. 266, setembro, 1975. Paris: La documentation française, 1975, p. 24.

25 No Brasil, o jurista Flávio Dino, enquanto Deputado Federal em 2008, apresentou o Projeto de Lei n. 4.263, com nítida inspiração nos modelos europeus de financiamento das campanhas eleitorais, associando um sistema de financiamento público por reembolso a fortes limites às despesas com propaganda.

26 CAMBY, J. *Le Financement de la Vie Politique em France*. Paris: Montchrestien, 1995, p. 88.

concretos, sendo o valor estipulado em até 50% do teto das despesas permitidas.

Uma forma interessante de financiamento público direto das campanhas eleitorais é a que ocorre no Brasil e resulta do fato de os partidos políticos serem destinatários de financiamento público direto do Estado para suas atividades ordinárias, mas poderem utilizar essas receitas para as campanhas eleitorais. Entretanto, não há qualquer previsão legislativa acerca da forma de distribuição interna desses recursos públicos²⁷, que não chegam a constituir valores expressivos diante dos atuais custos das campanhas eleitorais brasileiras.

A exemplo do que ocorre com o financiamento público indireto do horário eleitoral gratuito, o principal problema relacionado ao financiamento público direto refere-se à fixação dos critérios para o acesso aos subsídios estatais e, após cumprida essa etapa, à escolha dos parâmetros para determinar a forma de distribuí-los entre os interessados.

Considerando-se o levantamento realizado por Vera Pilar Del Castillo (1985, p. 70-73), com base no exame da legislação comparada, pode-se dizer que o acesso e a distribuição dos recursos públicos tomam como parâmetro a representação parlamentar, o número de votos obtidos na eleição e um sistema misto que combina ambos os critérios.

O acesso ao financiamento público pelo critério da representação parlamentar, que é adotado atualmente na Espanha, procura privilegiar os partidos que efetivamente exercem uma função eleitoral em nível nacional. Assim, somente as agremiações partidárias que contam com assento no Parlamento Nacional (Assembleias Nacionais, Câmara de Deputados, etc.) estariam habilitadas ao recebimento dos subsídios públicos, não importando aqui se é analisado um sistema de antecipação de receitas ou reembolso pelas despesas realizadas. Aliada às cláusulas de barreira dos sistemas eleitorais, alega-se que a negativa de incentivo financeiro aos pequenos partidos contribui para evitar os inconvenientes de uma representação parlamentar excessivamente fracionada e para dar garantias de governabilidade²⁸.

27 Lei n. 9.096/1995, art. 44, III.

28 Nesse sentido, citando julgado do Tribunal Constitucional Espanhol, Montolío considera que a cláusula barreira serve para assegurar “a efetividade na organização

De qualquer forma, não se pode ignorar o principal problema ligado ao critério da representação, que é seu nítido caráter discriminatório em relação aos partidos novos ou menores, não possuidores de vagas no parlamento²⁹.

Uma solução para esse tipo de distorção, que efetivamente afeta a igualdade entre os partidos e o pluralismo político, pode ser a fixação de um financiamento base a que todas as correntes partidárias teriam direito mediante o cumprimento de requisito diverso da representação parlamentar. Por essa razão, o Catedrático em Direito Constitucional da Universidade de Valência, Enrique Alvarez Conde (1994, p. 29) , sustenta que, para garantir um mínimo de igualdade, alguma forma de financiamento dos partidos sem representação parlamentar deve ser prevista na lei.

O outro critério de acesso ao financiamento público consiste na obtenção de um número ou percentual mínimo de votos. Esse é o sistema adotado, por exemplo, nos Estados Unidos da América. O *Federal Election Campaign Act Amendments* de 1974 estabelece critérios para o acesso antecipado ao *presidential election campaign fund*, ou seja, para o recebimento dos subsídios estatais antes das eleições, os quais têm em vista a projeção do partido a que está vinculado o candidato. Desse modo, os candidatos dos partidos majoritários (Democrata e Republicano) que receberam, em eleições anteriores, mais de 25% dos votos podem receber até o limite máximo de recursos, montante que é calculado conforme o número de eleitores, valor que gira em torno de US\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de dólares). Por sua vez os partidos minoritários, que, em eleições anteriores, tenham superado 5% dos votos, recebem uma quantia que é fixada proporcionalmente ao número de votos obtidos. Os candidatos de partidos novos também têm acesso ao financiamento público parcial

e atuação dos poderes públicos', porque o processo eleitoral tende não somente à realização de direitos, mas também a dotar de 'capacidade de expressão' as instituições, num marco de racionalização da forma de governo". (MONTOLÍO, 1998, p. 243)

29 Em vista dessa questão, Del Castillo conclui que a aplicação desse critério "[...] favorece a cristalização do sistema de partidos, já que implica uma defesa do status quo dos partidos com representação parlamentar, ao não oferecer nenhuma ajuda econômica oficial aos partidos sem representação que não tenham superado os votos necessários, de acordo com seu sistema eleitoral, para conseguir a representação no Parlamento". (DEL CASTILLO, op. cit. p. 70)

depois das eleições, sob a forma de reembolso, desde que tenham obtido no mínimo 5% dos votos, a partir do que passam a ser considerados partidos minoritários.

Vera Pilar del Castillo lembra que os partidos minoritários, que receberem subsídios públicos, podem ser beneficiários, com contribuições privadas, por um valor “equivalente à diferença entre as subvenções recebidas pelos candidatos dos partidos majoritários e as recebidas por eles” (1985, p. 83). Trata-se de regra de fundamental importância para garantir maior paridade de chances entre as candidaturas³⁰, sem o que o sistema estaria eivado de inconstitucionalidade.

O critério do número de votos tem por efeito assegurar maior proporcionalidade na distribuição dos subsídios estatais e incentivar o pluralismo político, permitindo a um número maior de partidos o acesso ao sistema de financiamento público, desde que se considere um baixo percentual. De todo modo, o parâmetro apresenta-se consideravelmente variado³¹.

A compatibilidade entre os percentuais que servem como piso e a Constituição pode ser questionada em vista do conteúdo e da importância conferidos ao princípio da igualdade em cada ordenamento jurídico. Pode-se citar o exemplo do sistema de financiamento de partidos na Alemanha, onde o percentual de 2,5% dos votos válidos nas listas, em cada *Land*, foi considerado excessivamente alto, sendo declarado inconstitucional por malferir a igualdade de chances entre as agremiações partidárias. A Corte Constitucional tedesca considerou razoável o percentual de 0,5%, índice que está bem abaixo do piso básico para a obtenção de uma vaga no *Bundestag*, que é de 5%.

30 A ausência dessa possibilidade no sistema de financiamento público exclusivo que consta do Projeto de Lei do Senado n. 268/2011, em discussão no Senado Federal brasileiro, induz a sérias dúvidas quanto à constitucionalidade do modelo.

31 Um levantamento realizado pelo *Administration and Cost of Elections – ACE Project*, em 1995, sobre os critérios de acesso aos fundos públicos de financiamento, revelou o seguinte quadro: a) Taiwan: 75% dos votos necessários por cada candidato para assegurar a eleição; b) Canadá: 15% para os candidatos individuais; c) Turquia: 7%; d) Itália: para o Senado o percentual é de 5% dos votos na circunscrição ou de 15% para os candidatos independentes; e) França: nas eleições para a Assembléia Nacional o percentual é de 5%; f) Grécia: o percentual varia entre 3 e 6%; g) Austrália: 4%; h) Suécia: 2,5%; i) Japão: 2%; j) México: 1,5%; l) Israel: menos de 1%. Ver <http://www.aceproject.org/main/espanol/pc/pcd01a01.htm>

O fato de que a destinação de recursos públicos a partidos sem expressão pode significar um desperdício é uma das principais críticas ao sistema de acesso aos subsídios estatais, baseado em baixos percentuais de votos. Trata-se, entretanto, de uma crítica imprecisa, que coloca em primeiro plano somente os aspectos econômicos do sistema de financiamento, quando, na verdade, o valor prevalecente deve ser o do pluralismo político e o da igualdade jurídica entre as diversas correntes de opinião. Isso não significa que todos os partidos devam ter incondicionalmente acesso ao sistema de financiamento e receber sempre a mesma quantidade de recursos públicos. Isonomia não significa igualitarismo, e um tratamento diferenciado para os partidos já consagrados é justificável na medida das diferenças que os separam dos partidos sem expressão e importância para a formação da vontade popular. Em todo caso, o sistema não pode ser excluyente, e alguma forma de auxílio público, em nome do princípio democrático e do pluralismo político, deve ser reservada aos partidos novos e menores.

A distribuição dos recursos públicos pode tomar como parâmetro tanto o número de mandatos obtidos quanto o número de votos, sendo que este último critério tem a vantagem de assegurar uma distribuição mais proporcional dos subsídios estatais, na medida em que evita os efeitos das distorções na representação que podem decorrer do sistema eleitoral adotado. O sistema de financiamento público direto pode resultar, ainda, da combinação de ambos os critérios quando se considera um percentual, tendo em conta a representação parlamentar, e outro percentual, tendo em vista o número de votos, como é o caso das eleições na Espanha, que condiciona o acesso aos recursos públicos à obtenção de representação parlamentar³².

Na repartição dos subsídios estatais, é importante considerar um percentual a ser dividido igualitariamente entre os partidos, paralelamente

32 Valdes resume o sistema espanhol de financiamento público das eleições e destaca que a Lei Orgânica do Regime Eleitoral Geral, para cada tipo de eleição (gerais, municipais e europeias), garante aos partidos que obtiveram representação um valor por mandato obtido e outro em razão do número de votos. (VALDES, R. L. B. La Problemática de la Financiación de los Partidos Políticos en España – Regulación jurídica y propuestas de reforma. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, n. 87, Enero-Marzo 1995, p. 185).

ao percentual a ser dividido proporcionalmente, independentemente do critério adotado (mandatos, número de votos ou a combinação de ambos). É evidente que o percentual considerado para fins de divisão igual será determinante para assegurar aos partidos novos e de menor expressão maior aporte financeiro e, conseqüentemente, mais chances de desenvolver uma campanha eleitoral eficiente.

3 O financiamento público de campanha no Brasil

O financiamento público de partidos políticos e das campanhas eleitorais foi introduzido na legislação eleitoral brasileira sob os auspícios da ditadura militar implantada no país com o golpe de estado de 1964. Muito embora tivesse encerrado o ciclo de conturbada democracia iniciado em 1946, o Ato Institucional n. 1, que serve de marco jurídico para o início do longo período de exceção em que viveria o país, não extingue totalmente as eleições e preserva a existência dos partidos até então criados.

A reforma eleitoral e partidária de 1965, ano em que promulgados o Código Eleitoral (Lei n. 4.737) e a Lei Orgânica dos Partidos Políticos – LOPP (Lei n. 4.740), introduz profundas modificações na regulamentação da propaganda eleitoral e na organização dos partidos políticos. A nova legislação adotou medidas que significaram forte interferência do Estado na organização dos partidos políticos e na forma como as campanhas eleitorais eram organizadas, cuja regulação passou a ser mais detalhada e rigorosa.

No que se refere aos partidos políticos, fica evidente que o propósito do novo regime era exercer maior controle sobre seu funcionamento, limitando o número de partidos existentes, dificultando a criação de novas agremiações, bem como restringindo o uso de recursos privados nas campanhas eleitorais. Para esse propósito foram tomadas as seguintes medidas: a) extinção do registro dos partidos que não possuísem doze deputados federais eleitos por, pelo menos sete estados ou que, nas eleições para a Câmara dos Deputados, não obtivessem no mínimo três por cento de votos, distribuídos em onze ou mais estados (cláusula de

desempenho)³³; b) implantação do financiamento público direto dos partidos, com a criação do fundo partidário; e c) proibição de doações de empresas privadas para partidos políticos e para a campanha eleitoral. Era compatível com esse modelo a previsão de que os partidos passavam a ser considerados pessoas jurídicas de direito público interno (Lei n. 4.740, art. 2º), situação que perduraria até o advento da Constituição democrática de 1988³⁴.

Entre as inovações implementadas pela reforma eleitoral de 1965, certamente a de maior destaque consistiu na inserção de um sistema de financiamento público das eleições e das atividades ordinárias dos partidos políticos com a criação do Fundo Partidário pela LOPP de 1965. A ideia central dos mentores da legislação foi substituir o sistema anterior de financiamento privado exclusivo por um modelo preponderantemente público. Não se tratava, ao contrário do que equivocadamente entendeu Miguel Galvão Telles (1973, p. 315), de um regime puro de subsídio, mas de um sistema misto, na medida em que as cotizações dos filiados também representavam, em tese, receitas a serem utilizadas nas eleições.

O Fundo Partidário que, em sua estrutura básica, assim permanece até os tempos atuais era constituído por recursos provenientes das multas e penalidades aplicadas por infração a regras do Código Eleitoral e da legislação complementar, das dotações orçamentárias e das doações particulares, e tinha por finalidade subsidiar a manutenção das sedes e serviços dos partidos, a propaganda partidária e política, o alistamento e a eleição, e os institutos de instrução política, para formação e renovação de quadros e líderes políticos³⁵.

33 Lei n. 4.740/1965, art. 47, inciso I e II.

34 O projeto de redução do número de partidos políticos acabou por concretizar-se, *manu militari*, com a edição do Ato Institucional n. 2, que impôs o bipartidarismo no Brasil, modelo em que o financiamento público exclusivo das campanhas eleitorais é de mais fácil implementação.

35 Sem registrar claramente que o Fundo Partidário representava uma forma de financiamento público direto dos partidos e das campanhas eleitorais, Antonio Roque Citadini bem compreendeu sua finalidade teórica: “Ao criar o Fundo Partidário o legislador brasileiro visou a dar sustentação financeira legal aos partidos, livrando-os de arrecadarem dinheiro em fontes inidôneas – fato tão comum na vida partidária brasileira (‘caixinha’, ‘banqueiros do bicho’, etc.) ou então de submeterem-se a ‘lideranças ricas’ (que se tornam verdadeiros donos de partidos). A ideia de um Fundo

A Lei Orgânica dos Partidos Políticos, de 1971 – Lei n. 5.682, de 21 de julho de 1971 –, revogou a Lei n. 4.740/1965, mas manteve na essência, com pequenas modificações, o modelo de financiamento das eleições instituído em 1965. As reformas legislativas subsequentes, inclusive a introduzida pela Lei n. 6.767/1979, que reabriu o caminho para o pluralismo partidário, mantiveram o mesmo sistema de financiamento eleitoral e partidário³⁶.

A partir daí, as modificações mais relevantes até o completo abandono desse sistema – o que somente viria a acontecer após a Constituição de 1988, com a Lei n. 8.713/1993 – ocorreriam no campo da propaganda eleitoral e de seus mecanismos de financiamento público indireto, inclusive do acesso aos meios de comunicação social, instituído pela Lei n. 4.115/1962³⁷. O horário eleitoral gratuito iria consagrar-se paulatinamente nas legislações subsequentes, até a superação do modelo implementado pela “Lei Falcão”, que restringia excessivamente o conteúdo da propaganda no rádio e na televisão³⁸.

Em suas linhas gerais, a reforma de 1965 introduziu no país um modelo europeu de financiamento das eleições, concentrado na figura dos partidos políticos, que teoricamente detinham todo o poder e responsabilidade sobre as receitas e os gastos eleitorais. Da forma como foi concebido, o financiamento das eleições deveria ser preponderantemente público, por meio de recursos do Fundo Partidário, com possibilidade de utilização de recursos privados, oriundos das cotizações dos filiados.

legal, comum a todos os partidos, é – sem dúvida – uma medida que contribui para a consolidação de um sistema partidário democrático e forma, assim, agremiações livres para lutarem por suas ideias e programas. O ideal seria empenharmo-nos para o aumento nas dotações do Fundo, o que viria a possibilitar aos partidos uma completa autonomia financeira”. (CITADINI, 1998, p. 99)

36 Uma mudança certamente significativa foi a redução de 20% para 10% do percentual de recursos do Fundo Partidário a serem distribuídos igualmente entre os partidos em funcionamento, o que se explicava em razão do aumento do número de partidos decorrente da reforma introduzida pela Lei n. 6.767/1979.

37 A partir das Lei n. 9.096/1995 e 9.504/1997, foi prevista a compensação fiscal pelo tempo de antena nas propagandas partidária e eleitoral.

38 Tratava-se da Lei n. 6.339, de 1º de julho de 1976, modificada pelo Decreto-Lei n. 1.538, de 14 de abril de 1977, cuja aplicação somente veio a ser suspensa pela Lei n. 7.332, de 1º de julho de 1985, até ter seus preceitos revogados expressamente pela Lei n. 9.504/1997.

Ao longo do período em que esteve formalmente em vigor, ou seja, até as eleições municipais de 1992, esse sistema de financiamento associava-se a medidas de prestação indiretas, principalmente ao horário eleitoral gratuito, e a algumas medidas restritivas em relação aos atos da propaganda eleitoral, tanto de ordem temporal quanto de ordem material, sendo que as barreiras, nesse último campo, foram paulatinamente flexibilizadas ao longo do tempo, inclusive por força da redemocratização do país.

Na verdade, a experiência da implantação de um sistema de financiamento público de partidos e das campanhas eleitorais, instituído pela LOPP de 1965 e mantido pela LOPP de 1971, na prática, não funcionou. Na época, a doutrina registrou a baixa efetividade do sistema. Ao comentar o conjunto dos dispositivos da LOPP de 1971, relativos às finanças partidárias, Antonio Roque Citadini concluiu:

Trata-se – a bem da verdade – de disposição não obedecida pelos partidos e candidatos, haja vista as campanhas faraônicas que tivemos nas últimas eleições de 1982. Esta determinação legal – sem que a Justiça Eleitoral possa exercer um mínimo de coação aos infratores – é, na verdade, letra morta e as prestações de contas das campanhas eleitorais constituem-se em peça de farisaísmo. (CITADINI, 1998, p. 93).

Tratando especificamente do Fundo Partidário, Pinto Ferreira fez a seguinte observação:

Este fundo partidário, na realidade, praticamente inexistente; os partidos na verdade vivem dos donativos de suas bancadas, mais polpudos ou de pequena proporção, de acordo com as suas possibilidades [...] O fundo partidário está hoje somente na lei. Mas o grande problema não é legislar, é executar a lei. (1992, p. 174).

Tempos depois, comentando a Lei n. 8.713/1993, que suplantou o sistema de 1965, especialmente a proibição aos candidatos de realizarem gastos eleitorais – a afirmação vale também para a proibição de doações de empresas –, Lauro Barretto registrou:

Até a vigência da presente Lei, esta matéria estava regida de tal forma que o próprio presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Ministro Sepúlveda Pertence, afirmou que ‘a legislação anterior mantinha-se tão distante

da realidade que se transformou num verdadeiro jogo de faz-de-conta'. O dispositivo reflete, em síntese, o primeiro passo da nova legislação no sentido de adequar as normas que regem a matéria à nossa realidade. De fato, ao revogar o § 2º do art. 93 da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, o artigo acima abriu caminho para uma série de inovações que, pelo menos, têm o dom de retirar da nossa legislação eleitoral algumas restrições anacrônicas, que há muito já não se enquadravam com a realidade político-eleitoral brasileira. Tal dispositivo da Lei Orgânica dos Partidos Políticos proibia, sob pena de cassação dos respectivos registros, que os candidatos efetuassem, individualmente, despesas de caráter eleitoral, inclusive com alistamento, arregimentação, propaganda e demais atividades definidas pela Justiça Eleitoral. Evidentemente, tal proibição não era acatada pelos candidatos. (BARRETO, 1994, p. 59-60).

Quais seriam as explicações para o colapso e fracasso desse sistema de financiamento das campanhas eleitorais? Afirmar que se tratava de uma legislação em dissintonia com a realidade política não parece ser suficiente, pois, além de negar a “força normativa” dos mecanismos legais de controle das eleições, submete-os a uma concepção de realismo político e força dos costumes com perigosos resultados para o Direito. Deve-se tentar explicar a absoluta falta de efetividade do modelo jurídico de financiamento público de 1965 com base nas práticas e costumes sociais e políticos mas também nas deficiências do modelo normativo.

Primeiro, há muito de artificial em conceber um sistema partidário e um modelo de campanha eleitoral completamente isolado e preservado de influências das forças sociais e econômicas, como imaginaram os juristas do Regime Militar. A realidade das coisas e, no plano dos valores, os princípios do pluralismo político e democrático exigem que a organização partidária e o financiamento das campanhas eleitorais não sejam tratados como assunto exclusivo de Estado. Essa constatação simples explica as razões pelas quais não há nas democracias relevantes nenhum sistema de financiamento público exclusivo ou de tal modo preponderante que reduza fortemente ou elimine a participação social na sustentação financeira dos partidos políticos e nas campanhas eleitorais.

Segundo, as reformas de 1965 e de 1971 não enfrentaram um grave problema existente desde os primórdios da legislação eleitoral, que persiste na legislação vigente: a ausência de limitação efetiva para

os gastos eleitorais, com a construção de modelo de campanha eleitoral razoável.

Além de se erigir como um fator de considerável desigualdade, na medida em que o maior poder de arrecadação e gasto implica o uso desequilibrado dos meios de propaganda eleitoral, a falta de um teto financeiro e limites materiais adequados dificulta, por ausência de um parâmetro palpável, a verificação do cumprimento das regras financeiras eventualmente impostas. Não é por outra razão que a limitação dos gastos de campanha constitui uma das principais medidas de controle adotadas nas democracias ocidentais modernas, a exemplo da Inglaterra, dos Estados Unidos da América e da França. É nesse sentido que Ives-Marie Doublet, ao analisar os diversos sistemas de controle das eleições existentes no mundo, observou:

[...] todo esforço de racionalização do financiamento privado ou público não tem sentido se não está acompanhado de uma ação sobre as despesas e, na medida em que sua redução incitar a não mais ou a menos recorrer aos circuitos de financiamento oculto, esta escolha será inseparável de uma maior exigência de transparência das contas dos partidos e dos candidatos. (DOUBLET, 1997, p. 13).

A técnica de limitação por meio da fixação de tetos de despesa voluntários, estabelecidos pelos próprios partidos, não resultava de um esforço conjunto para a imposição efetiva de limites aos gastos³⁹. Não raro, a imposição legal é até esquecida por ocasião das eleições⁴⁰ ou modificada ao sabor das conveniências partidárias ou dos imperativos das disputas eleitorais⁴¹.

39 Prevista inicialmente pelo Código Eleitoral de 1950 (Lei n. 1.164/1950, art. 143), a limitação de gastos estabelecida segundo os critérios e necessidades dos próprios partidos interessados na disputa eleitoral persiste na legislação vigente (Lei n. 9.504/1997, art. 18), o que não foi essencialmente modificado nem mesmo com o acréscimo do art. 17-A à Lei n. 9.504/1997, pela Lei n. 11.300/2006.

40 Nas eleições de 1989, alguns partidos simplesmente deixaram de fixar o limite de gastos, o que levou o TSE a decidir: "PARTIDO POLÍTICO. PROPAGANDA ELEITORAL. FIXAÇÃO DE GASTOS COM A CAMPANHA. RES. N. 15.443/89, ART. 9 PARAG. 1 E 2. – Designado o Corregedor-Geral Eleitoral para as providências cabíveis, face a não fixação, pelos partidos, do montante a ser gasto com a propaganda de seus candidatos (Resolução n. 15.474, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJU de 26 dez.1989, p. 18.700).

41 <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/821276-tse-autoriza-alteracao-do-teto-de-gastos-da-campanha-de-dilma-para-r-191-milhoes.shtml>>.

Outro fator igualmente relevante refere-se ao personalismo das campanhas eleitorais brasileiras, o que decorre tanto da adoção do sistema de tipo presidencialista para a eleição dos cargos governativos nos três níveis da federação quanto do sistema de votação uninominal em lista não hieraquizada, nas eleições para a Câmara dos Deputados, para as Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores. Alia-se a essa circunstância a fixação da unidade federativa como âmbito da circunscrição eleitoral⁴². Observa-se, assim, um claro dissenso entre um sistema de financiamento voltado para os partidos políticos e um sistema eleitoral tendente ao enfraquecimento do papel das agremiações partidárias e ao reforço da figura do candidato, que é obrigado a ingressar pessoalmente na disputa eleitoral, não raras vezes em competição contra correligionários do mesmo partido⁴³.

Paralelamente a esse fator, parece ser inegável que os recursos do fundo partidário não eram suficientes para cobrir os gastos com a eleição, majoritária e proporcional, em todos os estados e municípios da Federação, sobretudo a partir da redemocratização do País, com a permissão para a utilização de técnicas de *marketing* político no rádio e na televisão. Desse modo, não obstante a proibição legal de arrecadação de recursos no setor privado, principalmente empresas e sindicatos, os subsídios estatais, na verdade, não alcançaram o caráter substitutivo das receitas particulares a que se propôs o legislador de 1965, assumindo feição meramente aditiva. Ademais, a falta de regulamentação quanto aos critérios de distribuição interna dos subsídios públicos era excludente dos filiados não ligados à cúpula dos órgãos partidários em nível nacional, regional e municipal, o que podia privá-los dos recursos estatais.

⁴² CodEI, arts. 83, 86, e 105 a 113.

⁴³ Nesse sentido, ainda que se esquecendo de fazer referência ao fator votação nominal, tece considerações pertinentes: “Outra razão pela qual os candidatos a deputado federal e estadual realizam gastos astronômicos nas suas campanhas é a natureza do sistema eleitoral usado no Brasil [...] esse sistema de lista aberta promove o personalismo, caciquismo, individualismo e egoísmo tão característico do sistema político brasileiro. Cada candidato desempenha sua candidatura individualmente e os partidos (a coletividade) se tornam na melhor das hipóteses um mero veículo eleitoral, ou, na pior das hipóteses uma legenda de aluguel. Assim, o eleitor é induzido a votar na pessoa e não na legenda. Ninguém veste a camisa do partido seguindo para o individualismo, e principalmente o individualismo nos gastos”. (FLEISHER, D. Financiamento das Campanhas Eleitorais. *Revista de Ciência Política*, Brasília: Fundação Pedro Horta, ano 1, n. 2, p. 166-167, junho 1994).

Outra causa que contribuiu para a ineficácia do modelo foi a falta de estrutura institucional da Justiça Eleitoral para a fiscalização do cumprimento das regras proibitivas, especialmente quanto às fontes de recursos para as campanhas eleitorais. Naquele tempo não havia sequer uma cultura jurídica voltada para coibir o abuso de poder econômico nas eleições, o que somente viria a se acentuar a partir da Constituição de 1988, que criou a ação de impugnação de mandato eletivo, e da Lei Complementar n. 64/1990, com a nova feição da investigação judicial eleitoral. O sistema de controle interno, por meio dos Comitês Interpartidários de Inspeção, igualmente não funcionou, prejudicando a verificação efetiva das contas de campanha⁴⁴.

Em síntese, o modelo de financiamento público vigente no Brasil entre 1965 e 1993 não teve relevante eficácia social porque: a) os candidatos realizavam diretamente seus gastos eleitorais, inclusive recebendo recursos de pessoas jurídicas; b) os limites de gastos fixados pelos próprios partidos eram meramente fictícios, de modo que o custo da eleição era muito superior ao registrado nas prestações de contas, que, portanto, não correspondiam à realidade; c) o sistema de controle exercido pela Justiça Eleitoral e pelos comitês interpartidários não se encontrava institucionalmente organizado, razão pela qual era meramente formal; d) os recursos do fundo partidário eram insuficientes, inviabilizando o sistema de financiamento público.

Somente após a revelação do escândalo que resultou no *impeachment* do Presidente eleito diretamente em 1989, Fernando Collor, ocasião em que se tornaram públicas inúmeras irregularidades na arrecadação de recursos para sua campanha eleitoral, houve vontade política efetiva para reformar a legislação eleitoral, que até então apresentava um nítido “conteúdo farsante”, na expressão de Lauro Barretto (1995, p. 27). Nesse contexto, surgiram as Leis n. 8.713/1993 e 9.100/1995, que instituíram um sistema de financiamento preponderantemente privado, compartilhando a responsabilidade pela arrecadação e gastos de recursos entre partidos e candidatos.

44 Sobre o sistema de controle via comitês interpartidários, Fávila Ribeiro (1988, p. 332) teceu os seguintes comentários: “A contribuição reservada a estes comitês não tem oferecido resultados práticos satisfatórios, não passando de mais um ritual a ser celebrado. Revela-se falho e improfícuo esse sistema de recíprocos controles, gerando uma espécie de acordo entre as agremiações partidárias, com os conflitos entre os candidatos, algumas vezes em lutas mais acirradas no interior do próprio partido”.

As fontes das receitas, que no regime anterior estavam limitadas ao Fundo Partidário e às quotas dos filiados, foram amplamente liberadas. Assim, durante as campanhas eleitorais, os candidatos foram autorizados a utilizar recursos próprios; verbas repassadas pelos comitês financeiros, inclusive das quotas do Fundo Partidário; e receitas provenientes das doações de pessoas físicas e jurídicas, observados os limites legais e as proibições subjetivas incidentes sobre determinadas fontes, a exemplo de entidade ou governo estrangeiro, órgãos públicos, concessionários ou permissionários de serviço público, entidade declarada de utilidade pública e entidades de classe ou sindicais⁴⁵. Não houve alteração quanto à forma de fixação dos limites de gastos por candidatura. Os tetos das despesas continuaram a ser estabelecidos voluntariamente pelos próprios partidos⁴⁶. As chamadas sobras de campanha receberam uma regulamentação específica, suprimindo-se a lacuna existente no sistema anterior⁴⁷.

Na essência, apenas com pequenas modificações, a Lei n. 9.504/1997, que pôs fim às chamadas “leis do ano”, oficializou o sistema de financiamento misto, mas agora preponderantemente privado, instituído pela Lei n. 8.713/1993. No que diz respeito ao financiamento público, preservou o *financiamento público indireto e direto*.

No campo do *financiamento público indireto*, a forma mais relevante continuou a ser o horário eleitoral gratuito. Nos termos do art. 99 da Lei n. 9.504/1997, as emissoras de rádio e televisão têm direito à compensação fiscal pela cessão do tempo de antena para a veiculação da propaganda eleitoral dos partidos e candidatos. Portanto, a utilização desse espaço, muito embora se trate de uma concessão estatal, representa uma diminuição na arrecadação e um custo de campanha que é assumido pelo Poder Público. A cada eleição a Presidência da República expede um decreto regulamentador da compensação fiscal prevista na Lei.

Por representar um subsídio estatal indireto, o acesso e a distribuição do tempo do horário eleitoral gratuito devem observar parâmetros que assegurem a igualdade de chances e o pluralismo das correntes políticas partícipes do processo eleitoral.

⁴⁵ Lei n. 8.713/1993, Arts. 38, 43 e 45.

⁴⁶ Lei n. 8.713/1993, Art. 39.

⁴⁷ Lei n. 8.713/1993, Art. 56.

No que se refere ao *critério de acesso*, a Lei n. 9.504/1997 exclui do direito à transmissão de propaganda eleitoral no rádio e na televisão os partidos que, mesmo tendo apresentado candidato, não possuam representação na Câmara dos Deputados⁴⁸. Entretanto, o *critério de acesso*, baseado exclusivamente na representação parlamentar, apresenta-se discriminatório em relação aos pequenos partidos que não cumpram esses requisitos, bem como em relação a partidos novos. A Lei n. 9.504/1997 padece, nesse ponto, de nítida subabrangência desigualitária, além de criar uma barreira desarrazoada ao pluripartidarismo e ao pluralismo político assegurados pela Constituição Federal⁴⁹. O obstáculo somente é contornado pelo subterfúgio da coligação partidária ou pelos partidos novos criados a partir da desfiliação de parlamentares de agremiações mais antigas (TSE, Resolução n. 22.610, art. 1º, § 1º, II).

Compreende-se que não há justificativa plausível para estabelecer o critério de *discrímen* com base na ausência de representação parlamentar, sem que se preserve um parâmetro aceitável de tratamento igualitário.

Em vista de outra norma, a questão do acesso ao horário eleitoral gratuito foi objeto de decisão do STF no julgamento das ADIs n. 1.351 e 1.354. O que foi ali decidido não deixa de fornecer elementos para a análise da constitucionalidade das restrições do acesso ao financiamento público, bem como dos critérios para a distribuição dos recursos públicos para as campanhas eleitorais.

Num primeiro momento, ao apreciar pedido de liminar da ADI n. 1.354, a Excelsa Corte julgou não reconhecer a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei n. 9.096/1995, que trata do funcionamento parlamentar nas Casas Legislativas. Na ocasião, o Partido Social Cristão, secundado por mais oito pequenos partidos que propuseram a ADIN n. 1.351-3,

⁴⁸ Lei n. 9.504/1997, art. 47, § 2º.

⁴⁹ Ao examinar a Lei n. 7.508/1986 que, tratando da propaganda eleitoral no rádio e na televisão para as eleições daquele ano, fixava igual critério de acesso ao horário eleitoral gratuito, o então Procurador da República Gilmar Ferreira Mendes elaborou aprofundado estudo em que sustentou a inconstitucionalidade do dispositivo, por violação ao princípio da isonomia (MENDES, G. F. Propaganda Eleitoral – Horário Gratuito – Distribuição Equitativa. In: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor. 1999). Entretanto, o Tribunal Superior Eleitoral não acatou mandados de segurança em que questionada a restrição legal (MS n. 746/DF e MS n. 766/DF).

questionou a constitucionalidade do requisito legal do apoio popular representado por, no mínimo, 5% dos votos apurados em cada eleição para a Câmara dos Deputados, distribuídos em pelo menos um terço dos estados, com um mínimo de 2% em cada um deles. Sem cumprir esse requisito, mesmo conseguindo eleger representante para a Câmara, o partido não alcançaria o funcionamento parlamentar e, desse modo, não poderia participar da distribuição da quota mais representativa do Fundo Partidário, participando somente da repartição da quota base. Também não teria direito à veiculação semestral de programas partidários de vinte minutos em cadeia nacional e estadual ou às inserções, sendo-lhe assegurada somente a realização de um programa a cada semestre, com duração de dois minutos (Lei n. 9.096, arts. 13, 41, inciso II, 48 e 49).

Quando do julgamento do mérito das ações, o art. 13 da Lei n. 9.096/1995 foi declarado inconstitucional, restringindo os demais dispositivos que a ele faziam remissão ao tratamento da propaganda eleitoral e do fundo partidário. Pode-se depreender dos fundamentos do acórdão que as restrições excessivas ao funcionamento de partidos minoritários confrontam-se com o princípio do pluripartidarismo (CF, art. 17). Do voto vencedor, destaco o seguinte trecho:

Está-se a ver que o art. 13 da Lei n. 9.096/05 veio a mitigar o que garantido aos partidos políticos pela Constituição Federal, asfixiando-os sobremaneira, a ponto de alijá-los do campo político, com isso ferindo de morte, sob o ângulo político-ideológico, certos segmentos, certa parcela de brasileiros. E tudo ocorreu a partir da óptica sempre ilustrada da maioria. Sob o ângulo da razoabilidade, distancia-se do instituto diploma legal que, apesar da liberdade de criação de partidos políticos prevista na Constituição Federal, admite a existência respectiva e, passo seguinte, inviabiliza o crescimento em termos de representação.

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal, foi acrescentado o art. 41-A à Lei n. 9.096/1995, que estabeleceu um percentual maior de financiamento mínimo, elevando-o de 1% para 5%. Também, por força da decisão do STF, perduraram os efeitos da regra de transição prevista no art. 57 da Lei n. 9.096/1995.

Essa decisão estabelece as diretrizes jurídicas para a compreensão do princípio do pluripartidarismo, questão que é fundamental para o

exame da constitucionalidade de uma proposta de financiamento público exclusivo, que será examinada no último tópico deste trabalho.

Questão igualmente delicada diz respeito aos *critérios de distribuição* do tempo entre os partidos com representação parlamentar. Nos termos da Lei n. 9.504/1997, um terço do tempo é reservado à distribuição igualitária, sendo o restante repartido proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados. No caso de coligação, considera-se o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram.

Adotar algum critério de diferenciação na distribuição do tempo de antena para a veiculação de propaganda eleitoral não pode ser considerado contrário à Constituição, não havendo impeditivo para que o partido venha a difundir, por outros meios, seus ideais políticos perante o eleitorado. A propósito, no julgamento da ADI n. 1.408-1, em que foi questionado dispositivo da Lei n. 9.100/1995, que utilizou a representação parlamentar como critério de distribuição do horário eleitoral gratuito, o STF entendeu:

Art. 57 da Lei n. 9.100, de 29 de setembro de 1995. Eleições municipais. Distribuição dos períodos de propaganda eleitoral gratuita, em função do número de representantes de cada partido na Câmara Federal. Alegada ausência de generalidade normativa, além de ofensa ao princípio da isonomia. Improcedência da alegação. Solução legislativa motivada pela profunda desigualdade que se verifica entre os partidos. Cautelar indeferida. (BRASIL, 1996).

A legislação nacional contempla, ainda, um mecanismo de *financiamento público direto*, representado pelos recursos do Fundo Partidário, que são repassados aos partidos políticos e, nos termos da Lei n. 9.096/1995, destinam-se também a custear as despesas com as campanhas eleitorais. Tais recursos não chegam a ser significativos para os padrões das campanhas eleitorais brasileiras. Resulta evidente que na grande maioria dos casos o financiamento estatal pouco representa como subsídio eleitoral.

Pode-se afirmar que o Supremo Tribunal Federal censura modelos de financiamento público direto e indireto que signifiquem forte restrição ao funcionamento dos partidos políticos pela fixação de critérios de

acesso aos subsídios estatais e ao tempo de antena que não lhes assegurem meios para o desenvolvimento de uma campanha eleitoral eficaz.

4 O financiamento público exclusivo para as campanhas eleitorais é constitucional?

Uma das características mais marcantes do ordenamento eleitoral brasileiro é sua instabilidade e constante reforma, muitas das quais marcadas por casuísmos, conveniências e composições políticas de momento. Embora tenha surgido como lei de caráter permanente, em substituição ao regime das “leis do ano”, a Lei n. 9.504/1997 trouxe consigo o germe da reforma do sistema de financiamento das campanhas eleitorais, o que, na ocasião, certamente foi fruto da impossibilidade de consenso acerca de um assunto que envolve o núcleo de interesses políticos e econômicos e constitui o “calcanhar de aquiles” de nossa democracia.

Não foi por acaso, aliás, que dois dentre os pontos fundamentais num sistema de financiamento de eleições foram inseridos nas disposições transitórias da Lei n. 9.504/1997. O primeiro, em dispositivo que remeteu para lei específica a regulamentação das campanhas eleitorais com recursos públicos, antecipando a tônica do debate legislativo que se seguiria; o segundo, tratando das doações originárias das pessoas jurídicas, como a antecipar que, na implementação de uma reforma ainda por vir, um dos pontos fundamentais seria retirar as empresas da vida política brasileira⁵⁰.

Com efeito, as discussões sobre novos modelos de financiamento das eleições têm sido constantemente marcadas por propostas que erigem o financiamento público⁵¹, exclusivo ou preponderante, como fator de maior igualdade entre partidos e candidatos e de moralidade nas campanhas eleitorais e na própria administração pública.

Em 1995, os Senadores Pedro Simon e Edson Lobão subscreveram o Projeto de Lei do Senado n. 270/1995, propondo o financiamento público

⁵⁰ Lei n. 9.504/1997, arts. 79 e 81.

⁵¹ Uma exceção foi a proposta de Reforma da Legislação Eleitoral apresentada pelo TSE, que no tocante aos recursos financeiros das campanhas pouco inovou. Cf. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Reforma da Legislação Eleitoral: proposta do TSE. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 1996. PORTO, Costa (Org.).

das campanhas eleitorais. Ainda naquele ano foi apresentada Proposta de Emenda à Constituição n. 18/1995, prevendo o financiamento público exclusivo. Em tempos ainda mais recentes, vêm surgindo, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, vários projetos de lei que tratam da reforma do sistema de financiamento dos partidos políticos e das campanhas eleitorais, que seguem a mesma linha das propostas de financiamento público. O Projeto de Lei n. 353, que previa o financiamento público exclusivo para as campanhas eleitorais, vedando a utilização de qualquer espécie de recurso privado, chegou a ser aprovado no Senado, mas não teve maiores repercussões.

Atualmente, está em debate o Projeto de Lei do Senado n. 268, de 2011, de iniciativa dos Senadores José Sarney e Francisco Dornelles, que dispõe sobre o financiamento público exclusivo das campanhas eleitorais. Assim estabelece o projeto:

Art. 1º Esta Lei estabelece o financiamento público exclusivo das campanhas eleitorais.

Art. 2º O art. 38 da Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 38 [...]

[...]

§ 3º Nos anos em que se realizarem eleições, serão ainda consignadas ao Tribunal Superior Eleitoral dotações orçamentárias correspondentes ao número de eleitores inscritos em 31 de dezembro do ano anterior, multiplicado por R\$ 7,00 (sete reais), em valor de janeiro de 2011.

§ 4º Os recursos orçamentários calculados na forma do § 3º deste artigo serão aplicados exclusivamente pelos partidos políticos e respectivos candidatos nas campanhas eleitorais.

Art. 3º Os recursos referidos no art. 2º serão distribuídos nos termos do art. 41-A da Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995.

Entendo que o modelo de financiamento público exclusivo conflita em diversos pontos com a Constituição Federal. Num primeiro aspecto, ao não prever a possibilidade de complementação, com recursos privados,

da diferença verificada entre os recursos públicos recebidos pelos partidos maiores e os recursos públicos destinados aos partidos novos ou minoritários – a exemplo do que ocorre no modelo norte-americano –, o Projeto de Lei n. 268 fere o princípio da isonomia, pois consolida, pela via legislativa, posições gravemente desequilibradas entre os candidatos das diversas agremiações partidárias. Segundo o modelo proposto, tomando-se como exemplo as eleições municipais para prefeito e vereadores, enquanto os partidos políticos já consolidados e hegemônicos, como por exemplo PT, PMDB e PSDB, disporiam da maior parte dos recursos públicos (ainda assim repartidos de modo necessariamente desigual e vantajoso para o partido com maior votação), partidos menores teriam que desenvolver, no mesmo tipo de eleição e em todo o território nacional, campanha eleitoral com montantes irrisórios.

No exemplo citado, o resultado anti-isonômico deve ser considerado não em vista da posição naturalmente desigual entre os partidos políticos já consagrados pelos eleitores e os partidos minoritários – o que justifica a distribuição desigual de recursos públicos, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal –, mas em consideração ao efeito legal de impedir que o menor partido possa alcançar, por mérito e aceitação social, receitas que venham a contribuir para o melhor desempenho de sua campanha eleitoral. Nessa perspectiva, fica evidente que o modelo de financiamento público exclusivo tem por consequência congelar o sistema partidário e condenar à gradativa extinção os partidos novos ou de menor expressão.

Num sistema pluripartidário, o financiamento público exclusivo das campanhas eleitorais é o mecanismo mais eficiente, veladamente violento e antidemocrático pelo qual uma maioria pode sufocar a existência das minorias⁵².

52 Ao estabelecer a vinculação entre o princípio da isonomia e a convivência democrática entre maioria e minoria, Gilmar Ferreira Mendes observou: “A adoção do princípio da igualdade de chances constitui condição indispensável ao exercício legal do poder, uma vez que a maioria somente há de renunciar ao direito de resistência, se ficar assegurada a possibilidade de vir a se tornar maioria” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Propaganda Eleitoral – Horário Gratuito – Distribuição Equitativa. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor. 1999, p. 107).

Por mais pertinentes que sejam as críticas feitas ao caráter fragmentário do sistema partidário brasileiro, não se deve olvidar que a Constituição Federal consagra o pluralismo político como valor fundamental da República, resguardando-o expressamente.

Por outro lado, o financiamento público, mesmo apenas preponderante, gera uma profunda dependência dos partidos políticos diante do Estado, o que contraria o caráter livre e aberto que devem ostentar. Resulta do modelo o afastamento artificialmente induzido entre a sociedade e as organizações partidárias, cuja importância não seria medida pelo nível de maior adesão e participação dos cidadãos na manutenção de sua estrutura. Com isso, o princípio democrático resta malferido.

Em síntese, o sistema de financiamento público exclusivo previsto no projeto congela o sistema partidário e induz à extinção legalmente forçada dos partidos minoritários, o que vai de encontro ao pluripartidarismo assegurado na Constituição Federal, afasta os partidos políticos da sociedade e impede o financiamento democrático e participativo do cidadão.

Entendemos que, nos termos da Constituição Federal, somente o financiamento misto é compatível com o modelo pluripartidário e os princípios da democracia e igualdade de chances que devem reger as campanhas eleitorais. Um modelo de financiamento misto deve prever, necessariamente, a contribuição financeira das pessoas físicas como forma de participação dos cidadãos na vida política e partidária, bem como de aproximação entre os partidos e a sociedade.

5 Conclusão

É importante que o financiamento das campanhas eleitorais seja regulamentado com base nos valores consagrados na Constituição, de modo a garantir o livre exercício da soberania popular, o pluralismo político, a transparência dos gastos realizados por partidos e candidatos e o equilíbrio entre liberdade e igualdade na disputa por mandatos eletivos (CF, art. 1º, inciso I e V, e parágrafo único; art. 5º, caput e incisos I e IV; arts. 14 e 17).

Parece evidente que o financiamento das campanhas eleitorais constitui um elemento nuclear do processo de acesso aos postos de poder pela via democrática das eleições. Não por outro motivo, ao parafrasear dito atribuído a Montecuccoli, a respeito dos elementos necessários para enfrentar uma guerra, Karl Loewenstein (1983, p. 343) identificou os três requisitos básicos para o desenvolvimento de uma campanha eleitoral: dinheiro, dinheiro e outra vez dinheiro. A frase lembra a todos que, tal como a guerra, a campanha eleitoral é indissociável de suas bases reais de existência. Trata-se de uma disputa que, não raro, pelo grau dos interesses em jogo, solapa os sistemas de regulação e manifesta-se na forma mais crua da força e do exercício do poder em todas as suas vertentes, quando não pela fraude e o crime, dos quais por vezes não se salvam sequer as instituições constitucionalmente encarregadas de preservar a regularidade dos pleitos eleitorais.

Essa constatação, de manifesto realismo, alerta para o fato de que, ao lado dos valores e princípios jurídicos que apontam para a busca de uma concepção ideal de campanha eleitoral, os dados reais da disputa política não podem ser ignorados enquanto fatores que limitam e condicionam os efeitos positivos dos sistemas de financiamento das eleições. A igualdade de chances entre os partidos e candidatos, que se pode almejar com um modelo equilibrado de campanha eleitoral, aliada a um sistema de financiamento público, como tem sido preconizado atualmente, poderá ter seu alcance minimizado por fatores externos que transcendem os mecanismos normais de uma campanha (compra de votos, parcialidade da mídia, domínio de setores públicos de prestação de serviços e assistência, financiamento ilícito e oculto, abuso do poder político ou econômico, etc).

Do mesmo modo que “a democracia resulta da interação entre seus ideais e sua realidade e é modelada por elas”, ou seja, “pelo impulso de um *dever-ser* e pela resistência de um *é*” (SARTORI, 1994, p. 24, grifo nosso), os modelos de financiamento das eleições não podem fugir à dialética fato *versus* valor, realidade política *versus* ideal jurídico. Admitir a existência desse conflito insuperável não significa sucumbir frente às concepções que destacam os “costumes políticos” ou os “fatores reais de poder” como determinantes da conformação das campanhas eleitorais, diante da qual

os instrumentos de regulação teriam eficácia reduzida. Por outro lado, modelos puramente ideais, por vezes utópicos, estão geralmente fadados ao fracasso⁵³.

É nessa perspectiva que entendemos necessário um pouco de realismo associado a outro tanto de idealismo para a construção de um espaço-tempo regulamentado para as campanhas eleitorais e para os recursos financeiros que nelas poderão ser empregados, em que sejam assegurados a participação popular, a igualdade de chances e o pluripartidarismo. Fazer com que os atores da disputa (partidos e candidatos) ingressem nesse espaço-tempo e abandonem praticas que significam a perversão das eleições e do regime democrático é a meta a ser atingida por qualquer sistema de regulamentação das eleições.

Em qualquer democracia, o financiamento público exclusivo das campanhas eleitorais em nada contribui para a moralização das eleições, além de ser antitético aos princípios do pluripartidarismo e da isonomia e aos valores democráticos.

Referências

BARRETO, L. *Direito eleitoral: comentários à Lei n.º 8.713/93*. Bauru: Edipro, 1994.

_____. *Escrúpulo e poder: o abuso de poder nas eleições brasileiras*. Bauru: Edipro, 1995.

BON, P. Aspects Récents du Contrôle des Campagnes électorales en France. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, Paris: PUF, n. 13.

53 Veja-se, a propósito, a lição de Konrad Hesse: “O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco (...) Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase que inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo. Faz-se mister encontrar, portanto, um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento de realidade, do outro”. (HESSE, K. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 13-14).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Adin n. 1408-1*. Relator Min. Ilmar Galvão. 15 fev. 1996.

CITADINI, A. R. *Lei orgânica do partidos políticos: comentários, notas e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1998.

CONDE, E. A. Algunas propuestas sobre la financiación de los partidos políticos. Cuadernos y Debates (La financiación de los partidos políticos), n. 47. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

DEL CASTILLO, V. P. La financiación de los partidos políticos: propuestas para una reforma. *Aspectos jurídicos del financiamiento de los partidos políticos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1993.

_____. La Financiación de partidos y candidatos en las democracias occidentales. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1985.

DOUBLET, I. *Le Financement de la vie politique*. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.

FERREIRA, P. *Comentários à lei orgânica dos partidos políticos*. São Paulo: Saraiva, 1992.

GOODWIN-GILL, G. S. *Élections libres et régulières: droit international e pratique*. Genebra: Union Interparlamentaire, 1994, p. 76.

LACORNE, D. “Point de liberté de parole dans liberté de dépenser – le financement des élections fédérales américaines e le déclin des partis”. *Pouvoirs – Revue Française d’Études Constitutionnelles et Politiques (Les États-Unis)*, n. 29, 1984. Paris: PUF, 1984.

LOEWENSTEIN, K. *Teoria de la Constitucion*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1983.

MASCLET, J. *Droit électoral*. Paris: PUF, 1989.

MENDES, A. C. *Introdução à teoria geral das inelegibilidades*. São Paulo: Malheiros, 1994.

MONTOLÍO, E. P. *La financiación de las elecciones*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1998.

RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988

ROLLÓN, M. L. R. La financiación de los partidos políticos en América Latina: estado atual e propuestas de reforma. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), Madrid, n. 102.

SARTORI, G. A teoria da democrática revisitada. São Paulo: Ática S. A., 1994.

TABOSA, R. C. O financiamento das actividades das campanhas eleitorais. *Estudos vários de Direito Eleitoral*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Lisboa, 1996.

TELLES, M. G. O regime jurídico das campanhas eleitorais no Direito Comparado. In: AMARAL, D. F. De; CAETANO, M. Estudos de Direito Público em honra do professor Marcello Caetano. Lisboa: Edições Ática, 1973.

Propaganda eleitoral. Espécies. Propaganda antecipada. Propaganda na Internet

SIDNEY PESSOA MADRUGA

Sumário: 1 Introdução. 2 Conceito, características e diferenciações. 2.1 Espécies de propaganda eleitoral. Propaganda antecipada. 3 Propaganda antecipada subliminar. *Marketing*. Quebra do princípio isonômico. 3.1 *Marketing* eleitoral na propaganda antecipada. Candidatos midiáticos. Esforço interpretativo. 3.2 Propaganda antecipada em *outdoor*. Efeito visual de *outdoor*. 3.3 Promoção pessoal. 3.4 Rito processual. 3.5 Ministério Público: legitimidade. 4 Questões controvertidas: casos emblemáticos. 4.1 Limite temporal da propaganda antecipada: inexistência de *dies a quo*. 4.2 Retirada da propaganda em *outdoor*. Desistência da Ação. Improbidade. Sanções. 4.3 Retirada da propaganda irregular em bens de domínio público ou de uso comum (restauração do bem). Sanção. 4.4 Pré-candidatos: legitimidade passiva. 4.5 Pré-candidatura de comunicadores: radialistas e apresentadores de TV. 4.6 Propaganda antecipada travestida em propaganda partidária: dupla representação. 4.7 Fixação de placa no comitê eleitoral em dimensão superior a 4m². 5 Propaganda na Internet. Propaganda antecipada em meios virtuais. 5.1 Vedação à propaganda eleitoral paga na Internet. 5.2 Vedação à pessoa jurídica, aos órgãos oficiais e da Administração Pública: mecanismos de controle. 5.3 Vedação ao anonimato. 5.4 Mensagens eletrônicas em campanha eleitoral. 5.5 Ausência de limite temporal para veiculação de propaganda eleitoral na Internet. 6 Considerações finais.

1 Introdução

Propagandear, verbo de concepção mais recente e por isso não encontrado em todos os dicionários, significa o que o próprio termo indica: fazer propaganda, divulgar ideias, anunciar ao público.

A propaganda é subespécie da publicidade (de conceito mais amplo) e consiste na arte técnica de divulgação de determinada mensagem,

utilizando-se para tanto de espaços públicos e privados, gratuitos ou pagos, podendo assumir caráter abusivo, enganoso, dissimulado, ao extrapolar limites éticos e legais.

Entre os vários tipos de propaganda, interessa-nos levar à discussão a propaganda política, destacando-se a propaganda eleitoral e suas espécies, entre elas a propaganda antecipada e a propaganda na Internet.

A utilização irregular da propaganda eleitoral atenta, sobretudo, contra o princípio constitucional da igualdade, na medida em que a sua indevida divulgação, especialmente fora da época permitida, acarreta franca desvantagem aos demais concorrentes, além de proporcionar grande estorvo ao próprio eleitorado (público alvo do detentor de cargo eletivo e daquele que almeja esse patamar), a quem, portanto, devem ser transmitidas mensagens publicitárias de cunho político em tempo e modos próprios.

Por outro lado, a definição do que venha a se caracterizar propaganda eleitoral extemporânea e irregular, passível de enquadramento legal e de imposição da correspondente sanção, é tema que aflige os operadores de direito e controverte sua interpretação pelos tribunais.

Dessa forma, buscar-se-á levar ao eleitor, sem pretender esgotar o assunto – que, *per se*, poderia render um grande compêndio, haja vista as várias discussões doutrinárias e jurisprudenciais que surgem a cada eleição e novel legislação –, debates jurídicos relativos a casos concretos enfrentados pelos tribunais e que integram a realidade eleitoral das centenas de municípios e das capitais do país.

2 Conceito, características e diferenciações

A propaganda eleitoral é aquela divulgada em época de eleições, que objetiva dar conhecimento ao público de determinada candidatura a cargo eletivo e, por conseguinte, captar o voto do eleitor.

Assim, para sua caracterização, é suficiente que o conteúdo veiculado, ainda que de forma dissimulada, induza o eleitor a concluir que o aspirante a um cargo eletivo “é o mais apto ao exercício da função

pública”¹. Possui um único, simples e direto objetivo: convencer o eleitor a votar em determinado candidato.

Diferentemente, a propaganda partidária se destina a difundir, por rádio e televisão, os programas, as metas, a historicidade, a ideologia, os valores apregoados pelo partido político, com a transmissão de mensagens que demonstrem as atividades congressuais, o posicionamento da agremiação em relação a certos temas relevantes e, a partir da Lei n. 12.034/2009, também promover e difundir a participação política das mulheres. No plano normativo, tais premissas encontram-se balizadas no art. 45, e §§, da Lei n. 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos), que estabelece o conteúdo a ser divulgado na programação partidária gratuita e impõe determinadas restrições a serem observadas. Assim como a propaganda eleitoral, essas vedações, impostas pelo legislador, têm o escopo principal de assegurar a *igualdade de oportunidades* entre as agremiações partidárias numa futura disputa eleitoral.

A propaganda eleitoral também difere da propaganda política intrapartidária, aquela realizada pelos filiados na quinzena que precede as convenções partidárias, os quais intencionam ser escolhidos candidatos pela agremiação, vedado o uso de rádio, televisão e *outdoor*, consoante art. 36, § 1º, da Lei n. 9.504/1997 (Lei das Eleições).

Ela igualmente não se confunde com a propaganda institucional, que tem o escopo de divulgar, em caráter informativo e educativo, os atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais ou das respectivas entidades da administração indireta, cuja divulgação é proibida nos três meses anteriores ao pleito, ressalvados os casos graves e urgentes de necessidade pública admitidos pela Justiça Eleitoral (art. 73, VI, b, Lei n. 9.504/1997).

1 Nesse sentido, confira-se definições de propaganda eleitoral firmada pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em parte específica do *site* daquela Corte, que destaca: “[...] Entende-se como ato de propaganda eleitoral aquele que leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que apenas postulada, a ação política que se pretende desenvolver ou razões que induzam a concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício da função pública [...]”. (Precedentes: Ac 16.183, de 17 de fev. 2000; AC 15.732, de 15 de abr. 1990; Ac 164256, de 28 de nov. 2000). Disponível em: <<http://temasselecionados.tse.gov.br/temas/propaganda-eleitoral/definicao-de-propaganda-eleitoral>>. Acesso em: 25 nov. 2011

2.1 Espécies de propaganda eleitoral. Propaganda antecipada

A propaganda eleitoral envolve uma *diretiva básica* e inafastável: só pode ser realizada em ano de eleição, quando iniciada a campanha eleitoral propriamente dita, segundo estipulado na lei. *In casu*, “somente é permitida após o dia 5 de julho do ano da eleição” (art. 36, *caput*, Lei n. 9.504/1997), isto é, a partir do dia 6 de julho. Então, qualquer publicidade divulgada em período anterior, com fins eleitorais, deve ser considerada ilícita, conforme se exporá, em tópico próprio e com mais detalhes, linhas adiante.

Considerando-se, então, a diretiva básica mencionada, pode-se dividir a propaganda eleitoral em duas modalidades:

- 1) *propaganda eleitoral regular*;
- 2) *propaganda eleitoral irregular*.

A propaganda eleitoral regular é aquela realizada a partir da zero hora do dia 6 de julho do ano das eleições e vem disciplinada, basicamente, no art. 37 e ss. da Lei n. 9.504/1997 (cf. ainda o art. 36, §§ 4º e 5º).

A propaganda eleitoral irregular, a seu turno, subdivide-se em duas: a propaganda irregular *lato sensu* e a *propaganda irregular antecipada (stricto sensu)*, esta última objeto principal do estudo ora apresentado.

A propaganda eleitoral irregular *lato sensu* origina-se a partir do mero descumprimento das normas substantivas estabelecidas para a propaganda regular, como, por exemplo, a veiculação (sempre a partir do dia 6 de julho do ano eleitoral, não se olvide) de propaganda de qualquer natureza, inclusive pichação, inscrição a tinta, fixação de placas, standartes, faixas e assemelhados em bens de domínio público e uso comum (art. 37, *caput*, Lei n. 9504/1997), prática que lamentavelmente se renova nas campanhas eleitorais.

A propaganda eleitoral antecipada (irregular *stricto sensu*), também denominada propaganda extemporânea ou fora de época, possui três únicas previsões na Lei das Eleições e dizem respeito:

- a) ao seu marco temporal (art. 36, *caput*);

b) à sanção por seu descumprimento (art. 36, § 3º), que sujeita o responsável pela divulgação da propaganda e, quando comprovado o seu prévio conhecimento, o beneficiário à multa no valor de R\$ 5.000,00 a R\$ 25.000,00 ou ao equivalente ao custo da propaganda, se este for maior²;

c) às suas exceções (art. 36-A, *caput*, e incisos I a IV).

Além disso, a propaganda fora de época pode ocorrer na forma *direta* ou *indireta* (subliminar).

A propaganda antecipada direta é aquela em que se constata fácil e abertamente um pedido explícito de voto, apoio ou indicação de em quem votar, além do nome e/ou fotografia do pré-candidato ou candidato; o cargo eletivo almejado; o nome ou símbolo do partido. Por exemplo, um cavalete ou faixa veiculados em praça pública, com os dizeres “Vote certo. Vote em X para Deputado Federal” (que poderá, inclusive, estar acompanhado da foto do político e/ou do nome e símbolos partidários).

Ocorre que esse tipo de propaganda direta está em desuso, seja porque de fácil identificação e inexorável sanção pela Justiça Eleitoral, seja em virtude dos mecanismos subliminares de *marketing* utilizados hodiernamente, que se mostram muito mais eficazes em matéria de persuasão do eleitorado e de quase invisibilidade e, por isso, de difícil constatação à primeira vista e conseqüente sanção, como será visto mais adiante.

Desta feita, a propaganda antecipada subliminar merece um estudo mais aprofundado, que a seguir passa-se a delinear.

2 Essa parte final do dispositivo (“ou ao equivalente ao custo da propaganda, se este for maior”) na prática não é aplicada, embora se revele medida punitiva mais eficaz. A falta de sua aplicabilidade decorre, mormente, da força da celeridade afeta ao rito processual das representações que envolvem a propaganda irregular, não havendo tempo hábil, em princípio, para que a parte autora possa diligenciar e auferir, ou requerer ao juiz que assim proceda, o custo despendido pelo responsável/beneficiário – *v.g.*, os gastos relativos à veiculação de vários *outdoors*, com o mesmo conteúdo publicitário, certamente é superior à pena mínima prevista, *i.e.*, R\$5.000,00 –, sobretudo quando se persegue a retirada imediata da publicidade e a condenação o quanto antes do infrator (procedência da representação).

3 Propaganda antecipada subliminar. *Marketing*. Quebra do princípio isonômico

Em época de eleições, sobretudo no primeiro semestre do ano eleitoral e no ano anterior que o precede, vêm-se nas capitais e municípios brasileiros inúmeros *outdoors*, *busdoors*, adesivos, cartazes, murais, placas, cavaletes, etc., com inscrições nominais e imagens de pré-candidatos e candidatos a cargos eletivos, que trazem algum tipo de apelo pessoal, sempre com fins políticos, grande parte das vezes de forma *subliminar*, subentendida, quase oculta, dirigido ao eleitor.

Explica-se. Para estimular psicologicamente o eleitor, a propaganda não necessita ser explícita quanto ao pedido direto de votos, já que os anúncios mais eficazes são aqueles que trazem uma mensagem implícita, preordenada, *subliminar*, destinada a agasalhar-se no subconsciente de todos os eleitores em geral.

A pretextos variados (por exemplo, comemorar o aniversário da cidade; louvar o santo padroeiro; lançar felicitações natalinas de final de ano ou de festas tradicionais; defender os direitos das mulheres, idosos e crianças; dizer não à violência; defender a educação e a saúde; expressar a sensação do dever cumprido; ou ainda coisas do tipo “bota fé na gente”, “estamos com vocês”, “tô com fulano”, “agora é hora”), em verdade, divulga-se, de forma deliberada, ostensiva e prematura, o nome e a imagem de determinada pessoa ou nome e símbolo partidário com indistigável, ainda que dissimulado, enfoque eleitoral, o que representa verdadeira burla à lei eleitoral.

Dessarte, o mecanismo psicológico da propaganda antecipada subliminar apresenta-se mais insidioso que o das mensagens explícitas, ao atuar no inconsciente das pessoas de forma aleivosa, sem que elas próprias percebam, quase invisível por assim dizer e de difícil percepção num primeiro momento³.

3 Nesse sentido enxerto de jurisprudência firmada no TSE e utilizada em inúmeras de suas decisões colegiadas e monocráticas, o qual bem retrata o esforço hermenêutico que se deve desenvolver quando da análise de um caso concreto que envolva a propaganda dita antecipada: “[...]. Representação. Propaganda extemporânea. Art. 36, § 3º, da Lei n. 9.504/1997. Veiculação. *Outdoor*. Mensagem. Ano-novo. Fotografia. Endereço eletrônico. Internet. Logomarca. Partido político. Vereador. Ano eleitoral.

Essa circunstância subliminar, que independe de pedido expresso de votos ou de demonstração de eventual capacidade política do interessado, é fartamente reconhecida pelo Tribunal Superior Eleitoral:

a propaganda eleitoral antecipada pode ficar configurada não apenas em face de eventual pedido de votos ou de exposição de plataforma ou aptidão política, mas também ser inferida por meio de circunstâncias subliminares, aferíveis em cada caso concreto [...]. (BRASIL, 2010a).

3.1 *Marketing* eleitoral na propaganda antecipada. Candidatos *midiáticos*. Esforço interpretativo

Importa mais uma vez advertir a respeito da necessidade de a Justiça Eleitoral ampliar continuamente seus horizontes acerca da crescente especialização que, atualmente, marca a produção publicitária no cenário político-eleitoral *lato sensu* no País.

Com efeito, os itens de conexão entre as diversas espécies de propaganda (institucional, partidária, eleitoral, pessoal, etc.), bem como a formação de corpos técnicos cada vez mais hábeis na arte publicitária, notadamente no âmbito eleitoral, terminam por estabelecer uma linha bastante tênue entre a propaganda autorizada e a propaganda eleitoral irregular ou extemporânea.

Nesse cenário, sobreleva a proliferação de mensagens que, em período proscrito, malgrado cada vez menos desprovidas de elementos que possibilitem a caracterização de sua ilicitude, logram alcançar o inconsciente do eleitor, antecipando estado mental favorável ao candidato beneficiado, em flagrante banalização do processo democrático!

Essa prática, a toda evidência, provoca desmedido prejuízo ao equilíbrio do pleito e é reprovável sob todos os aspectos, ainda mais quando perpetrada por pretense candidato (ou pré-candidato) com

[...]. Quanto à ausência de pedido expresso de votos e menção à eleição na propaganda, esta Corte entende que, '[...] a fim de verificar a existência de propaganda subliminar, com propósito eleitoral, não deve ser observado tão-somente o texto dessa propaganda, mas também outras circunstâncias, tais como imagens, fotografias, meios, número e alcance da divulgação' (REspe n. 19.905/GO, DJ de 22 ago. 2003, rel. Min. Fernando Neves). [...]". Disponível em: <<http://temasselecionados.tse.gov.br/temas/propaganda-eleitoral/propaganda-subliminar>>. Acesso em: 26 nov. 2011.

forte penetração popular, alcançada por meio da utilização de meios de comunicação que, de mais a mais, possuem aptidão para servir dissimuladamente às práticas ilícitas.

A seu turno, a legislação eleitoral exsurge inapta para coibir diversas dessas condutas, porquanto não acompanha o passo da “criatividade eleitoreira” e termina por deixar de oferecer dispositivos legais que permitam a subsunção dos fatos e a consequente extração de normas idôneas a ensejar a aplicação das pertinentes sanções.

Essas são circunstâncias que agregam significativa complexidade ao exame dos casos submetidos à apreciação da Justiça Eleitoral, tornando cada vez mais árdua a tarefa de apartar a propaganda lícita daquela proscriita, de modo a conciliar a garantia da liberdade de manifestação, a proteção da vontade soberana do eleitor e a paridade de armas no campo da disputa eleitoral.

Deve-se destacar, outrossim, que a perseguida paridade de armas que a legislação eleitoral visa garantir constitui objetivo que se revela cada vez menos alcançável; pois, em todos os pleitos, certos candidatos possuidores de domínio sobre meios de comunicação, sejam televisivos, escritos ou radiofônicos, terminam por agitar instrumentos para, de forma ilegítima, abalar o equilíbrio da disputa em seu benefício.

Forçoso, portanto, ao Juiz, ao Promotor, ao Advogado, empreender e desenvolver um esforço exegético, de minuciosa interpretação do verdadeiro conteúdo e sentido reverberado ao público por essas mensagens publicitárias com propósito eleitoral, a fim de se garantir, repise-se por necessário, a paridade de armas no processo eleitoral e resguardar o princípio isonômico entre os candidatos.

3.2 Propaganda antecipada em *outdoor*. Efeito visual de *outdoor*

O tipo mais pernicioso dessa espécie de propaganda eleitoral extemporânea, sem dúvidas, continua a ser a divulgação reiterada e ilegal de *outdoors*, nada obstante a sua expressa proibição legal (art. 39, § 8º), vedada, inclusive, até na forma de propaganda intrapartidária (art. 36, § 1º, Lei n. 9504/1997).

Vale lembrar que toda a regulação e permissão de uso de *outdoors* como forma de propaganda eleitoral, antes disciplinada no art. 42 e §§ da Lei das Eleições, foi definitivamente banida do cenário legislativo nacional, há mais de cinco anos, mediante expressa revogação desse dispositivo, pela Lei n. 11.300/2006.

O poder de persuasão de um *outdoor* contendo simplesmente a fotografia ou o nome de determinada pessoa ou agremiação possui um enorme apelo visual, senão o maior de todos, em matéria publicitária, daí porque explica, em parte, o seu banimento do cenário político-propagandístico – em face do desequilíbrio que finda por causar –, olvidado, porém, por muitos políticos em período pré-eleitoral.

E não se afigura essencial que carregue expressa alusão a que o consumidor/eleitor deva votar no candidato. Basta, tão somente, que passe ao universo de eleitores (ao homem médio) uma determinada mensagem subliminar, a de que *naquela pessoa se pode confiar*, associada muitas vezes, como cediço, à imagem do interessado (ou de pessoa por ele indicada) ou de caracteres (nome, símbolo, cores) do partido político a que está filiado.

Nas palavras do Ministro Carlos Ayres Britto:

ao menos de um ponto de vista semântico, *outdoor* é toda propaganda veiculada ao ar livre, exposta em via pública de intenso fluxo ou de pontos de boa visibilidade humana, *com forte apelo visual e amplo poder de comunicação*. (BRASIL, 2006, grifo do autor)

Apelo visual e amplo poder de comunicação difundido entre os eleitores são justamente o que se vislumbra dos conteúdos dos indigitados painéis publicitários, abrangidos, portanto, pelo conceito de *outdoor* definido pela Corte Superior Eleitoral quando da Consulta n. 1274/DF – adiante melhor explicitada.

De igual forma, o denominado *efeito visual de outdoor* (placas, cartazes, inscrições, adesivos) que, embora isoladamente, esteja dentro do limite legal de 4m² (art. 37, § 2º, Lei n. 9.504/1997)⁴, quando colocado

4 Note-se que, mesmo antes da edição da Lei n.12.034/2009, a jurisprudência firmada pelo TSE, consolidada sobretudo a partir da Consulta 1274/DF e reproduzida em

lado a lado, ou intercalado, ultrapasse o limite legal de forma a causar o mesmo impacto visual que um *outdoor*, também constitui prática nociva e tem o mesmo desiderato de fraudar a legislação, motivo pelo qual tem merecido igual reprimenda da justiça eleitoral⁵.

A seguir, alguns exemplos recorrentes da utilização indevida desses artefatos de *efeito outdoor* (verdadeiros *outdoors* ambulantes) que excedem o limite de 4m², em que constam a foto, nome e número do pré-candidato ou candidato, encontrados nas cidades brasileiras, sob a égide de propaganda dissimulada:

- ◆ grandes adesivos autocolantes afixados nos vidros laterais e traseiros de ônibus, minitrios elétricos ou caminhões-baú;
- ◆ *minioutdoors* ou grandes cavaletes com duas facetas transportados a céu aberto nas caçambas de automóveis;
- ◆ veículos utilitários para transporte coletivo de pessoas, tipo SUVs (*Sport Utility Vehicle*) ou VANs, contendo em seu exterior material plotado⁶.

Ainda nesse aspecto, destaque-se uma *premissa básica pela qual devem guiar-se todos os postulantes a cargo eletivo*: se no período de propaganda eleitoral (iniciado no dia 6 de julho) “é vedada a propaganda eleitoral mediante outdoors”, sujeitando-se o infrator ao pagamento de multa

posteriores Resoluções, estabeleceu o limite de 4m² como tamanho máximo permitido para a veiculação de propaganda eleitoral de qualquer espécie, o que, no entanto, tem sido reiteradamente desrespeitado a cada eleição.

- 5 EMENTA: Representação. Propaganda eleitoral irregular. Placas. *Outdoor*. 1. Configura propaganda eleitoral irregular a veiculação de duas placas expostas em um mesmo local, as quais, em conjunto, ultrapassam o limite de quatro metros quadrados, equiparando-se, portanto, a *outdoor*. 2. Não há como acolher a tese de que deveriam ser consideradas as propagandas isoladamente, porquanto isso seria permitir a burla ao limite regulamentar e o alcance do mesmo impacto visual vedado pela legislação eleitoral. [...]. (TSE. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 10439, Acórdão de 17 nov. 2009, Relator Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. DJe, 1^o fev. 2010, p. 428. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/sadJudSjur/index_jur.html>. Acesso em: 27 nov. 2011).
- 6 Todos esses exemplos de artefatos móveis com *efeito outdoor* elencados, pertencentes ou utilizados por pré-candidatos ou candidatos, foram registrados na cidade de Salvador/BA e integram as inúmeras representações oferecidas nas eleições gerais de 2010 pela Procuradoria Regional Eleitoral na Bahia.

(arts. 36, § 1º, e 39, § 8º, da Lei das Eleições), há maior razão ainda em restar vedada a sua veiculação em período pré-eleitoral, mormente sob a forma de propaganda eleitoral antecipada! Não se precisa dizer mais...

Enfim, por que afirmar que a propaganda extemporânea significa um verdadeiro desrespeito ao eleitor, aos outros concorrentes (abrigados, muitas vezes, na mesma agremiação política) e ao processo eleitoral democrático? Porque ao difundir, em época proibida, o nome de um eventual candidato ou pré-candidato, com o objetivo de “facilitar” a sua receptividade com indevida antecedência, além de importunar o eleitor, que se vê obrigado, fora do período permitido, a suportar material publicitário de toda a ordem espalhado prematuramente por sua cidade, acarreta franca desvantagem aos demais concorrentes, que aguardam o período eleitoral autorizado por lei para iniciar a divulgação de suas propagandas, em verdadeira quebra do princípio da igualdade que deve nortear as eleições em todos os âmbitos.

Em suma, com a propaganda antecipada todos saem perdendo: eleitores, candidatos e democracia!

3.3 Promoção pessoal

O ato de promoção pessoal poderá configurar ou não propaganda antecipada, a depender da conduta político-eleitoral atrelada a sua divulgação.

Nesse sentido, caminha a jurisprudência do TSE, com base principalmente em vários casos concretos julgados nos Tribunais Regionais Eleitorais, o que leva a uma delimitação daquilo que possa ser considerado ato de promoção com fins eleitorais ou não.

É certo que determinados atos praticados por filiados, políticos, ex-políticos, pré-candidatos ou candidatos, ainda que de cunho político, mas sem enfoque eleitoral, não podem ser considerados, isoladamente, como propaganda antecipada, como já ventilado na própria Lei das Eleições (art. 36-A).

Então, inexistindo pedidos de votos ou apoio, menção a possível candidatura, ainda que de forma indireta ou dissimulada, ou desvinculação de tais atos de qualquer perspectiva eleitoral, não podem ser considerados casos de propaganda antecipada: a) entrevistas em programas televisivos

e radiofônicos, Internet, revistas e jornais; b) participação em congressos, seminários, palestras e debates (públicos ou particulares) em que se exponham planos de governos e plataformas políticas; c) a produção periódica de informativos e revistas legislativas, muitas vezes subvencionada pela própria Casa parlamentar de determinado político, em que se divulgue, até via Internet, suas ações, conquistas e preste-se contas à população (BRASIL, 2011a).

Entretanto, essas mesmas hipóteses poderão transmutar-se em propaganda extemporânea, caso externadas por intermédio de conduta, expressa ou dissimulada, que busque conduzir o eleitor a votar em determinado candidato ou em pessoa ou agremiação por ele indicada. Basta, portanto, restar evidenciado o *enfoque eleitoral pretendido*, subjacente à propaganda.

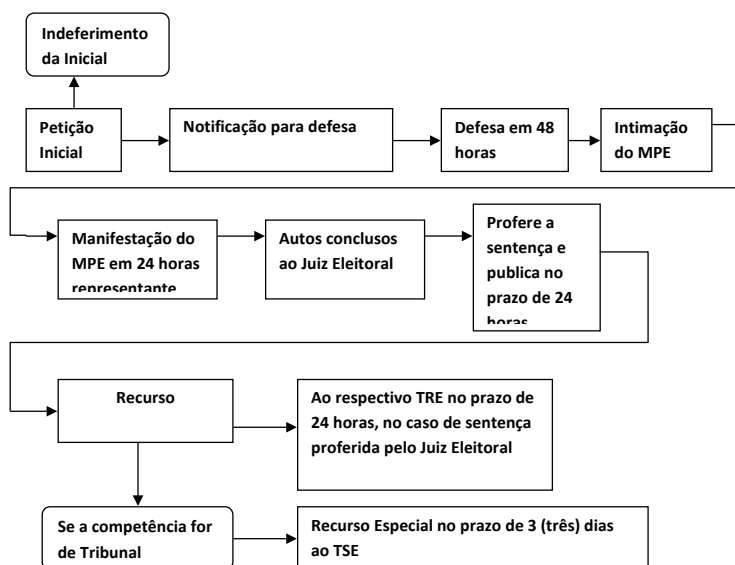
Assim, detectado o *enfoque eleitoral pretendido*, em período que antecede as eleições, restará caracterizada a ocorrência de propaganda antecipada, que, por conseguinte, reclama a aplicação das reprimendas previstas em lei, a exemplo de (BRASIL, 2010b):

- a) pedir votos, apoio ou buscar promover ou divulgar a própria imagem, nome ou candidatura ou os de terceiros; fazer menção a partido político, seja de forma direta, indireta (v.g., conclamação a jovens e mulheres para apoiá-lo em sua caminhada ou chamada semelhante, até via Internet) ou dissimulada (v.g., radialista pré-candidato divulga outdoors em que estampa a sua imagem em detrimento do programa que busca promover);
- b) enaltecer, de algum modo, publicamente, seus atos e feitos com fins eleitorais;
- c) vincular a própria imagem e nome, ou os do partido, à execução de obras, serviços públicos.

3.4 Rito processual

Constatada a existência de propaganda eleitoral irregular, o legitimado poderá ajuizar uma representação em face do descumprimento das normas eleitorais, cujo rito processual, extremamente célere por sinal,

está previsto no art. 96 e §§ da Lei n. 9.504/1997, que também fixa a competência para o seu processo e julgamento: “I - aos Juízes Eleitorais, nas eleições municipais; II - aos Tribunais Regionais Eleitorais, nas eleições federais, estaduais e distritais; III - ao Tribunal Superior Eleitoral, na eleição presidencial”, consoante quadro sinótico a seguir exposto para melhor compreensão:



Obs.: o quadro sinótico acima retrata situação em que o Ministério Público Eleitoral funciona nos autos apenas como fiscal da lei (*custos legis*) – e não como parte legítima (autor) da demanda –, caso em que se pronuncia após manifestação dos interessados.

3.5 Ministério Público: legitimidade

Apesar de o art. 96, *caput*, da Lei n. 9.504/1997 não ter expressamente previsto a legitimidade ativa do Ministério Público Eleitoral, restringindo-a aos partidos políticos, coligações e candidatos,

referida omissão legislativa tem sido suprida pelo Poder Judiciário, seja por intermédio de jurisprudência pacífica firmada nos Tribunais⁷, seja por força das próprias Resoluções editadas pelo TSE⁸.

Por evidente, que a relevância pública dos direitos tutelados nos feitos dessa natureza, cujo escopo é apurar eventuais atos que possam macular a higidez eleitoral, torna essencial a *legitimatío* ativa *ad causam* do Ministério Público – admitindo-se, inclusive, figurar como ente co-legitimado da demanda e assumir o pólo ativo da relação processual em determinadas hipóteses, *v.g.*, de desistência da ação antes de prolatada a sentença⁹ – em que o interesse público seja manifesto, como nos casos de propaganda eleitoral, nos termos do que dispõe a Constituição da República, que incumbiu ao *Parquet* a defesa do regime democrático e dos interesses sociais e indisponíveis do cidadão (art. 127), bem como o zelo pela fiel observância das leis (art. 129)¹⁰.

7 EMENTA: “Recurso. Representação. Propaganda partidária irregular. Propaganda eleitoral antecipada. Infrigência do artigo 36 da Lei n. 9.504/1997. Preliminar de ilegitimidade *ad causam*. Não acolhimento. Prequestionamento numérico de dispositivos da Constituição Federal, da Lei n. 9.504/97, da Lei n. 9.096/95 e do Código Eleitoral. Desprovimento. Preliminar de ilegitimidade. O *Ministério Público Eleitoral é parte legítima para a ação eleitoral embasada no § 3º do art. 36 da Lei n. 9.504/1997 [...]*”. (grifo nosso). (TRE-BA. Acórdão n. 1.920/2010. Recurso. Representação n. 3.574-38.2010.6.05.0000. DJE, 4 nov. 2010).

8 Cf. o artigo 3º da Resolução TSE n. 23.193/2009 que dispõe justamente acerca das “representações, reclamações e pedidos de resposta previstos na Lei n. 9.504/97”, a qual prevê textualmente a legitimação do Ministério Público Eleitoral, *verbis*: “Art. 3º As representações e as reclamações poderão ser feitas por qualquer partido político, coligação, candidato ou pelo Ministério Público [...]”. Ainda nesse aspecto, veja-se também o art. 1º, § 2º da Resolução TSE n. 22.610/2007, que confere legitimidade subsidiária ao Ministério Público Eleitoral, no caso de omissão de agremiação política, para ajuizar ação para decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/pesquisa-a-legislacao-eleitoral>>. Acesso em: 26 nov. 2011.

9 Uma vez julgado o processo, não se afigura cabível a homologação da desistência, consoante já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “EMENTA: AÇÃO - DESISTÊNCIA - OPORTUNIDADE. Uma vez proferida sentença, descabe cogitar da desistência da ação. (RE-AgR 211555. DJ 4 set. 98)”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp>>. Acesso em: 26 nov. 2011.

10 *Mutatis mutandis*, manifestou-se o TSE: “AGRAVOS REGIMENTAIS COM O MESMO OBJETO. RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. ELEIÇÕES 2006. PEDIDO DE DESISTÊNCIA. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PROCURADOR-GERAL ELEITORAL. LEGITIMIDADE ATIVA SUPERVENIENTE. COMPETÊNCIA. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA. NÃO

4 Questões controvertidas: casos emblemáticos

Algumas questões se apresentam tormentosas, considerando que o Direito não é só teoria, mas fundamentalmente prática, ainda mais quando se trata de Direito eleitoral e, sobretudo, de propaganda eleitoral irregular, que, como antes dito, cada vez mais conta com o engajamento direto de especialistas (“marketeiros”) a serviço daquele mau político, cujo objetivo é divulgar o seu nome a qualquer custo, ainda que para tanto venha a burlar a legislação e com isso desigualar a corrida eleitoral.

Em seguida, apresentam-se algumas dessas questões controvertidas enfrentadas com base em casos concretos vivenciados nos Tribunais Regionais e TSE como também no Ministério Público Eleitoral.

4.1 Limite temporal da propaganda antecipada: inexistência de *dies a quo*

Muito se discute a respeito da existência ou não de data limite para que seja caracterizada a ocorrência de propaganda antecipada, tendo em vista que a legislação eleitoral só prevê a data do início da propaganda eleitoral propriamente dita, isto é, a partir do dia 6 de julho do ano das eleições (art. 36, *caput*, Lei n. 9504/1997).

Primeiramente há de se destacar que o próprio TSE já havia se manifestado a respeito do assunto nos idos de 1999, quando da formulação de Consulta pelo Diretório Nacional do Partido Progressista Brasileiro (PPB), nos seguintes termos:

1º A proibição de propaganda eleitoral antecipada começa no dia 1º do ano eleitoral? 2º - Se respondida negativamente essa indagação, começa no dia 30 de setembro de 1999, um ano para a eleição? 3º - Se ambas forem respondidas negativamente, qual o marco inicial da proibição?

PROVIMENTO. 1. Em recurso contra expedição de diploma, a desistência manifestada pelo recorrente não implica extinção do feito sem resolução do mérito, tendo em vista a natureza eminentemente pública da matéria. Precedentes: Respe n. 26.146/TO, Rel. Min. José Delgado, DJ de 22 mar. 2007; AgRgREspe n. 18.825/MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 27 abr. 2001. 2. *Embora não haja previsão expressa para que o Ministério Público assumo o polo ativo da demanda, tal medida é justificada pela relevância do interesse público ínsito na demanda e por analogia, nos art. 9º da Lei 4.717/65 [...] 6. Agravos regimentais não providos. RCED 661. DJ, 10 dez. 2009.* (grifo nosso). Disponível em: <http://www.tse.gov.br/sadJudSjur/index_jur.html>. Acesso em: 27 nov. 2011.

Na época, a Corte Maior Eleitoral deixou claro inexistir *dies a quo* para que fosse considerada deflagrada a propaganda antecipada, isto é, não existe um lapso temporal fixo que defina o seu início, mas sim um marco inicial quanto a sua vedação (até o dia 5 de julho do ano eleitoral):

Consulta. Delegado Nacional. Partido Progressista Brasileiro - PPB. Respondido negativamente, quanto aos primeiro e segundo itens. Quanto ao terceiro, não há marco inicial de proibição. O que a lei estabelece é um marco inicial de sua permissão (art. 36, caput da Lei 9.504/97). (BRASIL, 1999).

A jurisprudência mais atualizada perfilhada pelo TSE tem confirmado essa orientação, inclusive em contraposição a determinadas decisões judiciais que, inexplicavelmente, estabeleceram, por ocasião das eleições gerais de 2010, como marco inicial do processo eleitoral “o dia 1º de outubro do ano anterior as eleições”. (BRASIL, 2011b).

A Ministra Cármem Lúcia Antunes Rocha, do Supremo Tribunal Federal, à época em exercício da Presidência do TSE, bem definiu essa questão ao decidir que:

A norma do art. 36 da Lei 9.504/97 não estabelece período máximo para que uma propaganda eleitoral seja considerada antecipada; na verdade, o dispositivo legal disciplina a partir de quando está permitida a propaganda eleitoral, sendo considerada extemporânea a publicidade veiculada antes do dia 6 de julho. (BRASIL, 2010b).

O que se deve ter em mente é que no Brasil a corrida eleitoral inicia-se no dia seguinte ao término das eleições anteriores, com destaque para o ano pré-eleitoral, em que as candidaturas já são abertamente discutidas pela imprensa. Vários políticos lançam seu nome como pré-candidatos, apresentando-se em programas televisivos e radiofônicos e, como não poderia deixar de ser, passam a divulgar abertamente a sua imagem e nome ao público em momento bem anterior as eleições do ano seguinte, utilizando-se mormente de propagandas em *outdoors* nas capitais e no interior do Brasil, a partir, inclusive, do primeiro semestre¹¹, com nítida e indisfarçável conotação eleitoral.

¹¹ Trava-se de propaganda eleitoral vinculada por meio da Internet, entre os dias 18 de junho e 21 de agosto de 2009, data, portanto, distantes do final do ano de 2009 e do

Essa é a indiscutível realidade propagandística eleitoral brasileira, que pode ser vista e constatada nos quatro cantos do país, o que reclama por parte da justiça eleitoral agilidade e prestação jurisdicional igualmente antecipada.

4.2 Retirada da propaganda em *outdoor*.

Desistência da Ação. Impossibilidade. Sanções

De pronto, cumpre esclarecer uma *questão fulcral*, que costuma confundir, sem razão, Promotores e Juízes eleitorais: a *retirada* da propaganda, extemporânea (período pré-eleitoral) ou irregular (período eleitoral), veiculada em *outdoor* pelo responsável/beneficiário – antes ou após deflagrada a representação, por força ou não de medida liminar concedida pelo juízo zonal ou de decisão do TRE (art. 96, I e II, Lei n. 9.504/1997) –, *não* enseja, à vista da falta de amparo legal para tanto, a desistência da ação, seja pelo autor, seja pelo *Parquet*, ou ainda a extinção do processo, com ou sem o julgamento do mérito, muito menos eventual pedido de arquivamento formulado pelo representante, porquanto *remanesce*, nos termos da lei, a aplicação de pena de multa, a ser requerida, inclusive, em grau de recurso perante o Tribunal respectivo (art. 36, §§ 1º e 3º e art. 39, § 8º, Lei n. 9.504/1997).

Em outras palavras, uma vez veiculado o *outdoor*, não importa a sua retirada ainda que por iniciativa do responsável/beneficiário ou por força de determinação judicial ou de recomendação do Ministério Público Eleitoral. A consequência inexorável, nesses casos, é o prosseguimento do feito ou o ajuizamento da correspondente representação, que, ao final, cumprido o rito processual respectivo (art. 96 e §§, Lei n. 9504/1997) e obedecido o devido processo legal, ensejará, a depender do caso concreto, a imposição de multa, conseqüência do mandamento legal existente.

início do ano corrente, mas que redundou na improcedência do recurso – decisão posteriormente ratificada pelo TSE, confirmando-se a multa aplicada, por força de representação ajuizada pela Procuradoria Regional Eleitoral – sob a seguinte ementa: “Recurso. Representação. Propaganda eleitoral extemporânea. Panfletos retratando obra pública. Mensagem subliminar de cunho eleitoral. Imposição de multa. Manutenção da decisão monocrática. Desprovisionamento.” (TER-BA. Acórdão n. 322/2010. Recurso. Representação n. 41-71.2010.6.05.0000. Relator Juiz Ruy Eduardo Almeida Brito. DJe, 27 abr. 2010).

Nessa mesma perspectiva, não se confundem as sanções previstas pelo legislador, a serem aplicadas no caso de propaganda antecipada veiculada por intermédio de *outdoor* (imediate retirada da propaganda irregular e pagamento de multa de cinco a quinze mil UFIRS – art. 39, § 8º, Lei n. 9.504/1997), com aquelas em bem que dependa de cessão ou permissão do Poder Público (art. 37, *caput*, Lei n. 9.504/1997) ou com a propaganda difundida em bem particular (art. 37, § 2º c/c § 3º, Lei n. 9.504/1997).

Nota importante: no pertinente à alegada inaplicabilidade de multa em face da retirada da propaganda nas 48 horas seguintes à intimação do responsável ou beneficiário, em caso de veiculação de propaganda em bem público ou similares (*v.g., busdoors* - art. 37, *caput*, Lei n. 9.504/1997), tem-se que referido permissivo, constante no parágrafo único do art. 40-B da Lei n. 9.504/1997¹², é aplicável somente à propaganda eleitoral realizada em período permitido, ou seja, após o dia 5 de julho do ano das eleições, hipótese diversa da de propaganda eleitoral antecipada, a qual enseja, isto sim, a aplicação da multa prevista no § 3º do art. 36, c/c 36, *caput*, da Lei n. 9.504/1997.

4.3 Retirada da propaganda irregular em bens de domínio público ou de uso comum (restauração do bem). Sanção

Nos Tribunais não é incomum observar-se a tese da não aplicabilidade da pena de multa, nesses casos, com base nos dizeres do parágrafo único do art. 40-B da Lei n. 9.504/1997¹³. Entretanto, nessas situações (adesivos e *busdoors* em ônibus, são exemplos emblemáticos), ainda que

12 Art. 40-B. A representação relativa à propaganda irregular deve ser instruída com prova da autoria ou do prévio conhecimento do beneficiário, caso este não seja por ela responsável. Parágrafo único. A responsabilidade do candidato estará demonstrada se este, intimado da existência da propaganda irregular, não providenciar, no prazo de quarenta e oito horas, sua retirada ou regularização e, ainda, se as circunstâncias e as peculiaridades do caso específico revelarem a impossibilidade de o beneficiário não ter tido conhecimento da propaganda.

13 Art. 40-B [...]. Parágrafo único. A responsabilidade do candidato estará demonstrada se este, intimado da existência da propaganda irregular, não providenciar, no prazo de quarenta e oito horas, sua retirada ou regularização e, ainda, se as circunstâncias e as peculiaridades do caso específico revelarem a impossibilidade de o beneficiário não ter tido conhecimento da propaganda.

o responsável ou o beneficiário providenciem a retirada do material publicitário veiculado irregularmente em bem de domínio público ou de uso comum, aplica-se a pena de multa, uma vez que se trata não de propaganda eleitoral irregular propriamente dita, isto é, divulgada em período eleitoral (após o dia 5 de julho), mas de propaganda fora de época, cuja sanção está contida no § 3º do art. 36 da Lei n. 9.504/1997¹⁴. Ainda nesse aspecto, vale lembrar que, enquanto a propaganda extemporânea tem seu disciplinamento restrito aos artigos 36, *caput* e § 3º, art. 36-A, *caput* e incisos I a IV, a propaganda divulgada no período eleitoral é prevista no art. 37 e ss. da Lei n. 9.504/1997. Trata-se, portanto, de mera interpretação sistemática¹⁵.

4.4 Pré-candidatos: legitimidade passiva

Não é necessário que o responsável/beneficiário já tenha sido escolhido como candidato ao pleito que se avizinha, para responder pela propaganda fora de época veiculada em seu favor.

Fosse assim, somente após as convenções partidárias (10 a 30 de junho do ano da eleição – art. 8º, Lei n. 9504/1997), é que se poderia

14 Art. 36 [...] § 3º. A violação do disposto neste artigo sujeitará o responsável pela divulgação da propaganda e, quando comprovado o seu prévio conhecimento, o beneficiário à multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), ou ao equivalente ao custo da propaganda, se este for maior.

15 EMENTA: “Recurso. Representação. Propaganda eleitoral extemporânea. *Busdoors*. Deputado estadual. Legitimidade passiva do diretório estadual do partido representado. Art. 241 do Código Eleitoral. Publicidade irregular. Mensagem subliminar de cunho eleitoral. Imposição de multa. Manutenção da decisão monocrática. Desprovemento. Não há que se falar em ilegitimidade passiva do Partido representado, pois, em que pese a propaganda ter sido veiculada em âmbito municipal, o interessado na sua veiculação é o diretório estadual do partido ao qual o candidato está filiado, e não o municipal. Ademais, os partidos respondem solidariamente com os candidatos no tocante à realização da propaganda eleitoral destes, conforme estatui o art. 241 do Código Eleitoral. Nega-se provimento a recurso, mantendo-se a decisão monocrática que condenou os representados ao pagamento de multa, nos termos do art. 36, § 3º da Lei das Eleições, por propaganda antecipada, quando resta evidenciado o enfoque eleitoral nela subjacente.” O mencionado recurso foi originado de representação ajuizada pelo *Parquet* eleitoral por ocasião das eleições gerais de 2010, que culminara numa pena de multa no valor de R\$ 5.000,00, aplicada a Deputado Estadual e a partido político que divulgaram, fora de época, o nome e a imagem do político e o símbolo do partido sob a forma de *busdoor*. (TRE-BA. Representação 13.577-86.2009.6.05.0000. Relator Juiz Auxiliar Ruy Eduardo Almeida Britto. DJE, 25 mar. 2010).

responsabilizar os infratores, o que seria um total contrassenso a legislação de regência, a começar pelo estabelecimento de um *prazo a quo* para o início da propaganda antecipada que, como visto, inexistente.

Basta, portanto, figurar como pré-candidato que deverá abster-se de veicular propaganda fora de época que, como cediço, no conjunto, lança ao eleitorado o seu nome, imagem, referência aos cargos a que pode concorrer, pretensões de atuação política, além do apelo subliminar que visa ao apoio do eleitor.

A esse propósito constata-se várias jurisprudências, firmadas no âmbito dos TREs¹⁶ e do TSE¹⁷, que reconhecem a completa desnecessidade de formalização de candidatura como condição para que seja evidenciada a *legimatio ad causam* passiva nesses casos.

De mais a mais, decidiu recentemente a Ministra Nancy Andrighi que “O notório pré-candidato é parte legítima para figurar no pólo

16 EMENTA: Representação. Propaganda extemporânea. Configuração. Art. 36 e § 3º da Lei n. 9504/1997. Preliminar de ilegitimidade passiva. Rejeita-se esta preliminar, tendo em vista o entendimento pacífico do TSE no sentido da desnecessidade de formalização da candidatura como condição para legitimação passiva em propaganda extemporânea. (TRE-BA. Representação n. 1481. Acórdão n. 421, DJe, 12/6/2006; EMENTA: REPRESENTAÇÃO POR PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA. AFASTAMENTO DA INÉPCIA DA INICIAL. USO DE “OUTDOOR” COM NÍTIDO CARÁTER POLÍTICO PROMOCIONAL. DESCARACTERIZAÇÃO DE ATO DE MERA PROMOÇÃO PESSOAL. 1. Afastada a inépcia da inicial quando a mesma individualiza os fatos reputados como propaganda política antecipada, ensejando o exercício dos direitos de ampla defesa e do contraditório. *Desnecessária a formalização de candidaturas políticas para a caracterização da propaganda política antecipada.* 2. O uso de “outdoor” com nítido caráter político promocional viola o disposto na Resolução n. 23.089/2009, do TSE, de 1º de julho de 2009, caracterizando propaganda política antecipada. 3. Aplicação da multa prevista no art. 36, § 3º, da Lei n. 9.504/1997. 4. Improvimento do Recurso. In: TRE-CE. Rep. N. 137953, DJE de 16 jun. 2010). (grifo nosso)

17 EMENTA: Agravo regimental. Agravo de instrumento. Representação. Art. 36, § 3º, da Lei n. 9.504/1997. Propaganda eleitoral antecipada. Recurso especial. Fatos e provas. Exame. Impossibilidade. Fundamentos não ilididos. 1. *A caracterização da propaganda eleitoral extemporânea independe da escolha dos candidatos em convenção partidária.* 2. Configura-se a propaganda eleitoral antecipada quando o candidato antes do período permitido procurar levar ao conhecimento do eleitor, mesmo de forma dissimulada, programa de governo que pretende desenvolver. (grifo nosso). (TSE. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 7652, DJ de 18 dez. 2006).

passivo de processo em que se discuta a realização de propaganda eleitoral antecipada, consoante entendimento firmado pelo Tribunal Superior Eleitoral”. (BRASIL, 2011c).

Nota importante: Ainda que referida pré-candidatura não venha a desaguar numa formal candidatura ao prélio correspondente, não importa, porquanto é sabido que muitos “pretensos” pré-candidatos, após veicularem propagandas antecipadas de toda a ordem pelas cidades, por intermédio dos *defenestrados outdoors*, e constatarem o seu fraco desempenho nas pesquisas eleitorais (e até pré-eleitorais), ou não lograrem compor com os demais companheiros de partido ou agremiações adversárias um nome (seu nome) de consenso, abdicam por arriscarem-se nas urnas, embora já tenham agido de maneira assaz irregular, em completo ludibriar da lei eleitoral. Caso contrário, estar-se-ia inaugurando uma *anistia eleitoral* àqueles que não se confirmassem candidatos, admitindo-se (!) até, de forma absurda e impensável, como já se cogitou alhures, a devolução dos valores sancionados a título de multa, o que, *per se*, não merece maiores digressões ante a sua irracionalidade.

4.5 Pré-candidatura de comunicadores: radialistas e apresentadores de TV

Atualmente, em especial nos pleitos municipais, observa-se um crescente número de pré-candidatos e candidatos que circulam muito à vontade nos meios televisivos e radiofônicos, verdadeiros líderes, ou assim se intitulam, de audiência. A maioria são radialistas e apresentadores de televisão, cuja propaganda dissimulada e antecipada, muitas vezes, escapa aos Juízes e Promotores eleitorais mais desavisados.

Utilizam-se justamente de sua penetração popular, diária, constante e intensa, para açambarcar, dissimulada e antecipadamente, o voto dos eleitores, levados a confusão por não conseguirem distinguir a imagem do candidato (político) e a do radialista; a imagem da candidata (política) e a da apresentadora. Ao revés, o intuito perseguido por esses comunicadores é projetarem-se na mente do eleitor até a data das eleições, o que é alcançado sem maiores dificuldades, mesmo porque o prazo de desincompatibilização dessas personalidades não está definido explicitamente em lei.

Melhor explicando. Como qualquer direito fundamental, o exercício de aludidas liberdades encontra limitações, especialmente quando em colisão com princípios de mesma estatura; daí, por exemplo, o instituto da *desincompatibilização*, em que se presume que o mero exercício de determinados cargos ou funções já importa em vantagem que atinge referidos princípios.

Esse não é, a propósito, o caso da profissão de radialista, conforme decidido pela Corte Superior Eleitoral nas Ações Cautelares n. 13595, 13173 e 14220, todas de 2006, cujos acórdãos restaram assim ementados:

REGISTRODECANDIDATO-RADIALISTA-DESINCOMPATIBILIZACAO
NAO PREVISTA EM LEI - Descumprimento do parágrafo 3º do art. 64 da
Lei 9.100/95 acarreta sanções para a emissora por propaganda eleitoral
indevida - Recurso Não Conhecido¹⁸.

Nada obstante, forçoso reconhecer que a profissão de radialista/apresentador/entrevistador oferece ao pretense candidato significativo instrumental que pode ser utilizado, por aqueles de pouca ética, de maneira sub-reptícia em favor de sua futura candidatura.

Dispor “em mãos” desse poderoso instrumental, de forma a autopromover-se e divulgar, de maneira sub-reptícia e com enfoque eleitoral, suas pretensões políticas frente ao público diariamente, com hiperdimensionamento de sua pré-candidatura, pode vir a caracterizar a ocorrência de propaganda eleitoral extemporânea ou, até mesmo, prática de abuso do poder econômico e/ou uso indevido dos meios de comunicação social, conforme se verifica da deliberação do TSE, na Consulta n. 1053/2004, *verbis*:

Cidadão. Coluna. Jornal. Imprensa escrita. Continuidade. Período eleitoral. Possibilidade. Vedação. Legislação eleitoral. Inexistência.

1. Cidadão, mesmo detentor de cargo eletivo, que assine coluna em jornal pode mantê-la no período eleitoral, ainda que seja candidato, uma vez que, *diferentemente do tratamento dado às emissoras de rádio e TV*, cujo funcionamento depende de concessão, permissão ou autorização do poder público, admite-se que os jornais e demais veículos da imprensa escrita possam assumir determinada posição em relação aos pleitos eleitorais.

¹⁸ Disponível em: <http://www.tse.gov.br/sadjudSjur/index_jur.html>. Acesso em: 2 dez. 2011.

2. O eventual desvirtuamento dessa conduta poderá caracterizar *abuso do poder econômico ou uso indevido dos meios de comunicação social*, apurados na forma do art. 22 da Lei Complementar n. 64/90, ou mesmo propaganda eleitoral antecipada, em benefício de terceiro, passível da multa prevista no art. 36, § 3º, da Lei n. 9.504/97. (BRASIL, 2004, grifo nosso).

Por outro lado, com as ressalvas antes pontuadas, não há qualquer vedação a que o pretense candidato prossiga na sua atuação como radialista, apresentador de programa ou entrevistador, em meio radiofônico ou televisivo, até que se opere o marco interruptivo, previsto no art. 45, VI, da Lei n. 9.504/1997¹⁹.

Contudo, não se pode olvidar que a estratégia propagandística contemporânea e antecipada a cargo de determinados comunicadores já se encontra em curso: por meio de *outdoors*, projetam a sua imagem; por entrevistas, suas ideias; e, por programas de auditório e de entrevistas, dispõem-se a ouvir os reclames da população, para lançar críticas supostamente jornalísticas, mas com fundo eleitoreiro!

Ora, a estrutura coordenada e preordenada a desequilibrar o pleito é nítida e completa, com a utilização de instrumentos comunicativos, de forma desviada ao nefasto propósito de veicular mensagens que objetivam alcançar o inconsciente do eleitor, convencer-lhe acerca da melhor competência do candidato beneficiado, conquistar-lhe a simpatia e, por fim, captar-lhe antecipadamente o voto.

Nesse sentido, impecável a recentíssima decisão do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, que, por unanimidade, julgou procedente recurso em representação movida pelo Ministério Público Eleitoral em desfavor de notório e declarado pré-candidato (ex-prefeito e radialista) a Prefeito, que se utilizou indevidamente de *outdoor*, para estampar a sua imagem e promover o seu nome, sob o pretexto de divulgar um programa de entrevistas, em nítida propaganda antecipada, oportunidade em que o

19 Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário: [...] VI - divulgar nome de programa que se refira a candidato escolhido em convenção, ainda quando preexistente, inclusive se coincidente com o nome do candidato ou com a variação nominal por ele adotada. Sendo o nome do programa o mesmo que o do candidato, fica proibida a sua divulgação, sob pena de cancelamento do respectivo registro.

ilustre Relator reconheceu a utilização pelo representado “de uma técnica de *marketing* denominada fixação de imagem”²⁰.

4.6 Propaganda antecipada *travestida* em propaganda partidária: dupla representação

No ano eleitoral é comum observar-se a veiculação de propaganda partidária gratuita, em rádio e televisão, em que os postulantes a cargos eletivos findam por desviar-se das finalidades exclusivas previstas em lei, destinadas em síntese a promover a agremiação política (art. 45 e incisos, Lei n. 9.096/1995), e passam a dedicar-se a mera divulgação de atos pessoais e de outros partidos ou falsear a verdade dos fatos (art. 45, § 1º, I a III, Lei n. 9.096/1995).

Esses atos infracionais, em princípio, já são apenados com a cassação do direito de transmissão no semestre seguinte (art. 45, § 2º, I e II, Lei n. 9.096/1995). Porém, quando desvirtuados de sua precípua finalidade e

²⁰ Ainda nas palavras do Relator: “O que se privilegia no *outdoor*, repise-se, é a exposição da imagem do representado, ficando o texto do anúncio em segundo plano, juntamente com o entrevistado, que deveria merecer, no mínimo, igual destaque, mas que, à primeira vista, passa praticamente despercebido. Mas, ao contrário de se tratar de erro na execução da propaganda, o que temos é exatamente o cumprimento de sua finalidade com extrema competência, qual seja o de impingir a imagem do representado, pouco importando o texto que se lhe acompanha ou sobre sua finalidade objetiva. Quem passa de carro, oprimido pelo trânsito de uma metrópole sem transporte de massa como Salvador, ao deitar os olhos sobre o *outdoor*, recurso de propaganda tão apelativo, e de certo modo até mesmo hipnótico, que é vedado pela legislação eleitoral, depara-se com a imagem do representado e com ela, mesmo inconscientemente, prossegue associando-a às eleições municipais vindouras mais adiante. Como se sabe, uma imagem vale mais do que mil palavras. É aqui invertemos para melhor compreensão o adágio popular: o coração sente o que os olhos vêem.”. O acórdão em referência restou assim ementado: “Recurso. Representação. Propaganda eleitoral subliminar extemporânea. Eleição 2012. Veiculação de *outdoor*. Promoção ostensiva da imagem de pré-candidato. Aplicação do art. 36 da Lei n. 9.504/97. Imposição de multa. Reforma da sentença. Provimento. Dá-se provimento a recurso, para reformar a sentença vergastada, quando resta configurada propaganda eleitoral extemporânea veiculada através de *outdoor*, no qual se vislumbra exacerbado destaque à imagem de declarado pré-candidato às próximas eleições municipais, restando evidenciada a finalidade eleitoreira da propaganda, mormente em face do amplo alcance do meio publicitário em questão.”(TRE-BA. Representação n. 1.532/2011. Recurso eleitoral. Relator Juiz Cássio Miranda. DJE, 30 nov. 2011).

utilização partidária, também podem configurar propaganda antecipada, ou melhor, muitas vezes constituem-se em verdadeira propaganda extemporânea disfarçadas sob o manto dissimulado de propaganda partidária, uma vez que é destinada a divulgar o nome e a imagem do pré-candidato ou candidato do partido ou político por ele indicado.

Isso ocorreu abertamente nas eleições 2010, em que vários candidatos a Deputado Federal e Estadual, por exemplo, procuraram enaltecer a sua figura – muitos exaltando as suas qualidades como ex-Ministros de Estado ou gestores de obras e serviços públicos – e/ou os feitos e conquista do ex-Presidente da República ou dos Governadores que buscavam a reeleição, durante a transmissão dos programas partidários gratuitos em rádio e televisão.

Nesses casos justifica-se o ajuizamento de *duas* representações, mas com base numa só propaganda veiculada. Representa-se com base no art. 45, §§ 3º a 5º, da Lei dos Partidos Políticos; como também referida propaganda partidária seja divulgada por rádio ou televisão, dará ensejo a representação por propaganda antecipada (art. 36, *caput*, c/c § 3º, da Lei das Eleições). Na primeira, o partido é sancionado com a perda do direito de transmissão no semestre seguinte, enquanto na segunda o responsável e o partido serão apenados, individualmente, com multa no valor de R\$ 5.000,00 a 25.000,00²¹.

Nota importante: Da mesma forma que na propaganda antecipada, torna-se irrelevante saber, como já decidido pelo TSE, se na propaganda partidária desvirtuada houve ou não candidatos oficialmente escolhidos em convenção²².

21 AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REITERAÇÃO. ARGUMENTO. RECURSO DENEGADO. SÚMULA N. 182/STJ. PROPAGANDA PARTIDÁRIA. DESVIO. ELOGIO. FILIADO. [...] 2. Mensagens divulgadas em prol de pretensos candidatos que extrapolem o limite da discussão de temas de interesse político-comunitário, em total desacordo com a natureza e as diretrizes da propaganda partidária, atraem a incidência da multa prevista no art. 36, § 3º, da Lei n. 9.504/1997.3. Agravo regimental desprovido. (TSE. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 10099. Relator Min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira, DJE, 15 abr. 2010).

22 EMENTA. DIREITO ELEITORAL. PROPAGANDA PARTIDÁRIA. DESVIO DE FINALIDADE. PROMOÇÃO PESSOAL E PROPAGANDA DE CANDIDATOS A CARGOS ELETIVOS. PARCIAL PROCEDÊNCIA. 1. Ocorrido desvirtuamento

4.7 Fixação de placa no comitê eleitoral em dimensão superior a 4m²

A realização de propaganda eleitoral irregular, mediante a afixação de grandes painéis na sede de comitê de campanha eleitoral, na forma de peças publicitárias com dimensões muitíssimo superiores a 4m², é tema igualmente debatido por ocasião das eleições gerais e municipais, mas que configura ofensa direta aos artigos 37, §§ 1º e 2º, e 39, § 8º, da Lei n. 9.504/1997, conforme reiteradamente tem decidido o TSE desde o ano de 2008.

4.7.1 Do entendimento firmado no TSE: breve histórico

Vale relatar um breve histórico a respeito da impossibilidade da fixação de painéis excedentes em 4m², em comitês de campanha, que culminou no atual posicionamento do TSE, que veda, peremptoriamente, essa prática eleitoral ilícita.

A celeuma em apreço teve por base a Resolução n. 22.718/2008 do TSE, que dispunha acerca da propaganda eleitoral e das condutas vedadas aos agentes públicos na campanha eleitoral de 2008, a qual previa em seu art. 12, que reproduz o disposto no art. 244, I, do Código Eleitoral²³, *verbis*:

Art. 12. É assegurado aos partidos políticos o direito de, independentemente de licença da autoridade pública e do pagamento de qualquer contribuição (Código Eleitoral, art. 244, I e II, e Lei n. 9.504/97, art. 39, §§ 3º e 5º):

I – fazer inscrever, na fachada de suas sedes e dependências, o nome que os designe, *pela forma que melhor lhes parecer*; (grifo nosso).

A mesma Resolução n. 22.718/08, porém, assim determinava em seu art. 14:

das finalidades previstas pelo art. 45 da Lei n. 9.096/95 em parte do programa partidário, sujeita-se o Partido infrator à perda do tempo a ele equivalente. 2. É irrelevante, para efeito de caracterização da infração na modalidade vedada pelo inciso II do § 1º do art. 45 da Lei Partidária, o fato de não haver, ainda, candidatos oficialmente escolhidos em convenção. (grifo nosso). (TSE. Representação n 423/CE. Relator Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, DJ, 21 mar. 2003, p. 144).

23 Art. 244. É assegurado aos partidos políticos registrados o direito de, independentemente de licença da autoridade pública e do pagamento de qualquer contribuição:

I - fazer inscrever, na fachada de suas sedes e dependências, o nome que os designe, *pela forma que melhor lhes parecer*.

Art. 14. Em bens particulares, independe de obtenção de licença municipal e de autorização da Justiça Eleitoral a veiculação de propaganda eleitoral por meio da fixação de faixas, placas, cartazes, pinturas ou inscrições, que não excedam a 4m² e que não contrariem a legislação, inclusive a que dispõe sobre posturas municipais (Lei n. 9.504/97, art. 37, § 2º).

Parágrafo único. O descumprimento do disposto no *caput* sujeitará o infrator à penalidade do art. 17.

Nada obstante, firmou-se, à época, entendimento, sufragado por algumas Cortes Regionais Eleitorais, quanto à flexibilização dessas dimensões, no tocante às publicidades estampadas em sede de *comitês* dos candidatos, à míngua de previsão legal específica, nesse aspecto, quanto às eleições de 2006. Passou-se, então, a admitir o uso desses painéis com dimensão superior a 4m², uma vez que, em síntese, funcionariam como uma mera “identificação” do comitê.

Entretanto, e tal circunstância não pode passar despercebida, o TSE, na oportunidade, advertia textualmente em seus julgados que

- ♦ a dimensão de 4m² era o *tamanho máximo* que deveria ser permitido, ou seja, serviria como parâmetro de aferição, de forma a atender o comando legal e, principalmente, afastar a ocorrência de abuso de poder econômico e desequilíbrio entre os candidatos (respeito ao princípio isonômico);
- ♦ a flexibilização relativa a dimensão de 4m² *não poderia prevalecer para eleições futuras*, isto é, a partir das eleições de 2008 *em diante!*

Nesse sentido, registram-se várias decisões da Suprema Corte Eleitoral, no que tange ao parâmetro de *aferição*²⁴ desse tipo de propaganda

24 RECURSO ESPECIAL. PLACA COM DIMENSÃO SUPERIOR A 4M². COMITÊ DO CANDIDATO. JURISPRUDÊNCIA FIRMADA APENAS PARA O PLEITO DE 2006. O posicionamento que prevaleceu neste Tribunal nas eleições de 2006 autoriza a fixação de placa com dimensão superior a 4m² em comitê de candidato. Recomenda-se não haver alteração do posicionamento jurisprudencial em relação à mesma eleição. Entendimento, “contudo, que se revê, para aplicação futura, de modo a que não seja admitida a fixação, em comitê de candidato, de placa com dimensão superior a quatro metros quadrados” (REspe n. 27.696/SP, Min. Marcelo Ribeiro). 3. Recurso especial provido.” (REspe-27696. Relator Min. Marcelo Ribeiro. DJ, 11 abr. 2008). Disponível em: <http://www.tse.gov.br/sadJudSjur/index_jur.html>. Acesso em: 25 nov. 2011.

e a sua *inadmissibilidade*²⁵ para os pleitos posteriores às eleições de 2006, bem como a sua *vedação*²⁶ em comitês eleitorais, que tem início com a decisão proferida pelo Ministro Carlos Ayres Brito, por ocasião de resposta concedida à Consulta n. 1274/DF formulada àquele Tribunal, *litteris*:

EMENTA: POSSIBILIDADE. VEICULAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL. LEI N. 11.300/2006. AFIXAÇÃO. PLACA. BENS DE DOMÍNIO PRIVADO. LIMITAÇÃO. TAMANHO.

A fixação de placas para veiculação de propaganda eleitoral em bens particulares é permitida, com base no § 2º do art. 37 da Lei n. 9.504/97.

25 ELEIÇÕES 2008. Agravo regimental em agravo de instrumento. Propaganda eleitoral. Placa afixada em fachada de comitê de campanha de candidato. Dimensão superior a 4m². Configuração de *outdoor*. Orientação jurisprudencial firmada para as eleições de 2008. [...] 2. Veículos de grande porte contendo propaganda de candidato. Efeito visual de *outdoor*. Caracterização de ofensa ao art. 39, § 8º da Lei n. 9.504/1997. Precedentes do TSE. 3. Juízo de admissibilidade. Exame de mérito. Ausência. Usurpação. Competência. Agravo regimental a que se nega provimento. O precedente inaugurado no Acórdão n. 27.696, de 4 dez. 2007, Relator Min. Marcelo Ribeiro, esclareceu que o posicionamento adotado até as eleições de 2006 permitia a fixação de placa com dimensão superior a quatro metros quadrados em comitê de candidato. No entanto, deixou claro que estava revendo esse entendimento para as eleições de 2008, “*de modo a que não seja admitida a fixação, em comitê de candidato, de placa com dimensão superior a quatro metros quadrados*”. A propaganda afixada em veículos de grande porte, com tamanho superior ao permitido (4m²), possui o efeito visual de *outdoor*, caracterizando ofensa ao art. 39, § 8º, da Lei n. 9.504/1997. Precedentes. A fundamentação do juízo de admissibilidade do recurso especial não implica invasão de competência da Corte *ad quem*. Fundamentos da decisão monocrática não infirmados. Mera reiteração das razões recursais no agravo regimental. Acordam os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em desprover o agravo regimental, nos termos das notas taquigráficas. (TSE. AgR-AI n. 10305. Relator Min. Joaquim Benedito Barbosa Gomes. DJE, 2 nov. 2009. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/sadJudSjur/index_jur.html>. Acesso em: 25 nov. 2011).

26 AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROPAGANDA ELEITORAL. COMITÊ ELEITORAL. Representação. Propaganda eleitoral irregular. Placa. Comitê de candidato. 1. Nos termos do art.14 da Res. TSE n. 22.718/2008, é proibida a fixação de placa com tamanho superior a 4m² em bens particulares, norma regulamentar que, conforme jurisprudência desta Corte Superior, se aplica às placas fixadas em comitês de candidatos das eleições municipais de 2008. 2. A proibição objetiva assegurar aos candidatos igualdade de condições, impedindo que aqueles que detenham maiores recursos realizem maciçamente essa espécie de propaganda, sem observância do limite regulamentar, provocando o desequilíbrio da disputa. Agravo regimental a que se nega provimento.”(TSE no AgR-AI n. 10374, Relator Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. DJE, 13 maio 2010. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/sadJudSjur/index_jur.html>. Acesso em: 25 nov. 2011).

Só não caracteriza *outdoor* a placa, afixada em propriedade particular, cujo tamanho não exceda a 4m².

À luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é admissível, em propriedade particular, placa de tamanho igual ou inferior a 4m².

O tamanho máximo de 4m² para placas atende ao desiderato legal, na medida em que, em função de seu custo mais reduzido, não patenteia o abuso de poder econômico e o *desequilíbrio* entre os competidores do jogo eleitoral.

Os abusos serão resolvidos caso a caso, servindo o tamanho de 4m² como parâmetro de aferição. (BRASIL, 2006, grifo nosso).

Dessa forma, o entendimento prevalente no TSE, objeto de inúmeras decisões, restou firmado na diretiva de que a permissão para o uso de engenhos publicitários superiores àquele parâmetro (4m²) somente se aplicaria às eleições de 2006, após o que também os comitês partidários estariam submetidos à limitação imposta pela norma eleitoral, prevista textualmente no artigo 14 da Resolução n. 22.718/2008, ou seja, o TSE apenas deixou de reconhecer como ilícito esse tipo de propaganda em relação ao pleito de 2006, ressaltando expressamente que não seria admitida tal conduta nas eleições futuras, alcançando, assim, a campanha de 2008 e pleitos posteriores.

A Resolução TSE n. 23.191/2009, que disciplinou a propaganda eleitoral e as condutas vedadas na campanha eleitoral de 2010, também reproduziu muitos dos dizeres da Lei n. 9.504/1997, para, da mesma forma, vedar a veiculação, em bens de uso particular, de engenhos publicitários superiores a 4m², além de estabelecer expressa proibição quanto à propaganda eleitoral por meio de *outdoors*, tudo sob pena de multa²⁷.

27 Art. 11. Nos bens cujo uso dependa de cessão ou permissão do poder público, ou que a ele pertençam, e nos de uso comum, inclusive postes de iluminação pública e sinalização de tráfego, viadutos, passarelas, pontes, paradas de ônibus e outros equipamentos urbanos, é vedada a veiculação de propaganda de qualquer natureza, inclusive pichação, inscrição a tinta, fixação de placas, estandartes, faixas e assemelhados (Lei n. 9.504/1997, art. 37, caput). § 1º Quem veicular propaganda em desacordo com o disposto no caput será notificado para, no prazo de 48 horas, removê-la e restaurar o bem, sob pena de multa no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 8.000,00 (oito mil reais), ou defender-se (Lei n. 9.504/1997, art. 37, § 1º). [...] Art. 12. Em bens *particulares*, independe de obtenção de licença municipal e de autorização da Justiça Eleitoral a veiculação de propaganda eleitoral por meio da fixação de faixas, placas, cartazes, pinturas ou inscrições, desde que não excedam a

A mencionada Resolução também se limita a renovar, repetir, as previsões contidas na Resolução 22.718/2008, no tocante às *fachadas de sede* dos comitês de campanha:

Art. 10. É assegurado aos partidos políticos e às coligações o direito de, independentemente de licença da autoridade pública e do pagamento de qualquer contribuição (Código Eleitoral, art. 244, I e II, e Lei n. 9.504/97, art. 39, §§ 3º e 5º):

I – fazer inscrever, na fachada de suas sedes e dependências, o nome que os designe, *pela forma que melhor lhes parecer*; (grifo nosso).

Portanto, não traz qualquer inovação capaz de elidir, ainda que minimamente, o limite de 4m², como antes firmado na própria jurisprudência do TSE, no que concerne à veiculação de artefatos em bem particular, com efeitos de *outdoor*²⁸.

E não se diga que a expressão “*pela forma que melhor lhes parecer*” permitiria aos comitês de campanha agirem livremente, sem qualquer limite, estampando painéis enormes, desmedidos, com efeitos de *outdoor*, por exemplo. Muito pelo contrário, autorizou-se aos partidos e coligações disporem da “*melhor forma que lhes parecer*” tão somente quanto à inscrição do nome que os designe, e, ainda assim, por óbvio, dentro dos limites do arcabouço legislativo eleitoral! *A contrario sensu*, estar-se-ia praticando verdadeira burla à legislação, como já decidiu recentemente o TSE²⁹.

4m² (*quatro metros quadrados*) e não contrariem a legislação eleitoral, sujeitando-se o infrator às penalidades previstas no § 1º do art. anterior (Lei n. 9.504/1997, art. 37, § 2º). [...] Art. 18. É vedada a propaganda eleitoral por meio de outdoors, sujeitando-se a empresa responsável, os partidos, as coligações e os candidatos à imediata retirada da propaganda irregular e ao pagamento de multa no valor de R\$ 5.320,50 (cinco mil trezentos e vinte reais e cinquenta centavos) a R\$ 15.961,50 (quinze mil novecentos e sessenta e um reais e cinquenta centavos) - Lei n. 9.504/1997, art. 39, § 8º. (grifo nosso).

28 E, considerando que não foram introduzidos quaisquer acréscimos ou alterações na Lei das Eleições desde a edição da Lei n.12.034/2009, no caso de nova Resolução a ser expedida pelo TSE, em função das eleições municipais de 2012, não se antevê qualquer mudança significativa no particular.

29 COLIGAÇÃO PARTIDÁRIA. DESCUMPRIMENTO. LIMITE. 4m². MULTA. ARTS. 14 E 17 DA Res/TSE n. 22.718/2008. 1. A apresentação de memoriais nesta instância especial constitui mera faculdade processual e sua ausência não implica cerceamento do direito de defesa, sobretudo quando não demonstrado efetivo prejuízo. 2. A permissão instituída no art. 12, 1, da Res/TSE n. 22.718/2008, que

E mais! Em geral, não se observam, nas fachadas das sedes centrais dos comitês, os nomes dos candidatos ou os dos partidos e coligações, mas sim fotos imensas dos próprios candidatos acompanhadas de *slogans* de campanha eleitoral. Isto é, verdadeira propaganda eleitoral, com efeito *outdoor*, estampada mediante enormes painéis gigantescos, muito superiores a 4m².

Ainda a título de ilustração, vejam-se importantes precedentes firmados no TSE, relativamente a propaganda eleitoral em comitê eleitoral, os quais tiveram grande repercussão na mídia, à época das eleições gerais, por envolver a Presidenta da República.

4.7.2 Eleições presidenciais: casos Dilma Rousseff

Em julho do ano de 2010, em plena campanha eleitoral para os cargos majoritários, o Ministro Joelson Dias, nos autos da Representação n. 186.773/2010 – ajuizada pela Procuradoria Geral Eleitoral, tendo por escopo a retirada de um painel de 575m², localizado em via pública, com a imagem de Dilma Rousseff e do então Presidente da República, Luis Inácio da Silva, além do nome da Coligação –, aplicou multa no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) à Coligação “Para o Brasil Seguir Mudando” e aos seus candidatos à presidência e vice-presidência, Dilma Rousseff e Michel Temer, respectivamente, por propaganda irregular.

Segundo o Ministro, que entendeu não trazer a Lei n. 9.504/1997 qualquer distinção entre a afixação permanente ou simplesmente transitória de engenho publicitário, justamente para assegurar a necessária igualdade de oportunidades, além de coibir abusos econômicos, “o espírito da lei é inequívoco: proibir, ainda que em bens particulares, a veiculação de propaganda eleitoral por meio de engenhos publicitários que excedam a 4m²”. (grifo nosso)³⁰.

reproduz a regra do art. 244, I, do Código Eleitoral, refere-se à designação do nome do partido em sua sede ou dependências e não pode ser invocada para burlar a proibição quanto à realização de propaganda eleitoral acima do limite de 4m². 3. Agravo regimental desprovido. (grifo nosso). (TSE. REspe 35165/CE. Relator Min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira. DJE, 5 maio 2010. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/sadJudSjur/index_jur.html>. Acesso em: 24 nov. 2011).

30 Cf.: “Na verdade, admitir como lícita a prática defendida pelos representados implicaria em inequívoca burla à lei, pois permitiria a veiculação de propaganda eleitoral por meio de engenho de dimensão inclusive em muito superior aos limites

Posteriormente, nova decisão do TSE veio a condenar a então candidata a Presidente da República, bem como a coligação respectiva, conforme se verifica do inteiro teor da decisão monocrática, proferida pela Ministra Fátima Nancy Andriahi, em 19 de agosto de 2010, nos autos da Representação n. 232590³¹.

Ainda em 2010, o Ministro Arnaldo Versiani decidira que, ressalvada a possibilidade de identificação de comitê de partido e coligação, não poderia ser permitida a fixação de placas com dimensão superior a 4m² em bens particulares, mesmo que se tratasse de comitê de candidato. Do contrário, nas palavras do Ministro, “o candidato poderia espalhar centenas de verdadeiros outdoors pelas cidades, bastando, para tanto, valer-se de comitê residencial ou de salas ou lojas alugadas apenas para o período eleitoral”³².

Nada obstante, alguns Tribunais Regionais Eleitorais – por ocasião dos julgamentos das representações e recursos eleitorais no transcorrer do ano das eleições realizadas em 2010 – mantiveram tese contrária e, assim, não reconheceram tamanha ilegalidade e flagrante violação ao equilíbrio da disputa, decorrente da massiva utilização do poder econômico na fabricação de grandiosos engenhos publicitários de alto

legalmente estabelecidos e, assim, ainda que momentaneamente ou de forma transitória, que se levasse vantagem sobre os demais concorrentes ao pleito. Até para assegurar a todos os contendores a necessária igualdade de oportunidades na disputa do pleito, coibindo o abuso de poder econômico, bem assim estabelecer critério objetivo que garanta a necessária segurança jurídica aos principais protagonistas do processo eleitoral (partidos, coligações e candidatos), o espírito da lei é inequívoco: proibir, ainda que em bens particulares, a veiculação de propaganda eleitoral por meio de engenhos publicitários que excedam a 4m²”. Disponível em: <<http://agencia.tse.gov.br/sadAdmAgencia/noticiaSearch.do?acao=get&id=1317488>>. Acesso em: 29 jul. 2010.

31 A Coligação “O Brasil Pode Mais” ajuizou representação em face de Dilma Vana Rousseff e da Coligação “Para o Brasil Seguir Mudando” sob a alegação de constar na fachada de seu comitê central de campanha, localizado no Setor Comercial Sul, Edifício Vitória-Brasília-DF, placa com dimensão superior a 4 (quatro) m², conforme fotos e CD anexados. [...] *A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que se aplica a todos os bens particulares, sem distinção, inclusive aos comitês eleitorais, a proibição de fixação de placas com tamanho superior a 4m²*. Diante disso, DEFIRO a liminar pleiteada para determinar a retirada imediata da propaganda irregular. [...]”. (grifo do autor). (TSE. Representação n. 232590, Decisão Monocrática de 19 ago. 2010, Relatora Min. Fátima Nancy Andriahi).

32 TSE. Agravo de Instrumento n. 9928. Minas Gerais. Relator Min. Arnaldo Versiani. DJe, 2 ago. 2010.

custo, que, entre outros, enseja o ofuscamento dos candidatos com reduzidos fundos de campanha.

Referido posicionamento, absolutamente contrário ao entendimento do TSE, finda por tornar *letra morta* a jurisprudência firmada na Corte Maior, uma vez que os recursos eleitorais levados ao TSE – que objetivam principalmente a retirada desses painéis – apenas são apreciados e julgados após o período eleitoral³³, o que leva à manutenção do *status quo* local, em prol de uma minoria de candidatos que se aproveita desse permissivo judicial momentâneo, cujos prejuízos para o processo eleitoral, por óbvio, não são afastados ou minimizados com aplicações eventuais e posteriores de multas.

5 Propaganda na Internet. Propaganda antecipada em meios virtuais

Anteriormente à Lei n. 12.034/2009, o único disciplinamento específico para a utilização da rede mundial de computadores nas eleições cingia-se à Resolução TSE n. 22.718/2008, que, em síntese, disciplinou a utilização da Internet nos mesmos moldes previstos na Lei das Eleições, mas, restringiu-a à página do candidato no que tange à propaganda eleitoral (art. 18).

Com a nova regulamentação surgida com a Lei n. 12.034/2009, cujo enfrentamento deu-se já nas eleições de 2010, surgiram novos horizontes

33 No caso específico do Estado da Bahia, vários foram os julgados proferidos pelo TSE no ano de 2011, derivados de Recursos Especiais interpostos pelo autor dessas linhas, os quais sufragaram a tese da Procuradoria Regional Eleitoral quanto à impossibilidade da utilização de painel superior a 4m² na identificação de comitê eleitoral – inclusive relativamente a todos os candidatos que então concorriam ao cargo de Governador –, mas que não surtiram o efeito desejado, porquanto, como asseverado, apreciados depois das eleições, o que redundou na permanência desses inúmeros painéis nas cidades baianas, em especial no município de Salvador, durante toda a campanha eleitoral de 2010. Cf. nesse sentido: TSE. Recurso Especial Eleitoral n. 332757 - Salvador/BA, Decisão Monocrática de 24 mar. 2011, Relator Min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira, DJe, 8 abr. 2011, p. 54-56; Idem. Recurso Especial Eleitoral n. 396930 - Salvador/BA, Decisão Monocrática de 1^o mar. 2011, Relator Min. Hamilton Carvalhido, DJe, 4 mar. 2011, p. 36-37; Idem. Recurso Especial Eleitoral n. 339689 - Salvador/BA, Decisão Monocrática de 1^o fev. 2011, Relator Min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira, DJe, 22 fev. 2011, p. 26-28.

doutrinários e jurídicos para o debate, embora prevaleça, no tocante à propaganda antecipada, a mesma regra básica quanto a sua proibição: a propaganda eleitoral na Internet só é permitida após o dia 5 de julho (art. 57-A, Lei n. 9.504/1997).

Note-se, portanto, até para fins de eventual interpretação sistemática que se possa aventar e considerando a disposição topográfica do artigo, que o dispositivo em apreço, que se limita a reproduzir os mesmos dizeres contidos no art. 36, *caput*, é ponto de partida na análise de eventual extemporaneidade relativa à publicidade eleitoral na Internet.

Então, todas as assertivas até o momento aqui discutidas acerca da veiculação de propaganda antecipada valem para a Internet; por evidente, com os ajustes e interpretações respectivos ao mundo virtual.

Mediante uma linguagem simplificada, a seguir, são catalogados os instrumentos básicos de divulgação de propaganda eleitoral pela Internet (art. 57-B e incisos, Lei n. 9.504/1997):

a) *site* (sítio) do candidato, partido, ou coligação, desde que endereço eletrônico seja comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor estabelecido no País;

b) *e-mail* (mensagem eletrônica), desde que dirigido para os endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, partido ou coligação;

c) *blog* (um tipo de *site* que pode ser atualizado rapidamente), redes sociais (*facebook*, *twitter*, *Orkut* etc.), *sites* de mensagens instantâneas e assemelhados (*Instant Messaging* – aplicativo que permite o envio e o recebimento de mensagens de texto em tempo real, tais como: Windows Live Messenger; Yahoo! Messenger; Skype etc.) cujo conteúdo seja gerado ou editado por candidatos, partidos ou coligações ou por iniciativa de qualquer pessoa física.

Muitos afirmam que esse rol de instrumentários estaria restrito às hipóteses legais elencadas (*numerus clausus*). Contudo, nada impede que, para as eleições posteriores e na falta de regulamentação específica capaz de acompanhar a velocidade com que novas ferramentas de comunicação surgem na *Web*, outros instrumentos virtuais possam surgir e, da mesma forma, ser considerados e confrontados pela Justiça Eleitoral, que não

pode quedar-se indiferente diante das inovações processadas na Internet – que atraem de um momento para o outro milhares de adeptos e usuários – e ceifar a igualdade de oportunidades entre os candidatos. Há que se considerar, portanto, tratar-se de mero rol exemplificativo.

Importantes decisões foram sufragadas pelo TSE nas eleições gerais de 2010, que por certo servirão de norte para os próximos prélios, no tocante à propaganda fora de época na Internet, veiculada mediante a utilização dos instrumentos virtuais antes elencados, mormente em *blogs* e redes sociais, cujos trechos principais de algumas subementas merecem destaque:

- ♦ “A legitimidade do representado decorre, essencialmente, de ser ele o titular e mantenedor do sítio e deter o controle editorial do que é ou não nele veiculado. [...] 4. Apresentadas cópias impressas do conteúdo do sítio, o autor comprovou o fato constitutivo do direito. 5. Propaganda eleitoral antecipada caracterizada em razão de comentários que fazem menção direta às eleições presidenciais e apontam o pré-candidato como o mais apto ao exercício da Presidência da República, denegrindo a imagem dos adversários.” (BRASIL, 2010c, p. 77).
- ♦ “As circunstâncias de que o sítio de relacionamentos teria acesso restrito e se limitaria a integrantes e usuários previamente cadastrados não afastam a infração legal, uma vez que as redes sociais na Internet constituem meios amplamente utilizados para divulgação de ideias e informações, razão pela qual não deve ser afastada a proibição da norma que veda a antecipação de campanha.” (BRASIL, 2010d, p.17).
- ♦ “Divulgada, por meio de página na Internet, a candidatura e os motivos pelos quais a candidata seria a mais apta para o exercício do cargo público, é de se reconhecer a prática de propaganda antecipada”. (BRASIL, 2011d, p. 29).

5.1 Vedação à propaganda eleitoral paga na Internet

A proibição de publicidade eleitoral virtual paga e a gratuidade na Internet são pontos importantes na novel legislação.

A propaganda eleitoral paga na Internet é proibida (art. 57-C, *caput*). A *Rede* é um espaço democrático, de livre acesso (ao menos nas sociedades ocidentais), de utilização gratuita (a partir de um provedor), em que o público busca receber e fornecer informações. Não teria sentido, portanto, autorizar-se a compra e venda de espaços publicitários destinados à propaganda eleitoral, beneficiando alguns poucos candidatos – os que detêm maior poderio econômico –, em detrimento dos demais competidores.

Interessante notar, porém, que a própria Lei n. 12.034/2009, ao mesmo tempo em que fixa a gratuidade do uso da Internet em matéria de propaganda eleitoral, estabeleceu uma exceção à regra, consistente “na reprodução na Internet de jornal impresso”, em tamanho pré-definido, em que esteja visível o valor pago, sob pena de multa por seu descumprimento (art. 43, *caput*, e §§ 1º e 2º, Lei n. 9.504/1997). E, nos termos da Resolução do TSE n. 23.191/2009³⁴, a divulgação deve ser feita no sítio do próprio jornal, independentemente do seu conteúdo, devendo ser respeitado integralmente o formato gráfico e o conteúdo editorial da versão impressa (art. 27, § 5º).

5.2 Vedação à pessoa jurídica, aos órgãos oficiais e da Administração Pública: mecanismos de controle

Por interpretação *a contrario sensu* (cf. art. 57-C e § 1º), para fins de propaganda eleitoral, a utilização dos instrumentais da Internet está restrita ao particular, desde que pessoa física, na medida em que restou vedada às pessoas jurídicas, órgãos oficiais e entidades da Administração nas quatro esferas governamentais (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Sua violação importa em multa de R\$ 5.000,00 a R\$ 30.000,00 (art. 57-C, § 2º).

Não restam dúvidas de que a proibição de pagamento de propaganda eleitoral veiculada na rede mundial de computadores como também a proibição de sua veiculação, ainda que gratuita, aos entes públicos, são medidas destinadas a garantir a lisura e o equilíbrio da disputa e evitar abusos econômicos e políticos, bem como a utilização indevida de recursos

³⁴ Cf. Resolução 23.191/2009, que dispõe sobre a propaganda eleitoral e as condutas vedadas em campanha eleitoral (Eleições de 2010). Disponível em: <http://www.tse.gov.br/internet/eleicoes/normas_2010/.../23191.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2011.

públicos, afora a grande dificuldade que seria estabelecer mecanismos de controle para tanto.

Aliás, no que tange a esses mecanismos de controle, a realidade que se apresenta nos dias atuais não é das mais favoráveis. Considerando a celeridade e o volume extenso de manifestações, adesões e propagandas políticas produzidas e reproduzidas a cada minuto na Internet, sobretudo por ocasião da proximidade das eleições, a fiscalização de ilicitudes e abusos nesse universo, em especial por parte pelo Ministério Público Eleitoral, é relativa e pontual. Faz-se necessário, portanto, que esse tipo de verificação mereça maior atenção por parte da Justiça Eleitoral, mormente quanto à prestação de informações por parte dos provedores de serviços da Internet.

Ainda nesse aspecto, vários controladores de páginas oficiais governamentais foram flagrados, nas eleições de 2010, utilizando-se de expedientes dos mais diversos para burlar a lei, a exemplo do oferecimento de *link* de candidato em página mantida por órgão da Administração Pública³⁵, entre outros.

Já a proibição de propaganda eleitoral na Internet à pessoa jurídica destina-se precipuamente a evitar que a campanha eleitoral seja desvirtuada, cedendo a espaços publicitários virtuais indesejáveis dos mais variados tipos, que findariam colocando em segundo plano as mensagens destinadas às próprias campanhas dos candidatos. É de se imaginar o caos e o desconforto que se formariam com redes de telefonia, livrarias, supermercados, farmácias, etc. divulgando propaganda eleitoral pela Internet, mas, concomitantemente, oferecendo produtos e serviços aos consumidores/eleitores, mediante *banners*, por exemplo!

35 EMENTA: Propaganda eleitoral irregular. Internet. *Sítio oficial*. 1. A utilização de página mantida por órgão da administração pública do município, como meio de acesso, por intermédio de *link*, a sítio que promove candidato, configura violação ao art. 57-C, § 1º, II, da Lei n. 9.504/1997.2. O fato de constar da página oficial somente o link do sítio pessoal do candidato, e não a propaganda em si, não afasta o caráter ilícito de sua conduta, uma vez que a página oficial foi utilizada como meio facilitador de divulgação de propaganda eleitoral em favor do representado. Agravo regimental não provido. (TSE. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 838119/SP. Relator Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. DJE, 23 ago. 2011, p.8-9).

5.3 Vedação ao anonimato

Em dois momentos a Lei das Eleições prevê o anonimato: quando o proíbe na campanha eleitoral, mediante a utilização da Internet (art. 57-D, *caput*), e quando determina o resguardo do voto na urna eletrônica (art. 59, § 4º). Na primeira disposição protege quem irá concorrer a um cargo eletivo, aquele que poderá ser eleito. Na segunda preserva o sigilo do voto e, em última instância, a liberdade de pensamento do eleitor.

A disposição legal que veda o anonimato na Internet repete exatamente os mesmos dizeres da Constituição da República, que também proíbe, na forma de consectário do princípio da igualdade formal, a livre manifestação do pensamento, a exceção do anonimato (art. 5º, IV, CF/88).

Da livre manifestação do pensamento decorre o direito à informação, que se desdobra no direito de informar, ser informado e informar-se, com igual amparo na Carta Magna (5º, XIII). Todavia, como todo princípio, deve ser relativizado em nome de outros princípios de mesma estatura.

A vedação ao anonimato na Internet é consequência dessa relativização de princípios, seguindo um sistema de pesos e medidas que pode ser aplicado em toda a seara eleitoral: busca-se garantir o direito à informação, à liberdade de expressão e pensamento, mas em contraponto preservar-se a lisura das eleições, a higidez do processo eleitoral, o direito à intimidade, privacidade e honra daqueles que tomam parte numa campanha eleitoral que, como cediço, possui *nuanças* que por vezes caminham entre o lícito e o ilícito.

E a Internet é um mar imenso repleto de águas cristalinas, mas também de águas turvas em que muitos aproveitam para cometer ilícitos dos mais censuráveis, onde o anonimato, se não fosse vedado, funcionaria como um verdadeiro escudo amoral.

Entretanto, não se pode confundir anonimato com a falta de identificação do responsável, a qual se pode obter de várias formas, entre elas com a quebra de sigilo telemático e até fiscal, consubstanciado numa ação cautelar, por exemplo. Ademais, como já decidiu o TSE, a identificação do responsável direto pela divulgação não é elemento

essencial para determinar a suspensão da propaganda, não sendo igualmente suficiente a mera “alegação de ser o material anônimo”. Há que se demonstrar a “violação das regras eleitorais” e “a ofensa a direito” daqueles que participam do processo eleitoral³⁶.

Comprovada a ofensa virtual, cabe direito de resposta no prazo máximo de 48h, de igual espaço, local, horário, tamanho e no mesmo sítio em que foi veiculada a ofensa, a qual deverá permanecer, no mínimo, pelo dobro do prazo em que a ofensa esteve disponível, tudo a expensas do ofensor, cujo processo judicial tramita em grau de preferência em relação aos demais em curso na Justiça Eleitoral (art. 57-D, *in fine*, c/c art. 58, § 3º, IV, alíneas *a b* e *c*; e art. 58-A, Lei n. 9504/1997).

5.4 Mensagens eletrônicas em campanha eleitoral

A Lei n. 9.504/1997 também proíbe a utilização, doação, cessão e venda de cadastros de endereços eletrônicos em favor de candidatos, partidos ou coligações, bem como dispõe sobre a punição aos provedores de conteúdo e serviço multimídia pelo descumprimento da legislação eleitoral (art. 57-E, *caput*, §§ 1º e 2º, art. 57-F).

A legislação eleitoral prevê que o candidato poderá veicular a sua propaganda, por meio de mensagens eletrônicas (o mesmo que correio eletrônico, endereços eletrônicos ou os popularmente conhecidos *e-mails*), para endereços cadastrados gratuitamente pelo próprio candidato, partido ou coligação (cf. art., 57-B, III, Lei n. 9.504/1997 e art. 20, III, da Resolução TSE n. 23.191/2009), com a obrigação de que as mensagens enviadas disponham de mecanismo que permita o seu *descadastramento* (*opt-out of*, no corpo da mensagem) pelo destinatário, providência a ser tomada pelo remetente em 48h, sob pena de multa de R\$ 100,00 por mensagem (art. 57-G e parágrafo único).

Por consequência, são inadmissíveis mensagens inoportunas e perturbadoras do tipo *spam* (mensagens não solicitadas que chegam

36 EMENTA: Eleições 2010. Propaganda Eleitoral Antecipada. Internet. Blog. Ação Cautelar. Anonimato. Pseudônimo. Suspensão Liminar. Provedor. Responsabilidade. Livre Manifestação do Pensamento. TSE. Agravo Regimental em Ação Cautelar n. 138443/DF. Relator. Min. Henrique Neves da Silva. DJe, 17 ago. 2010, p. 103-104.

repetidamente em grande quantidade a ponto de lotar a caixa de entrada do usuário), que, em verdade, já deveriam estar previstas pelo legislador como espécie de crime cibernético, porquanto invariavelmente relacionadas a práticas ilícitas (tais como o envio de mensagens de conteúdo pedófilo; destinadas a capturar senhas bancárias e invadir sistemas informatizados; ou com o remetente fazendo-se passar por terceiros para encaminhar *vírus* de computador)³⁷.

5.5 Ausência de limite temporal para veiculação de propaganda eleitoral na Internet

Apesar de não vir expressamente prevista na Lei n. 9.504/1997, como seria recomendável à boa técnica legislativa, a Lei n. 12.034/2009, em seus dispositivos finais (art. 7º), excetua da aplicação da proibição constante no parágrafo único do art. 240 do Código Eleitoral³⁸ a propaganda eleitoral veiculada gratuitamente na Internet, sítio eleitoral, *blog*, sítio interativo ou social, outros meios eletrônicos de comunicação do candidato ou no sítio do partido ou coligação, nas formas previstas no art. 57-B, da Lei n. 9.504/1997, como visto em linhas anteriores.

Então, diferentemente do que ocorre na rádio e televisão, cuja propaganda política é vedada desde 48h antes até 24h após as eleições, na Internet essa espécie de limitação temporal inexistente. Por conseguinte, não opera no mundo virtual a proibição constante na própria Lei n. 9.504/1997, no art. 39, § 5º, que dispõe ser crime a divulgação de qualquer espécie de propaganda de partidos políticos ou de seus candidatos no dia da eleição.

37 EMENTA: RECURSO ELEITORAL. ELEIÇÕES 2010. PROPAGANDA ELEITORAL EM SITE MEDIANTE USO DE SPAM E BANNER. PROPAGANDA PAGA. PROPAGANDA ILEGAL. Recurso Improvido. A veiculação de propaganda paga na internet e em site não autorizado legalmente se consubstancia em propaganda irregular e causa desequilíbrio na disputa eleitoral. Recurso eleitoral não provido. (TRE/MT. Recurso Eleitoral n. 391936. Relator: Juiz Lídio Modesto da Silva Filho, ., 6 dez. 2010, p. 01-03).

38 Art. 240. A propaganda de candidatos a cargos eletivos somente é permitida após a respectiva escolha pela convenção. Parágrafo único. É vedada, desde quarenta e oito horas antes até vinte e quatro horas depois da eleição, qualquer propaganda política mediante radiodifusão, televisão, comícios ou reuniões públicas.

6 Considerações finais

A temática da propaganda, em especial da propaganda antecipada, além de polêmica no âmbito doutrinário e jurisprudencial, é deveras extensa, não se pretendendo, por conseguinte, esgotar o assunto neste compêndio, mas sim destacar ao leitor certas *nuances*, com realce para determinadas questões controvertidas e que merecem uma maior consideração.

Neste sentido, dentro dos limites tratados, objetivou-se delinear um panorama acerca da matéria, que a cada eleição sofre novas feições com base na interpretação dos casos concretos levados aos tribunais pátrios, os quais buscam enfrentar – muitas vezes em tempo irreal ao esperado, advirta-se – essa crescente evolução dos meios propagandísticos utilizados nas campanhas eleitorais, em especial das rebuscadas ferramentas de *marketing* que, cada vez mais, apresentam métodos dos mais dissimulados e inteligentes, inclusive no *mundo virtual*, para, enfim, captar o voto do eleitor.

Referências

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. Agravo em Recurso Especial n. 28378 (Bahia). Relator Arnaldo Versiani. *DJe*, 1º out. de 2010.

_____. Agravo de Instrumento n. 166329 (Bahia). Relatora Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha. *DJe*, 28 out. 2010. p. 3-5. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/sadJudSjur/index_jur.html>. Acesso em 27 nov. 2011.

_____. Agravo Regimental de Instrumento n. 10135 (São Paulo). Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. *DJe*, 28 set. 2010.

_____. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 532581 (João Pessoa/PB). Relatora Min. Fátima Nancy Andrighi. *DJe*, de 18 ago. 2011.

_____. Agravo de Instrumento n. 342920 (Belém/PA). Relator Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. *DJe*, 10 mar. 2011.

_____. Consulta n. 559. Relator Min. Walter Ramos da Costa Porto. *DJ*, 27 dez. 1999.

_____. Consulta n. 1.053 (Brasília/DF). Relator Min. Fernando Neves da Silva. *DJ*, 21 jun. de 2004.

Consulta n. 1.274 (Brasília/DF). Relator Min. Carlos ayres Britto. *DJ*, 31 jul. 2006. Disponível em:<www.tse.gov.br/sadJudSjur/index_jur.html>. Acesso em 24 nov. 2011.>

_____. Informativo do TSE N. 33 (ano 13). Representação n. 1474-51 (Brasília/DF). Relator Min. Nancy Andrigui, em 6 out. 2011c.

_____. Recurso em Representação n. 128913 (Brasília/DF). *DJe*, 20 de agosto de 2010.

_____. Recurso em Representação n. 203745 (Brasília/DF). Relator Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. *DJe*, 12 abr. 2011.

Propaganda eleitoral: uma síntese atual

CLAUDIO DUTRA FONTELLA

Sumário: 1 A propaganda. 2 Propaganda política. 3 Propaganda eleitoral. 4 Propaganda partidária. 5 Propaganda intrapartidária. 6 Propaganda institucional. 7 Princípios norteadores da propaganda eleitoral. 8 A propaganda na Lei n. 9.504/1997. 8.1 Propaganda eleitoral antecipada. 8.2 Propaganda eleitoral em bem público. 8.3 Propaganda eleitoral em bens particulares. 8.4 Folhetos e demais impressos. 8.5 Outdoors. 8.6 Comícios e showmícios. 8.7 Carros de som. 8.8 Manifestações coletivas. 8.9 Presença de autoridades em atos públicos. 8.10 Brindes. 8.11 Propaganda na Internet. 8.12 Propaganda na imprensa escrita. 8.13 Propaganda no rádio e na televisão. 9 Consideração final.

1 A propaganda

O substantivo *propaganda* deriva do latim *propagare* (multiplicar, espalhar, disseminar, difundir) e compreende a ideia de *difusão* ou *divulgação* de algo.

Constitui-se, assim, na forma de comunicação mediante a qual se busca persuadir favoravelmente acerca de uma ideia¹, produto, entidade² ou pessoa. Desse patamar, de certo, surgiram o antigo adágio popular segundo o qual “a propaganda é a alma do negócio” e também o bordão segundo o qual “quem não se comunica se trumbica”, muito utilizado por famoso comunicador popular brasileiro do século passado³.

Hodiernamente, a propaganda apresenta-se como “um dos elementos indispensáveis ao desenvolvimento de um negócio”, mostrando-se “uma verdadeira arte, que se utiliza dos mais variados recursos para proparar

1 Aqui no sentido de ideologia, forma de pensamento, opinião sobre algo etc.

2 No sentido de conjunto de pessoas, agremiação etc.

3 Abelardo Barbosa, quando se travestia do animador *Chacrinha*, invariavelmente utilizava tal expressão em seus programas na televisão brasileira.

as vantagens, as utilidades e os méritos de um produto, induzindo os compradores a preferi-lo” (SILVA, 2007, p. 1114).

Direcionando um pouco o foco do tema ao Direito Eleitoral, José Jairo Gomes leciona:

No léxico, propaganda significa difundir, espalhar, propalar, alastrar, multiplicar por meio de reprodução, tornar comum a muitas pessoas. Tecnicamente, traduz procedimentos de comunicação em massa, pelos quais se difundem idéias, informações e crenças com vistas a obter-se a adesão dos destinatários. Busca sempre incutir certos pensamentos nas pessoas, influenciar suas opiniões ou impressões, de modo a despertar-lhes a simpatia ou a rejeição de determinadas idéias, tornando-as propensas ou inclinadas a dado sistema ideológico, político, religioso, econômico ou social. A comunicação externada objetiva criar nos destinatários imagens positivas – ou negativas – acerca do objeto enfocado. (GOMES, 2010, p. 298).

A propaganda, por qualquer prisma portanto, tem como elemento característico a intenção de influenciar na conduta ou na opinião a quem é direcionada, sugerindo, propondo, instigando, dessa forma, uma decisão num ou noutro sentido.

Poderá ela ter fins políticos ou não. Se os contiver nos seus propósitos, caracterizar-se-á como *propaganda política*.

2 Propaganda política

Uma “sociedade livre, de regime democrático, pressupõe eleições pelo voto livre, direto ou indireto, facultativo ou obrigatório, como única forma legítima de preencher os cargos eletivos” (CÂNDIDO, 2010, p. 152). Assim, os partidos políticos encontram na *propaganda política* o modo mais eficaz de expor seus programas e ideias, de difundir sua ideologia, de veicular suas plataformas de governo, bem como, ainda, de propor aos cidadãos compromissos e traçar metas na condução da coisa pública.

Propaganda política é, em suma, aquela destinada a divulgar posições ideológicas com objetivos de a elas angariar adeptos, constituindo gênero

do qual são espécies a *propaganda eleitoral*, a *partidária*, a *intrapartidária*⁴ e, para alguns, a *institucional* (GOMES, 2010, p. 306).

3 Propaganda eleitoral

A *propaganda eleitoral*, regulada pelos dispositivos 36 a 41 da denominada *Lei das Eleições* (Lei n. 9.504/1997)⁵, tem por objetivo precípuo angariar o voto dos sujeitos ativos eleitorais, isto é, das pessoas aptas a exercerem o dever do voto. É aquela, então, que, nos termos do paradigma do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), “leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que apenas postulada, a ação política que se pretende desenvolver ou razões que induzam a concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício de função pública”⁶.

A propaganda eleitoral, assim, consiste naquela elaborada por partidos políticos, coligações partidárias e candidatos com a finalidade de angariar os votos dos cidadãos, criando na psique dos eleitores a imagem de um postulante a cargo eletivo transparente, probo, competente, empreendedor, da mesma forma que se embala um produto para o oferecer ao mercado consumidor – no caso o Eleitoral –, uma vez que, modernamente, a imagem do político transmitida ao público é fundamental para o êxito nas urnas⁷.

Aqui, ao contrário da propaganda intrapartidária, que será mais adiante abordada, temos a divulgação externa, com a exposição maciça da imagem do candidato, a divulgação de suas ideias e seus motes políticos, seus projetos caso obtenha êxito no pleito, bem como suas opiniões e críticas ao(s) detentor(es) do cargo público almejado.

4 O art. 36 da Lei n. 9.504/1997 traz essa classificação tripartite da *propaganda política*, mencionando a *eleitoral* no seu *caput* e as *intrapartidárias* e *partidárias* nos seus parágrafos primeiro e segundo, respectivamente.

5 Mister mencionar que os arts. 240 a 256 do Código Eleitoral também trazem alguma disciplina acerca de *propaganda política*.

6 Acórdão n. 16.183, de 17 fev. 2000. Rel. Min. Eduardo Alckmin.

7 GOMES, 2010, p. 299.

Podemos classificar a *propaganda eleitoral* mediante a forma de realização, o sentido e o momento em que é perpetrada. No que se refere à forma de se realizar, será expressa (quando ocorre o pedido direto ao eleitor) ou subliminar (quando procura, com subterfúgios, induzir o seu pensamento). Quanto ao sentido, poderá ser positiva ou negativa, caso exalte a imagem do proponente ou aponte defeitos e equívocos do adversário político. E, no tocante ao tempo em que é realizada, poderá se caracterizar como tempestiva ou intempestiva⁸.

Depreende-se, assim, que há um período próprio e delimitado para ser realizada a *propaganda política*, o qual, a teor do art. 36 da Lei n. 9.504/1997, tem seu início no dia 6 de julho do ano das eleições, primeiro dia em que passa a ser facultada sua veiculação.

A determinação de um lapso à campanha eleitoral tem como fundamentos a exigência do prévio registro das candidaturas e, em sequência, a isonomia entre os então candidatos, uma vez que não existe argumento razoável à propaganda sem a existência oficial de candidatos – que só ocorre com o deferimento dos respectivos registros perante a Justiça Eleitoral –, assim como é princípio da propaganda eleitoral, como veremos adiante, a busca incessante de *paridade de armas* entre os pleiteantes às vagas públicas na tarefa de conquistar o voto dos eleitores.

Noutros termos, mostrou-se imprescindível a necessidade de se estipular um termo inicial para o começo da propaganda eleitoral, com fito de que todos os candidatos pudessem começar suas campanhas no mesmo momento, independentemente da data em que foram escolhidos nas convenções partidárias.

Relativamente ao termo final, embora a lei não o tenha determinado expressamente, podemos apontá-lo no próprio fechamento das urnas, às 17 horas do dia do pleito, uma vez que, consubstanciada em espécie de propaganda destinada essencialmente a angariar votos, após aquele ato terminativo ao eleitor, não é mais dado o direito de sufragar sua escolha, sendo incrível ou desarrazoado, também, existirem interessados em continuar na sua realização.

Errôneo, assim, é ver na exegese do parágrafo único do art. 240 do Código Eleitoral, que proíbe, desde 48 horas antes até 24 horas depois

8 GOMES, 2010, p. 313.

do encerramento das eleições, “qualquer propaganda política mediante radiodifusão, televisão, comícios ou reuniões públicas”, a prescrição de um termo *ad quem* para a propaganda eleitoral, porquanto o dispositivo legal está tão só restringindo as formas ali elencadas de difusão política. Caro é o esclarecimento de Joel José Cândido:

Errado, portanto, se pensar que dois dias antes do pleito se encerra a propaganda. Não termina nem deve terminar, o que só acontece com o fechar das urnas. O controle sobre ela nas vésperas das eleições é e deve ser mais severo, restritivo, para garantir a fecundidade dos princípios da propaganda. Essa restrição atinge o dia seguinte ao pleito com intuito preparatório da garantia de ambiente e clima propícios para abertura das urnas, sem pressão à Junta Eleitoral e aos escrutinadores. (CÂNDIDO, 2010, p. 156).

Finalmente, caso realizada antes do *dies a quo* de seis de julho do ano das eleições, conforme tratado mais adiante, a *propaganda eleitoral* será considerada *antecipada*.

4 Propaganda partidária

Propaganda partidária é aquela levada a cabo por partido político para divulgar seu posicionamento ideológico e seu programa genérico enquanto instituição política assim como para mostrar aos seus partidários e simpatizantes – e também àqueles que procura cooptar – suas atividades e a forma com que se dispõe na sociedade. Como não tem ela objetivos eleitorais imediatos, poderá ser realizada mesmo fora do estrito período destinado à propaganda eleitoral, tendo sua regulamentação dada pelos arts. 45 a 49 da Lei dos Partidos Políticos (Lei n. 9.096/1995).

Noutros termos, consiste ela na difusão das ideias e do programa da grei política, sem mencionar nomes de candidatos a cargos eletivos – e muito menos pedir votos –, para fomentar o debate por meio da exposição pública de sua história, ideologia, propostas de governo em sentido amplo e metas a serem atingidas em benefício da sociedade caso seus integrantes galguem cargos públicos, com o escopo primordial de arregimentar adeptos à agremiação partidária, sendo proibida sua veiculação no segundo semestre do ano das eleições.

Para tanto, a Constituição brasileira, no § 3º do seu art. 17, assegura aos partidos políticos o “acesso gratuito ao rádio e à televisão”, outorgando à legislação infraconstitucional a regulamentação desse direito rigidamente sedimentado.

Coube então à Lei dos Partidos Políticos (Lei n. 9.096/1995), nos arts. 45 a 49, e à Resolução do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) n. 20.034/1997 disciplinar a matéria, alertando-se que, embora haja em alguns de seus dispositivos a expressão “propaganda partidária”, o Código Eleitoral dela não trata.

Ressalta-se, por derradeiro, que a Lei n. 10.034/2009, também chamada de “minirreforma eleitoral”, ao incluir o § 6º no art. 45 da Lei dos Partidos Políticos, proibiu a propaganda paga no rádio e na televisão, restringindo-a aos horários gratuitos estipulados⁹.

5 Propaganda intrapartidária

A *propaganda intrapartidária*, como o próprio nome denota, é aquela que se dá no seio de cada agremiação, com vista a angariar votos em deliberações partidárias, escolha de líderes, candidatos ou delegados, podendo ou não estar intimamente ligada ao processo eleitoral. Ela deve, em última análise, destinar-se somente aos filiados ou convencionais do partido político, ficando proibida a difusão que extrapole o espectro partidário e, com isso, alcance a camada geral dos cidadãos.

Dispõe a Lei das Eleições, a seu turno, que ao “postulante a candidatura a cargo eletivo é permitida a realização, na quinzena anterior à escolha pelo partido, de propaganda intrapartidária com vista à indicação de seu nome, vedado o uso de rádio, televisão e *outdoor*”¹⁰. A desobediência acarretará ao infrator multa variável entre R\$ 21.282,00 e R\$ 53.205,00, ou no valor da própria propaganda, em caso deste ser mais elevado.

9 [...] entre as dezenove horas e trinta minutos e as vinte e duas horas [...] – art. 45, *caput*.

10 Art. 36, § 1º.

Dessa forma a *propaganda intrapartidária* exterioriza-se pela visita dos postulantes aos correligionários ou por mala-direta, situações nas quais são apresentadas as razões e vantagens do partido para a escolha de um ou de outro pré-candidato.

Alerta-se, também, que a escolha dos candidatos pelo partido deve ocorrer no período de dez a trinta de junho do ano em que se realizarem as eleições, a teor do disposto no art. 8º daquele texto normativo.

Em sentido estrito, portanto, é dirigida aos filiados da agremiação partidária que participarão da convenção para a escolha dos candidatos nas eleições que se aproximam. Sua finalidade precípua, assim, será convencer os correligionários de que determinado pré-candidato é o mais apto, com mais capilaridade eleitoral, para concorrer a determinado cargo eletivo¹¹, constituindo verdadeira publicidade *lato sensu* de pré-candidatura, que ocorre somente no âmbito da grei eleitoral, ou seja, procedimento de características *interna corporis*.

6 Propaganda institucional

A *propaganda institucional*, também conhecida como propaganda oficial, é aquela por meio da qual são divulgados os atos e os feitos da Administração Pública, de maneira honesta e verídica e às expensas do Erário, com objetivo de bem informar a população das práticas e dos negócios na condução da coisa pública em sentido amplo.

Nessa espécie o vocábulo “propaganda” não mais é observado com sentido amplo de publicidade, mas com um viés quase comercial, não tendo literalmente aspecto mercantil, porque com a ação difusora não se almeja vender ou oferecer de qualquer modo um produto, buscando o agente público meramente exibir aos cidadãos e à população em geral uma imagem ou atos de sua conduta no capitaneamento da coisa pública, bem como noticiar suas realizações nessa área¹².

11 BUGALHO, 2008. p. 87.

12 CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda eleitoral*: de acordo com o Código Eleitoral e com a Lei 9.504/97, modificada pelas Leis 9.840/99, 10.408/02, 10.470/03 e 11.300/06. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 26.

Por ser ato da Administração Pública, a *propaganda institucional* deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, insculpidos no *caput* do art. 37 da Constituição da República brasileira, bem como “deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção social de autoridade ou servidores públicos”¹³.

Paralelamente, a Lei das Eleições estabelece outra restrição a essa espécie de propaganda política, vedando aos agentes públicos em geral, nos três meses que antecedem as eleições, “com exceção de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública”¹⁴.

Tal dispositivo proíbe a *propaganda institucional* durante o denominado período eleitoral, visando garantir a isonomia entre os candidatos, colocando um paradeiro nessa modalidade de propaganda durante a campanha de busca ao voto.

7 Princípios norteadores da propaganda eleitoral

Partindo-se, para o momento, da premissa de *princípio* como norma imediatamente finalística que estabelece um fim a ser atingido¹⁵; considerando-se que, no pensamento jurídico contemporâneo, reconhece-se a eles o *status* conceitual de norma jurídica¹⁶, bem como reconhecendo que “o direito de realização de propaganda eleitoral *se reveste da natureza jurídica de direito fundamental intrínseco ao exercício dos direitos políticos em sentido constitucional*” (GONÇALVES, 2010, p. 80), podemos apontar os princípios norteadores da *propaganda eleitoral*.

Dessa forma, somente será legítima a *propaganda* garantidora das liberdades públicas e do pluralismo político como formas naturais de

13 Art. 37, § 1º, CRFB.

14 Lei n. 9.504/1997, art. 73, inc. VI, b.

15 ÁVILA, 2005. p. 70.

16 ESPÍNDOLA, 2002. p. 60.

alternância ou continuidade de poder em uma dada sociedade, devendo garantir ao cidadão uma formação de opinião livre frente aos assuntos nela veiculados¹⁷.

Com isso, alguns autores, mais exaustivamente, arrolam como norteadores da *propaganda eleitoral* os princípios da legalidade, liberdade, responsabilidade, igualdade, disponibilidade e do controle judicial¹⁸.

Temos então como correta em sentido amplo aquela *propaganda* regulada por lei; livre, mas adstrita aos limites da norma reguladora; imputável a alguém; isonômica; na extensão do talante dos propulsores, porém sempre atrelada aos limites legais; com controle por uma justiça especializada.

Dois desses princípios, todavia, para o intento aqui proposto, sobressaem: o da liberdade de expressão e comunicação e o da igualdade ou isonomia.

De fato, assim como a livre circulação de ideias e posicionamentos ideológicos é da essência do Estado Democrático de Direito, sem a qual “não floresce a criatividade, estorva-se o diálogo, ficam tolhidas as manifestações de inconformismo e insatisfação”. Todos os interessados em se utilizar da *propaganda eleitoral*, ainda que a igualdade seja meramente formal, uma vez que os partidos com maior representatividade no Parlamento possuem maior espaço midiático, “devem ter iguais oportunidades para a veiculação de seus programas, pensamentos e propostas” (GOMES, 2010, p. 304-305).

8 A propaganda na Lei n. 9.504/1997

A “minirreforma eleitoral” operada pela Lei n. 12.034, de 29 de setembro de 2009 – que também promoveu alterações na Lei dos Partidos Políticos e no próprio Código Eleitoral –, trouxe indeléveis modificações no tocante à propaganda eleitoral quando das inserções operadas na Lei n. 9.504/1997, denominada Lei das Eleições. Na sequência abordaremos topicamente as mais relevantes.

17 RAMAYANA, 2008. p. 799.

18 CÂNDIDO, 2010, p. 154-155.

8.1 Propaganda eleitoral antecipada

Como anteriormente aventado, a *propaganda eleitoral* tem como termo inicial o dia seis de julho do ano de realização das eleições, pois somente após tal data é que haverá candidato, regularmente escolhido na respectiva convenção partidária, e, no mínimo, com o registro da candidatura providenciado perante a Justiça Eleitoral.

Assim, a *propaganda antecipada* caracteriza-se temporalmente como aquela praticada antes do período legalmente permitido, ou seja, anteriormente ao dia seis de julho do ano eleitoral.

Salienta-se, todavia, que não existe *de lege lata*, mister se salientar, “marco inicial de proibição. O que a lei estabelece é um marco inicial de sua permissão (art. 36, *caput*, da Lei n. 9.504/1997)”¹⁹.

Alguns, todavia, certamente em nome da segurança jurídica, apontam como marco *a quo* o mês de janeiro do ano eleitoral, sustentando, para tanto, a razoabilidade de um lapso cujos atos não se diluam temporalmente pelo prisma da data do pleito. Essa é a lição de José Jairo Gomes:

Não fixa a Lei um marco temporal do qual (= *dies a quo*) a comunicação política possa ser caracterizada como “propaganda antecipada”. É razoável a interpretação segundo a qual esse termo deve ser estabelecido no mês de janeiro do ano das eleições. Antes disso, recuo do tempo em relação ao início do processo eleitoral (e sobretudo em relação ao dia do pleito) enseja a diluição de eventual influência que a comunicação possa exercer na disputa, de modo a desequilibrá-la. Note-se que é a partir do mês de janeiro que se iniciam algumas restrições em função do pleito, tais como a necessidade de registro de pesquisas de opinião pública e a proibição de distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública (LE, arts. 33 e 73, § 10). (GOMES, 2010, p. 317).

Paralelamente, vislumbram-se os atos que caracterizarão como *antecipada* uma dada propaganda eleitoral feita anteriormente a seis de julho do ano de eleição de uma forma *negativa*. Ou seja, mediante

¹⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 20.507. Relator Min. Costa Porto. 18 nov. 1999.

uma leitura *a contrario sensu* dos quatro incisos do art. 36-A da Lei das Eleições²⁰, dispositivo introduzido pela Lei n. 12.034/2009.

Dessa forma, serão considerados propaganda *extemporânea* ou *antecipada* aqueles atos de promoção pessoal, como a divulgação de nome e outras mensagens com referência à candidatura, às habilidades para ocupar determinada função pública, *visando* influenciar a vontade do eleitor, ou explicitamente pedindo voto. Será também antecipada aquela propaganda *com conotação eleitoral*, mediante a divulgação de fotos, cartazes, de lançamento de livro ou periódico ou de programa de candidato, bem como a manutenção de página na Internet com pedido de voto, menção de número de candidato ou partido político ou, ainda, referindo-se à eleição.

Vê-se, em conclusão, que o legislador, em observância aos princípios da liberdade de expressão e comunicação e da igualdade ou isonomia, reduziu os casos de propaganda antecipada às exposições de candidatos ou pré-candidatos que contenham expresse pedido de votos e/ou divulgação de candidatura.

Tida como *antecipada* a propaganda, sujeitará os responsáveis pela sua elaboração e divulgação, bem como o candidato beneficiado, quando demonstrado seu prévio conhecimento, ao pagamento da multa prevista no § 3º do art. 36 da Lei n. 9.504/1997, e no § 4º do art. 2º da Resolução TSE n. 23.191/2009, no valor de R\$ 5.000,00 a R\$ 25.000,00 ou o equivalente ao custo da propaganda, se este for maior.

8.2 Propaganda eleitoral em bem público

Em bem público e nos bens de uso comum é vedada toda e qualquer espécie de propaganda eleitoral, conforme dispõe o art. 37 da Lei das

²⁰ Não serão consideradas como propaganda eleitoral antecipada: a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na Internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, desde que não haja pedido de votos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico; a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, planos de governos ou alianças partidárias visando às eleições; a realização de prévias partidárias e sua divulgação pelos instrumentos de comunicação intrapartidária; ou a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se mencione a possível candidatura, ou se faça pedido de votos ou de apoio eleitoral.

Eleições, sendo que a violação dessa regra sujeita o responsável, após a notificação e a comprovação, à restauração do bem e, caso não cumprida a determinação no prazo estabelecido, a multa no valor de R\$ 2.000,00 a R\$ 8.000,00.

A definição de *bem de uso comum*, todavia, não está atrelada ao conceito do Direito Administrativo, considerando-se, assim, para fins de *propaganda eleitoral*, aqueles definidos no Código Civil, abrangendo também aqueles de uso comum aos quais a população em geral tem acesso, como cinemas, mercados, ginásios, templos, etc., mesmo que de propriedade privada²¹.

Em árvores e jardins localizados em áreas públicas, assim como em muros, cercas e tapumes divisórios, também é vedada a colocação de propaganda eleitoral de qualquer natureza, independentemente de dano²², buscando o legislador, com isso, preservar a estética pública, bem como evitar a poluição visual trazida por essa prática.

A colocação de cavaletes, bonecos, cartazes móveis e pequenos locais para distribuição de material de campanha, assim como bandeiras e *banners* ao longo das vias públicas é facultada, desde que se caracterizem pela mobilidade – a qual será aferida pela colocação e retirada deles entre as seis e as vinte e duas horas diurnas – e não obstruam ou atrapalhem o trânsito de veículos e pedestres²³, ficando dispensada, com isso, a presença de um correligionário ou cabo eleitoral permanentemente postado, velando aqueles objetos de mídia.

8.3 Propaganda eleitoral em bens particulares

No tocante aos bens particulares, desnecessária se mostra a obtenção de licença municipal ou mesmo de autorização da Justiça Eleitoral para a veiculação de *propaganda eleitoral* por meio de fixação de faixas, placas, cartazes, pinturas ou inscrições, desde que a medida não ultrapasse 4 m², sendo necessário tão só o consentimento do proprietário e que seja de forma espontânea e gratuita²⁴.

21 Cf. Art. 37, § 4º, Lei n. 9.504/1997.

22 Cf. Art. 37, § 5º, Lei n. 9.504/1997.

23 Ibidem, §§ 6º e 7º.

24 Ibidem, § 8º.

Mister alertar que, para a regularidade da prestação de contas, os candidatos, partidos ou coligações que se valerem de propaganda em bens particulares deverão declarar a cessão, ou locação, onerosa, os valores dispendidos com a tal propaganda ou declarar a cessão como gratuita, fazendo sua mensuração monetária, expedindo, com isso, o devido recibo para o proprietário ou possuidor do bem usado na *propaganda eleitoral*²⁵.

8.4 Folhetos e demais impressos

Os folhetos e outros impressos devem ser confeccionados sob a responsabilidade dos partidos políticos, das coligações ou do próprio candidato postulante ao cargo eletivo, devendo conter obrigatoriamente o número do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) ou do Cadastro de Pessoa Física (CPF) do responsável pela confecção, de quem a contratou e a tiragem de exemplares²⁶.

Deve-se ressaltar, aqui, que, apesar de a distribuição de impressos não conter restrição específica, só pode ela se dar até as 22 horas do dia anterior da votação, sendo crime sua distribuição no dia da eleição²⁷.

8.5 *Outdoors*

A veiculação de *propaganda eleitoral* por meio de *outdoor* ou qualquer forma de painel ou tela eletrônica é vedada pela legislação eleitoral desde o advento da Lei n. 11.300/2006, sujeitando a empresa responsável, o partido político, as coligações e os candidatos à retirada *incontinenti* da propaganda apontada como irregular e ao pagamento de multa no valor de R\$ 5.320,50 a R\$ 15.961,50, nos termos do art. 39, § 8º, da Lei das Eleições e do art. 18 da Resolução TSE n. 23.191/2009.

É tida como *outdoor* a placa, ou painel, com medidas superiores a 4 m², levando-se em consideração para tal medida eventuais placas sobrepostas que denotem uma só propaganda, cujo somatório das medidas extrapole aquele limite máximo.

25 GONÇALVES, 2010, p. 79-106.

26 Cf. Art. 38, Lei n. 9.504/1997.

27 Ibidem, art. 39, § 5º, III, e § 9º.

8.6 Comícios e showmícios

O comício é a forma mais antiga e tradicional de se realizar campanha eleitoral no Brasil, continuando, na atual normatividade de regência, a ser prática de divulgação *permitida*.

Nos primórdios, os comícios se caracterizavam pela aglomeração de pessoas para assistir ao pronunciamento eleitoral de um ou alguns candidatos. Com o passar do tempo e o paulatino crescimento da mídia em geral, decorrente do próprio avanço da sociedade moderna, aqueles simplórios agrupamentos de cidadãos destinados a ouvir candidato a cargo público passaram a contar com atrações musicais e até circenses, destinadas a angariar mais participantes ou mesmo distrair o público entre uma e outra manifestação.

Com isso, os interessados nessa modalidade de *propaganda eleitoral* passaram a contratar artistas de todas as matizes, com vista a atrair não só os seus correligionários e eleitores, atuais e futuros, mas a população em geral, passando o comício, então, a ser mais um acontecimento artístico e cultural do que uma *propaganda política* própria, constituindo-se o candidato, não raras vezes, em mero coadjuvante do evento. Tanto isso é certo que a sua denominação passou a ser showmício.

O showmício era prática eleitoral permitida até o advento da Lei n. 11.300/2006, que inseriu o § 7º ao art. 39 da Lei das Eleições, ficando desde então vedada essa forma de promoção da imagem de candidato a cargo eletivo, sendo proibida a participação de qualquer artista, mesmo que somente na apresentação do comício.

Com isso, findou coibida, da mesma forma, a utilização dos denominados *trios elétricos*, uma vez que compostos por artistas e/ou músicos, sendo permitida a utilização apenas dos instrumentos daquela junção de aparelhos para amplificação sonora.

8.7 Carros de som

A sonorização por meio de carros de som ou amplificadores é admitida pela legislação de regência somente no período compreendido das oito às vinte e duas horas, conforme disposto no § 3º do art. 39 da

Lei n. 9.504/1997, sendo que tais equipamentos têm seu uso facultado até a véspera do dia do pleito.

Deve ser respeitada, contudo, a distância de 200 metros de sedes dos Poderes da União, Estados, Municípios e Distrito Federal; de hospitais e nosocômios em geral; de escolas; bibliotecas públicas; igrejas e teatros, quando, por óbvio, em funcionamento; constituindo crime a utilização de alto-falantes e amplificadores de som de qualquer espécie, com objetivos eleitoreiros, no dia do pleito²⁸.

8.8 Manifestações coletivas

A Constituição da República erigiu como *fundamental* o direito de reunião²⁹, nele se incluindo, por conseguinte, as manifestações coletivas de caráter político-eleitoral, desde que obedeçam às condicionantes constitucionais. Ou seja, tenham caráter pacífico, sem armas, sejam realizadas em local aberto ao público em geral e comunicadas de forma prévia à autoridade competente, bem como não se destinem a frustrar outra reunião anteriormente agendada.

No dia da eleição, até o término da votação, contudo, é vedada a aglomeração de pessoas com finalidade eleitoral, isso se estendendo às caminhadas, às passeatas e carreatas, que só têm sua utilização facultada até as 22 horas da véspera do pleito.

8.9 Presença de autoridades em atos públicos

Não há vedação legal para a participação de autoridades em atos de campanha, assim como não está proibida a participação de candidatos em festas públicas, desde que não façam do local um palanque eleitoral. Entretanto, o ato não pode ser oficial, devendo o Prefeito ou o Governador, por exemplo, irem ao evento em seus veículos particulares.

Por outro lado, em relação aos juízes e membros do Ministério Público, como não podem figurar nas hostes de partido político nem ser candidatos, o melhor entendimento aponta para a vedação de suas participações em comícios ou atos político-eleitorais em geral³⁰.

28 Cf. Art. 39, § 5º, Lei n. 9.504/1997.

29 Cf. Art. 5º, XVI.

30 CONEGLIAN, 2008, p. 323.

8.10 Brindes

A distribuição de brindes, como camisetas, bonés, chaveiros etc., foi, outrora, prática de campanha eleitoral comum no Brasil. Podemos afirmar que, se bem vasculharmos os grotões deste País, ainda é possível que encontremos algum antigo brinde entre aqueles antes mencionados, com algum colecionador ou até mesmo em poder de alguém que tenha denodado zelo para com seus pertences.

Atualmente, todavia, com o advento da Lei n. 11.300/2006, que acrescentou o § 6º ao art. 39 da Lei n. 9.504/1997, não são mais permitidas, durante a campanha eleitoral, a distribuição e a utilização de camisetas, brindes, cestas básicas ou de qualquer bem que implique dar ou possibilitar vantagem de qualquer espécie ao eleitor.

O veto à distribuição de tais objetos de lembrança, de certo, deu-se sob a luz do sumo princípio da isonomia ou máxima igualdade entre os candidatos, pois aqueles mais abastados economicamente far-se-iam mais presentes no imaginário dos cidadãos com seus nomes e/ou semblantes em artefatos de uso recorrente, como abridores de garrafa, canetas, bonés, facas, cinzeiros, etc. Tanto isso se pode concluir que, apesar de a Lei n. 11.300/2006 datar de maio daquele ano, o TSE entendeu que a modificação alcançava as eleições que naquela época se avizinhavam, afastando a incidência do art. 16 da Constituição³¹.

8.11 Propaganda na Internet

Nos dias atuais, é impossível pensar a vida sem a rede mundial de computadores. Quase tudo hoje é feito pela Internet (compras, transações bancárias, pesquisas, publicidade etc.).

De outro lado, como *campo aberto* que a rede é, praticamente livre de controle, cediço que se pode constituir, com facilidade, em local de atuação de pessoas inescrupulosas ou mesmo desonestas, que almejam alcançar objetivos ilícitos.

Na seara eleitoral, a Internet, inegavelmente, se tornou mão de duas vias entre eleitores e candidatos, pois não somente estes buscam

31 Reza o dispositivo constitucional que a “lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até 1 (um) ano da data da sua vigência”.

outro filão para expor suas ideias e plataformas com vista ao sucesso nas urnas, como aqueles também veem na rede mundial de computadores uma forma de não só melhor conhecer o pensamento e as intenções dos postulantes eletivos mas de com estes interagir, mostrando também, de certa forma, o que deles esperam.

O paulatino reconhecimento do uso da Internet no Direito Eleitoral Brasileiro deveu-se, cremos, mais à dificuldade de estabelecer regras para a constatação da prática de condutas eleitorais vedadas no tocante à propaganda, que ao fato de não se reconhecer, por parte do legislador, a importância desse meio midiático, porquanto o próprio TSE rende-se a que o “meio eletrônico é poderoso instrumento de propaganda eleitoral, de uso corrente nos dias de hoje, dispondo de enorme capilaridade”³².

As próprias manifestações jurisprudenciais, antes do advento da lei regulamentadora (Lei n. 12.034/2009), eram claudicantes, havendo posições mais progressistas de alguns julgadores da Corte Superior – como, p. ex., dos Ministros Ayres Brito e Marcelo Ribeiro – bem como julgamentos francamente retaliativos do adequado uso da rede mundial de computadores, tanto que, até as eleições de 2008, o posicionamento majoritário do TSE apontava para a proibição do uso da Internet como forma de propaganda eleitoral.

Como dito, o Direito Eleitoral não poderia ficar alheio a esta novel forma de comunicação, tanto que, mesmo quando inexistia regulamentação específica, vários candidatos já se valiam dessa poderosa ferramenta para divulgação de seus propósitos, fossem eleitorais ou não.

O uso da Internet com cunho eleitoral, contudo, findou normatizado pela “minirreforma” operada pela Lei n. 12.034/2009, que acrescentou à Lei das Eleições os arts. 36-A, I; 57-A a 57-I; 8º, § 3º, inc. IV; e 58-A.

O art. 57-A dispõe que a propaganda eleitoral na Internet é permitida, nos termos da Lei das Eleições, após o dia cinco de julho do ano em que se realizará o pleito. Porém, a norma acima é mitigada pelo art. 36-A, que permite a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na Internet, com exposição de plataformas e projetos

32 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Acórdão n. 916. Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito. 1º ago. 2006.

políticos, não podendo existir o pedido de voto e devendo ser respeitado o tratamento isonômico.

Ainda em relação ao aspecto temporal, temos o art. 107 do mencionado diploma legal reformador, que permite ser mantida, até 24 horas depois do dia das eleições, a propaganda veiculada gratuitamente na Internet, sítio eleitoral, *blog* ou outro meio eletrônico de comunicação social, desde que seja do candidato ou do partido político ou coligação, na forma prevista no art. 57-B da Lei das Eleições.

Depreende-se, com isso, que a propaganda gratuita na Internet realizada pelo próprio candidato pode ser mantida no dia da eleição. A realizada em outros sítios, no entanto, deve ser retirada 48 horas antes do início do pleito, nos ditames do parágrafo único do art. 240 do Código Eleitoral.

O inserto art. 57-D, por sua vez, reproduzindo preceito constitucional, estabelece que é livre a manifestação do pensamento, vedando, da mesma forma que a Constituição, o anonimato durante a campanha eleitoral, por meio da rede mundial de computadores, assegurando igualmente o direito de resposta. A inobservância do disposto sujeita o responsável pela divulgação da propaganda e, quando comprovado o prévio conhecimento, o beneficiário a multa no valor de cinco a trinta mil reais.

De outro lado, a inovação normativa trouxe elencadas as formas permitidas e vedadas do uso da Internet. Entre as primeiras estão listadas as propagandas feitas no sítio do candidato, com endereço devidamente comunicado à Justiça Eleitoral e hospedadas, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de Internet estabelecido no País; as realizadas no sítio do partido ou da coligação, também com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e, da mesma forma, hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de Internet estabelecido no País; as veiculadas por meio de mensagem eletrônica para endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, partido ou coligação; e as divulgadas por meio de *blogs*, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e assemelhados, cujo conteúdo seja gerado ou editado por candidatos, partidos ou coligações ou de iniciativa de qualquer pessoa natural.

Nas modalidades proibidas, a seu turno, estão as propagandas remuneradas de qualquer forma; as que, mesmo gratuitas, objetivem veiculação em sítios de pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos; e aquelas em sítios oficiais ou hospedados por órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A veiculação de propaganda nos moldes vedados implicará multa no valor de cinco a trinta mil reais, a ser arcada pelo responsável e, caso comprovado seu prévio conhecimento, pelo beneficiário.

Nessa toada, as pessoas relacionadas no art. 24 da Lei das Eleições não podem ceder nem doar os cadastros de endereços eletrônicos de seus clientes, assim como é proibido todo e qualquer comércio de cadastros eletrônicos.

Em razão da possibilidade do envio indiscriminado de mensagens para a caixa de correio eletrônico dos cidadãos, o art. 57-G da “minirreforma” estabelece que toda mensagem enviada deverá possuir dispositivo que permita o seu descadastramento pelo destinatário, o qual deve ser providenciado em 48 horas, prazo que, caso descumprido, acarretará aos responsáveis a imposição de multa no valor de cem reais por mensagem.

Também é repreendida pela legislação eleitoral a atribuição indevida da autoria de propaganda veiculada na Internet a terceiro, inclusive a candidato, partido ou coligação, sujeitando o agente ao pagamento de multa também no valor de cinco a trinta mil reais, como dispõe o novel art. 57-H.

Vale ressaltar, também, que o provedor de Internet somente será responsabilizado pela propaganda tida como irregular se ficar comprovado o seu prévio conhecimento, nos termos do parágrafo único do art. 57-F.

Finalmente, caso a Justiça Especializada reconheça a propaganda eleitoral veiculada pela rede mundial de computadores como irregular, o provedor deverá cessar a divulgação no prazo estabelecido pelo Juiz Eleitoral, cujo descumprimento implicará sanção de multa e suspensão do acesso a seus serviços pelo prazo de 24 horas, dobrando a cada

reincidência, devendo ser informado aos usuários que os serviços se encontram inoperantes em razão de desobediência à Justiça Eleitoral.

8.12 Propaganda na imprensa escrita

Essa modalidade de *propaganda eleitoral* é permitida até a antevéspera das eleições. Ou seja, é facultada a propaganda paga em jornais, inclusive com sua reprodução do jornal impresso na página Internet, mas devem ser respeitados determinados limites de espaço, que consistem em um oitavo de página de jornal ou um quarto de página de tabloide ou revista por edição, nos termos do art. 43 da Lei das Eleições.

Paralelamente ao fato de a lei não proibir que a imprensa escrita posicione-se politicamente³³ – o que deverá ser feito em local próprio a tanto: o seu editorial –, a norma veda que tal meio de comunicação social promova verdadeira propaganda eleitoral, exigindo, para tanto, que, nas *propagandas eleitorais* veiculadas, conste, de forma visível, o valor por ela pago, bem como estabelecendo um número máximo de dez anúncios por candidato no mesmo veículo e que eles sejam apostos em dias diversos.

A inobservância dessas regras, por fim, sujeitará as coligações, os partidos ou candidatos beneficiados e os responsáveis pelos veículos ao pagamento de multa no valor de mil a dez mil reais, ou do montante equivalente ao da propaganda, se este for mais elevado.

8.13 Propaganda no rádio e na televisão

O rádio e a televisão, indubitavelmente, são os instrumentos de mídia com maior penetração social, sendo cediço que um deles – ou ambos – estão presentes nos lares brasileiros, desde o da mais abastada ao da mais humilde família.

Assim sendo, a normatividade eleitoral naturalmente tenderia a apontar seu foco com mais intensidade para tal modalidade de instrumento de propaganda.

33 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Representação n. 1333 (Brasília/DF). Relator Min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira. DJ, 27 nov. 2006, p. 138.

Desse modo, a Lei das Eleições, em seus arts. 44 a 57, regulou a propaganda gratuita e obrigatória, no rádio e na televisão, restringindo-a ao horário eleitoral gratuito, cujo período circunscreve-se aos 45 dias anteriores à véspera das eleições, a qual deverá conter a Linguagem Brasileira de Sinais (LIBRAS) ou recursos de legenda, respondendo o candidato e o partido e a coligação pelo seu conteúdo, nos termos do *caput* do art. 33 da Res. TSE n. 23.191/2009.

Tal obrigatoriedade refere-se tão somente às emissoras de canais abertos que operam em VHF e UHF, inclusive àqueles considerados comunitários. Em relação aos canais de transmissão fechados – também denominados de *por assinatura* –, contudo, tal imposição abrange somente aqueles vinculados a entes públicos (art. 57 da LE).

Na mesma esteira, quando veiculada na televisão – durante toda a transmissão, em bloco ou em inserções –, a propaganda eleitoral deverá ser identificada pela legenda “propaganda eleitoral gratuita”, cuja responsabilidade recai sobre os partidos políticos e as coligações, conforme também disposto no art. 46 da acima citada resolução do TSE.

De igual modo, é obrigatória, na propaganda para eleição majoritária, a utilização pela coligação, sob sua denominação, das legendas de todos os partidos que a compõem.

No caso da propaganda para eleição proporcional, por sua vez, cada partido utilizará somente sua legenda abaixo do nome da coligação a que pertence.

Salienta-se que, na divulgação televisiva, ao contrário do que ocorre na imprensa escrita, é vedada a propaganda paga, bem como a defesa de candidaturas ou partidos políticos por parte das emissoras, podendo acarretar, caso descumprida a norma, o pagamento de multa de R\$ 21.282,00 a R\$ 106.410,00, valor que será duplicado em caso de reincidência.

Também não se permite a utilização comercial ou a propaganda, dissimulada ou subliminar, com o escopo de promover marca ou produto, no horário destinado à promoção eleitoral, conforme disposto no § 2º do art. 44 da Lei das Eleições.

Nessa modalidade de propaganda eleitoral, em apoio aos candidatos, poderá participar qualquer cidadão não filiado a outro partido político ou a agremiação eleitoral pertencente a coligação diversa, sendo vedada a participação mediante remuneração. A regra proíbe, também, caso haja segundo turno, a participação de filiados de partidos políticos que tenham formalizado apoio a outros candidatos na primeira votação.

Iluminado pelo princípio da isonomia, com vista a dar o maior equilíbrio material possível aos pleiteantes às vagas públicas, o art. 45 da Lei das Eleições proíbe, a partir de primeiro de julho do ano eleitoral, às emissoras, na sua programação normal, bem como no noticiário: a) transmitir, ainda que sob a forma de entrevista jornalística, imagens de realização de pesquisa ou qualquer outro tipo de consulta popular de natureza eleitoral em que seja possível identificar o entrevistado ou em que haja manipulação de dados; b) usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito; c) veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido ou coligação, a seus órgãos ou representantes; d) dar tratamento privilegiado a candidato partido ou coligação; e) veicular ou divulgar filmes, novelas, minisséries ou qualquer outro programa com alusão ou crítica a candidato ou partido político, mesmo que dissimuladamente, exceto se programas jornalísticos ou debates políticos; f) difundir nome de programa que se refira a candidato escolhido em convenção, ainda quando preexistente, inclusive se coincidente com o nome do candidato ou com a variação nominal por ele adotada.

Caso o nome do programa seja o mesmo do candidato, fica proibida a sua divulgação, sob pena de cancelamento do respectivo registro.

No tocante às denominações *trucagem* e *montagem*, a seu turno, teremos a primeira quando o áudio ou vídeo desvirtuar a realidade, travestindo algo para se passar por outro; por sua vez, na *montagem* verificamos a sobreposição ou justaposição de registros, também podendo ser de áudio ou de vídeo, agora para dar outra conotação a algo realmente existente.

É vedado, ainda, a partir do resultado da convenção partidária, às emissoras transmitir programa apresentado ou comentado por candidato escolhido para concorrer ao pleito.

A legislação proíbe também cortes instantâneos ou qualquer tipo de censura prévia nos programas eleitorais gratuitos, bem como não permite a veiculação de propaganda degradante ou ridicularizante de candidatos, sujeitando o partido ou a coligação infratores à perda do direito à veiculação de propaganda no horário eleitoral gratuito no dia subsequente.

Por fim, vale lembrar que, no segundo semestre do ano eleitoral, não será veiculada a propaganda partidária gratuita nem será permitido qualquer tipo de propaganda paga no rádio e na televisão.

9 Consideração final

Da síntese proposta, vemos que finda claro que as exigências e restrições normativamente feitas à *propaganda eleitoral* têm como escopo buscar a igualdade entre os postulantes aos cargos públicos postos à eleição e evitar a prática do abuso de poder, seja ele na modalidade econômica, de autoridade ou mesmo político.

Ao cabo cumpre ressaltar, também, que a “minirreforma” eleitoral outorgada pela Lei n. 12.034/2009, se pouco inovou na regulamentação da denominada propaganda eleitoral de rua, ou seja, aquela feita sem a utilização direta dos meios de mídia impresso, radiofônico ou televisivo, foi exitosa na proposta de normatizar o uso da rede mundial de computadores na busca de exposição política ou mesmo na captação de votos. De fato, embora terreno pantanoso que se mostrava ao legislador, este não se furtou de disciplinar o que estava ao seu alcance.

Compete agora, ante a *lege lata*, ao intérprete e aos formadores da jurisprudência, dar a coloração adequada à normatividade posta, amoldando-a à constante mutação que, muito mais que em outras áreas jurídicas, ocorre no Direito Eleitoral paulatinamente, com o trasladar, a cada dois anos, de novas eleições no País.

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BUGALHO, Gustavo Russignoli. *Direito eleitoral*. Leme: J. H. Mizuno, 2008.

CÂNDIDO, J. J. *Direito eleitoral brasileiro*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Bauru: Edipro, 2010.

CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda eleitoral*. 9. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.

DANTAS, Sivanildo de Araújo. *Direito eleitoral: teoria e prática do procedimento das eleições brasileiras*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formação dogmática constitucionalmente adequada*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 5. ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GONÇALVES, Guilherme de Salles. Propaganda eleitoral de rua, propaganda pela Internet e as principais alterações da Lei n. 12.034/2009. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 79-106, jan./jun. 2010.

RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualização de Nagib Slaibi Filho; Gláucia Carvalho. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Breve técnica do recurso especial (na propaganda) eleitoral

SÉRGIO MONTEIRO MEDEIROS

Sumário: 1 Noções introdutórias e demarcação da matéria. 2 Interposição e admissibilidade. 2.1 Agravo contra a decisão de inadmissão. 2.2 Pressupostos recursais. 3 Contorno jurídico do Recurso Especial Eleitoral. 3.1 Conceitos comuns às duas modalidades de REspe. 3.2 Decisão contra disposição expressa de lei ou da Constituição. 3.3 Dissídio jurisprudencial. 4 Conclusões.

1 Noções introdutórias e demarcação da matéria

O Recurso Especial Eleitoral, a exemplo dos Recursos Extraordinário (Supremo Tribunal Federal – STF) e Especial (Superior Tribunal de Justiça – STJ), é recurso excepcional, o que significa que não se presta à revisão de matéria ordinária, fática, mas fundamentalmente de matéria de direito.

Todos esses recursos visam a assegurar a última palavra, o pronunciamento jurisdicional definitivo, final, dos tribunais superiores, em determinadas matérias, seja para assegurar a unidade de interpretação seja do Texto Constitucional, seja da legislação federal.

Não se prestam, portanto, pelo menos em tese, a reparar a injustiça dos julgados por eles guerreados, na dicção das ilustradas doutrina e jurisprudência. Mas, é óbvio que é exatamente isso que os recorrentes perseguem quando lançam mão dessas armas processuais. A afirmação tem mais a ver com a concepção estritamente legal, com o delineamento jurídico, do que com as intenções de seus manejos nos casos concretos.

De toda sorte, deve-se atentar para o fato de que a atenção dada à matéria fática estará sempre adstrita ao necessário para o deslinde da controvérsia objeto do recurso, sendo inviável o revolvimento aprofundado dos fatos. É absolutamente impraticável a análise do conjunto probatório,

porque “não é admissível esse recurso quando as decisões versarem exclusivamente matéria de fato”¹. Isso – o eventual exame perfunctório dos fatos –, ressalve-se, parece-nos, apresenta-se como característica própria, incidental e ocasional, mais típica dos recursos fulcrados em dissídio jurisprudencial e menos daqueles em que se discute a ocorrência de afronta à lei. Assim, das circunstâncias concretas pode decorrer a eleição por essa ou aquela modalidade recursal.

Apresenta o Recurso Especial Eleitoral (REspe) uma peculiaridade em relação ao Recurso Especial comum (REsp), de competência do Superior Tribunal de Justiça, pois enquanto este tem por escopo tão somente preservar e unificar a interpretação da legislação federal², aquele visa não só à unidade de interpretação da legislação eleitoral (federal, aliás) mas da própria Constituição³, ou seja, a competência revisional do Tribunal Superior Eleitoral é alargada, na medida em que abrange matéria constitucional, diferentemente da competência do STJ.

Essa competência revisional em matéria constitucional, que foi atribuída em caráter particular, no nosso ordenamento jurídico, ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE), é capaz de grandes transformações na vida cotidiana da República. Foi o que se viu quando da definição de infidelidade partidária, com o consequente sancionamento, com a perda do mandato eletivo, pelo reconhecimento de que o mandato pertence ao partido. Tal decisão, quiçá inusitada e surpreendentemente forte, está, todavia, como não poderia deixar de ser, haja vista a configuração do STF como supremo guardião e intérprete da Lei Maior, jungida à revisão da Excelsa Corte, a teor do art. 121, § 3º, da CF: “São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição”.

1 COSTA, 2004, p. 88.

2 Constituição Federal (CF), art. 104, III: julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal.

3 CF, art. 121, § 4º: Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando: I - forem proferidas contra disposição expressa desta Constituição ou de lei; II - ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais.

Consigne-se que os recursos eleitorais, pela dinâmica própria das eleições, não são, em regra, dotados de suspensividade, ou seja, devem ser recebidos e processados apenas no efeito devolutivo, *ex vi* do art. 257 do Código Eleitoral (CE). A regra, todavia, não elide o poder geral de cautela do juiz, de sorte que, a pedido, demonstrados os requisitos da fumaça do bom direito e do perigo na demora⁴, pode – e isso não raro acontece – ser deferido, cautelarmente, o efeito suspensivo pretendido, desde que o recurso já tenha sido devidamente protocolizado. Cuidando-se de recursos excepcionais, na pendência do juízo de admissibilidade, a atribuição é do presidente do tribunal⁵, mas se já admitido o recurso, compete à instância especial recorrida⁶.

No presente artigo procurar-se-á perscrutar, unicamente, assuntos inerentes ao Recurso Especial Eleitoral inclusive sob perspectiva pragmática das suas condições de admissibilidade e hipóteses de cabimento; sempre que possível, sob enfoque relacionado à propaganda eleitoral.

2 Interposição e admissibilidade

O Recurso Especial Eleitoral é interposto perante o Tribunal Regional Eleitoral (TRE) recorrido e se dirige ao presidente da corte que exercerá o juízo prévio de admissibilidade. Pode-se atinar com a

4 “1. A pretensão de ser concedido efeito suspensivo a Recurso Especial só prospera quando demonstrado ‘*quantum satis*’ a existência de ‘*periculum in mora*’ e manifestado evidente bom direito. 2. Dirigentes políticos que, por aplicação do art. 41-A, da Lei n. 9.504/97, tiveram os seus mandatos cassados” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em medida cautelar n. 1784 – Ipecaetá/BA. Relator Min. José Augusto Delgado. Brasília, 1^o de agosto de 2006. *DJ*, 23 ago. 2006, p. 108. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o agravo regimental, na forma do voto do relator).

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 635. Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade. Brasília, 24 de setembro de 2003. In: *DJ* 9 de outubro de 2003, p. 2.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 634. Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem. Brasília, 24 de setembro de 2003. In: *DJ* 9 de outubro de 2003, p. 2.

possibilidade de o regimento interno atribuir ao vice-presidente, por exemplo, o exercício desse mister, entretanto o CE (art. 278, § 1º) é expresso ao estabelecer que o juízo de admissibilidade cabe ao presidente.

Esclareça-se, ou relembre-se, o juízo de admissibilidade é bipartido, porque realizado na instância recorrida e, novamente, na revisora, no caso o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que não se vincula ao exame anterior, sempre tão precário quanto aquele realizado pela instância revisional. Isso se admitido perante o TRE, ou subindo o REspe por meio da interposição de agravo de instrumento, vale registrar.

Esse juízo de admissibilidade deve confrontar os requisitos elementares, tais como legitimidade para recorrer, tempestividade e adequação, que no caso diz especificamente com o cabimento nas hipóteses descritas no texto constitucional. Não há preparo, pois no processo eleitoral não incidem custas e despesas processuais.

Quanto ao conteúdo, o que se pode examinar em sede de juízo de admissibilidade de REspe, fundado em dissídio jurisprudencial, é se os paradigmas apontados referem-se, ou não, ao caso recorrido, sem se prender a detalhes; se se amoldam mesmo, isso, porém, é papel da superior instância examinar. Nisso deve consistir, logicamente, o exame prefacial. O revolvimento de matéria fática, se houver – a comparação entre o caso concreto e o trazido como paradigma –, é mera consequência da análise meritória dessa espécie de Recurso Especial e somente o relator no TSE tem poderes para discernir a respeito; definitivamente não cabe nos juízos de prelibação exercitados na instância recorrida, porque dizem com a decisão meritória.

Noutro giro, também não será papel do órgão judicante imbuído do juízo de admissibilidade, no TRE, detidas análises sobre a possível não caracterização de afronta à lei. Se em tese há a ofensa, se está ela *a priori* demonstrada, o caminho acertado é a admissibilidade do REspe, com a remessa ao TSE. Mas, como esses limites são muito sutis, facilmente passíveis de serem ultrapassados, parte da doutrina asseve que basta a afirmação da afronta ou da divergência. Pode ser solução radical, mas tal decorre dos desvios verificados nos juízos de prelibação.

Parece razoável defender-se que o juízo de admissibilidade deve ater-se à perspectiva da plausibilidade da alegação (tratando-se de afronta à lei ou dissídio jurisprudencial), para daí se extrair a conclusão, sempre

preliminar, acerca da viabilidade recursal. Debalde, essa tarefa vem sendo ilegitimamente alargada na instância recorrida, de sorte a alcançar até mesmo o mérito recursal. Ainda que se reconhecendo a aridez da discussão, pondere-se que tem ela despertado a atenção da doutrina, como atesta o excerto a seguir colacionado:

Muito embora seja um corolário da garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal), e, simplesmente por isso, não tolere outras limitações que não aquelas taxativamente previstas em lei, o direito de recorrer tem sido alvo de restrições legais e jurisprudenciais, justificadas pela busca incessante dos cânones da celeridade e da efetividade.

Especificamente quanto ao recurso especial, não nos parece que a forma de aplicação dessas restrições seja juridicamente válida. Com efeito, uma detida análise das mais recentes decisões das Cortes brasileiras revela, com a devida vênia, a distorção do juízo que precede a admissão daquele apelo extremo [...]

2 - A SOBREPOSIÇÃO ENTRE JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E JUÍZO DE MÉRITO NOS RECURSOS ESPECIAIS INTERPOSTOS COM BASE NA ALÍNEA “A” DO ART. 105, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

[..]

Uma leitura apressada do citado comando constitucional poderia levar à conclusão de que só caberia recurso especial nas hipóteses de efetiva violação ao direito federal, de modo que o juízo de admissibilidade, além da verificação dos pressupostos, englobaria, necessariamente, a análise da procedência das alegações deduzidas pelo recorrente.

Tal entendimento, porém, não nos parece adequado, porquanto implica em indevida sobreposição entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito e, por via de consequência, acaba se transformando num dos mais severos entraves opostos à admissão do recurso especial.

No Superior Tribunal de Justiça, a questionada sobreposição sempre foi permitida [...]

Com a devida vênia, tal orientação parece-nos inconsistente e até mesmo contraditória, haja vista que se o Tribunal a quo, sob o pretexto de investigar o preenchimento dos pressupostos, passa a tecer considerações

acerca do mérito do recurso especial - ou seja, se ocorreu ou não a alegada contrariedade -, temos, então, não um juízo de mera admissibilidade, mas sim indevida usurpação da função constitucional atribuída exclusivamente ao Superior Tribunal de Justiça.

[...]

Pensamos, salvo melhor juízo, que a orientação mais correta é aquela segundo a qual o Tribunal a quo, por ocasião do juízo de admissibilidade, deve perquirir acerca da existência de viabilidade na afirmação do recorrente de que o ordenamento jurídico infraconstitucional foi malferido, na esteira dos ensinamentos de Nelson Luiz Pinto, para quem “Não tem, pois, o Presidente do Tribunal a quo competência para apreciar se a decisão recorrida violou, efetivamente ou não, lei federal ou tratado. Assim, o seu juízo de admissibilidade se deve limitar, neste caso, à análise dos aspectos formais e da plausibilidade ou razoabilidade da alegação de ofensa à lei federal, sem, entretanto, adentrar ou adiantar qualquer apreciação de seu mérito⁷.”

O avanço, resultante em inadmissibilidade, é suscetível de causar grave prejuízo ao recorrente. A uma porque se vê ele obrigado a mais um esforço para destrancar o REspe; a duas porque é mais um prazo recursal a ser observado.

2.1 Agravo contra a decisão de inadmissão

A decisão que traduz o juízo de admissibilidade do REspe no TRE, seja ela pela admissão ou não, deve sempre ser fundamentada⁸, por imperativo legal e para que a parte possa conhecer e, querendo, impugnar seus fundamentos por meio de agravo de instrumento.

A deliberação que nega a subida pode ser combatida por agravo de instrumento (art. 279 da Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral) no prazo de três dias, para o qual, convém deixar-se bem marcado, não incide juízo de admissibilidade perante os Tribunais Regionais Eleitorais (§ 5º do mencionado art. 279). Os autos devem

7 ZANFERDINI; RABELO, 2010.

8 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 123. A decisão que admite, ou não, o recurso especial deve ser fundamentada, com o exame dos seus pressupostos gerais e constitucionais. Brasília, 2 de dezembro de 1994. In: *DJ* 9 de dezembro de 1994, p. 34142.

simplesmente ser instruídos e necessariamente remetidos à instância superior, embora seja patente que da intempestividade resultará o não conhecimento no TSE.

A fórmula usada pelo legislador foi imprópria, pois o art. 279 do Código Eleitoral (CE) estatui que, “denegado o recurso especial, o recorrente poderá interpor, dentro em 3 (três) dias, agravo de instrumento”. Claro que não se trata de denegação, expressão que envolve a resolução de mérito do recurso, mas de inadmissão do REspe.

A interposição do agravo de instrumento faz-se por meio de petição, que deverá conter a súmula dos fatos e do direito, as razões do pedido de reforma⁹ e a indicação das peças a serem trasladadas, entre as quais, necessariamente, a decisão recorrida e a certidão de intimação (CE, art. 279, §§ 1^o e 2^o)¹⁰. É de bom alvitre seja juntada peça que ateste a tempestividade do REspe, quando a inadmissibilidade deu-se com base na análise desse pressuposto¹¹.

É preciso cautela em relação à certidão de intimação, pois por vezes a parte junta a cópia de algum carimbado (ou certidão impressa, folha dos autos do processo) dos autos que, entretanto, pode não ser aceito como certidão, dando azo ao não conhecimento do agravo no TSE, por ausência de juntada de peça indispensável¹². Isso, ressalve-se, é menos comum que

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 287. Nega-se provimento ao agravo, quando a deficiência na sua fundamentação, ou na do recurso extraordinário, não permitir a exata compreensão da controvérsia. Brasília, 13 de dezembro de 1963. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 130.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 288. Nega-se provimento a agravo para subida de recurso extraordinário, quando faltar no traslado o despacho agravado, a decisão recorrida, a petição de recurso extraordinário ou qualquer peça essencial à compreensão da controvérsia. Brasília, 13 de dezembro de 1963. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 130.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 639. Aplica-se a Súmula 288 quando não constarem do traslado do agravo de instrumento as cópias das peças necessárias à verificação da tempestividade do recurso extraordinário não admitido pela decisão agravada. Brasília, 24 de setembro de 2003. In: *DJ* 9 de outubro de 2003, p. 2.

12 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 223. A certidão de intimação do acórdão recorrido constitui peça obrigatória do instrumento de agravo. Brasília, 2 de agosto de 1999. In: *DJ* 25 de agosto de 1999, p. 31.

ocorra, ou tende a não acontecer, no âmbito da Justiça Eleitoral, uma vez que o próprio presidente pode determinar a instrução (juntada de peças) do agravo em caráter suplementar às partes, consoante previsão do art. 279, § 4º, do CE. Mas é melhor prevenir do que remediar, obtendo, no caso, a competente certidão na secretaria judiciária.

Se a parte não providenciou diretamente a juntada de todas as peças, limitando-se a indicá-las para traslado, pelo TRE, deve estar bem atenta, pois disso decorrerão custas (art. 279, § 7º, do CE) – não para o Ministério Público Eleitoral –, e, de seu eventual não recolhimento (por meio de Guia de Recolhimento da União – GRU), a possível aplicação de pena de deserção, com o consequente não conhecimento do agravo no TSE¹³. E a parte não deve esperar que seja intimada a fazer o recolhimento, sendo incumbência sua a iniciativa de fazê-lo.

Como o agravo não pode ter sua remessa ao TSE obstada pelo presidente do TRE – não lhe cabe realizar juízo de admissibilidade desse agravo de instrumento –, ainda que notoriamente intempestivo, o agravado deverá sempre ser intimado para contrarrazões, no tríduo legal (CE, art. 279, §§ 5º e 3º).

O CE omite-se acerca da possibilidade de retratação, do presidente do TRE, da decisão que inadmitiu o REspe. Contudo, o Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral (RITSE) prevê essa hipótese – com efeito, a retratabilidade é da essência dos recursos de agravo – no § 3º do art. 36. Dessa forma, deve a parte agravada (recorrida no REspe) ter o cuidado de refutar, adequadamente, ao ensejo das contrarrazões no agravo de instrumento, também os fundamentos do REspe, pois pode não ter outra oportunidade de fazê-lo, haja vista que, nos próprios autos do agravo, o TSE, caso provido o agravo, pode passar ao julgamento meritório do

13 “Agravo regimental. Agravo de instrumento. Formação. Cópias. Valor. Recolhimento. Intimação. Desnecessidade. Deserção. Art. 3º, § 2º, da Res.-TSE n. 21.477/2003. 1. A aplicação das regras do Código de Processo Civil ocorre de maneira subsidiária quando ausente disciplina própria para a matéria no processo eleitoral. 2. O agravante está obrigado a recolher, no prazo de dois dias contados do ajuizamento do agravo, o valor relativo à extração das peças indicadas para formação do instrumento, sob pena de deserção” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 6809 – Reginópolis/SP. Relator Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. Brasília, 11 de abril de 2006. DJ 12 de maio de 2006, p. 142. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator).

REspe, se entender o relator que se encontra suficientemente instruído o agravo. Caso contrário, se o ministro-relator apenas determinar a subida do REspe (§ 4º do art. 36 do RITSE), aí sim a parte recorrida no REspe deverá ser, pelo presidente do TRE, intimada a apresentar as suas contrarrazões.

2.2 Pressupostos recursais

Na doutrina, em síntese apertada, colhe-se o seguinte sobre os pressupostos de admissibilidade do Recurso Especial:

Analisando os pressupostos de admissibilidade do recurso especial, teremos em primeiro lugar, sem maiores peculiaridades, os pressupostos dos recursos em geral: como requisitos intrínsecos, o cabimento, a legitimidade para recorrer, o interesse para recorrer, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer; como requisitos extrínsecos, a tempestividade, a regularidade formal e o preparo (por todos, Flávio Cheim Jorge, *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*, Forense, 2003, n.s 9.1 e ss.).

Além disso, e porque o recurso é manifestação (no curso do procedimento) do direito de ação, repete-se aqui, analogicamente, a exigência das chamadas (mui impropriamente) ‘condições da ação’: assim “à possibilidade jurídica do pedido corresponde o cabimento; à legitimação para a causa, a legitimidade para recorrer” (Nelson Nery Jr., *Princípios Fundamentais – teoria geral dos recursos*, 5ª ed., RT, 2000, pp. 240-241). (CARNEIRO, 2009, p. 19).

Analisemos individualmente esses pressupostos, pelo menos no quanto basta à compreensão da matéria em estudo.

2.2.1 Preparo

Repise-se, o REspe não está sujeito a preparo, haja vista, como já dito, não serem cobradas custas e despesas processuais na Justiça Eleitoral, que arca, integralmente, com todos os custos respectivos ao processo eleitoral, salvo no concernente ao agravo, conforme alhures mencionado.

A parte recorrente, portanto, não deverá realizar qualquer depósito ou pagamento de taxa referente à remessa de seu REspe ao TSE. Desde

que admitido, considerando-se os demais requisitos analisados no juízo de prelibação, o recurso irá à superior instância.

2.2.2 Prazo e tempestividade

Uma marca acentuada do processo eleitoral é a exiguidade dos prazos.

Em menos de cinco meses, nos anos de eleição, registra-se o período de efervescência dos atos e fatos concernentes às eleições, de todos os fenômenos a elas relacionados, donde decorre, por imperativo lógico, que o processo eleitoral deve submeter-se a essa realidade.

Nessa alheta, o prazo legal para interpor REspe é, nos termos do art. 276, § 1º, do Código Eleitoral, de três dias, contados da publicação da decisão, que hodiernamente vem-se dando por meio de diário de justiça eletrônico, exceção feita àqueles casos em que o TSE determina, nas suas instruções, a publicação do acórdão em sessão.

A contagem segue, em termos, a norma processual civil (art. 184 do Código de Processo Civil – CPC), iniciando-se no dia seguinte à data da publicação do diário oficial que veicula a decisão, incluído o dia do vencimento.

Há alguns anos a Justiça vem optando pela publicação por meio eletrônico, mediante a criação de diários de justiça eletrônicos, inclusive como etapa à completa implantação do processo eletrônico, ora em curso. O permissivo legal acha-se nos arts. 154 do CPC¹⁴ e 4º da Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, altera o CPC e dá outras providências. A teor, em especial, desta última, fica claro que a publicação eletrônica substitui qualquer outro meio de publicação oficial, para todos os fins legais, salvo quando a lei exija intimação ou vista pessoal.

Especial atenção merecem os §§ 3º e 4º da Lei n. 11.419/2006, que estabelecem como dia da publicação o dia seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico, ou seja, quanto a esta, o

14 CPC, art. 154, parágrafo único: “Os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP - Brasil. (incluído pela Lei n. 11.280, de 2006)”.

dia em que é tornado acessível na Internet e, como data de início da contagem do prazo recursal, o dia útil seguinte ao considerado como data da publicação.

Entretantes, observe-se que as resoluções baixadas pelo Tribunal Superior Eleitoral, a cada eleição (nesse caso, ditas “Calendário Eleitoral”), estabelecem a data a partir de quando – e até quando – os prazos processuais não se suspendem nem se interrompem nos finais de semana e feriados. Assim, durante esse interregno, recaindo a data de publicação numa sexta-feira, o primeiro dia do prazo é o dia seguinte, ou seja, o sábado, e se coincidir com uma quinta-feira, o dia final será o domingo. Toda a atenção é pouca para as especificidades do processo eleitoral!

Somente se admitido o recurso, pelo presidente do TRE, é que o recorrido será intimado para oferecer contrarrazões (CE, art. 278, §§ 1º e 2º). O prazo para as contrarrazões, em que pese a redação um pouco confusa do art. 278, é de três dias, ou seja, o mesmo previsto para recorrer, conforme, aliás, esclarece o art. 36, § 1º, do RITSE.

Dessarte, conquanto de modo muito singelo, averbe-se que tempestivo será o REspe aviado dentro do prazo de três dias, respeitadas as peculiaridades acima apontadas.

Em relação ao Ministério Público, mais adiante, no item 2.2.3.1, pretende-se elaborar um aprofundamento, ferindo-se algumas peculiaridades da instituição no que concerne à intimação, prazo para recorrer e legitimidade.

2.2.2.1 Prematuridade do Recurso Especial

Um detalhe que não pode ser negligenciado, pelos advogados e pelo Ministério Público Eleitoral, é a possibilidade de não conhecimento do REspe por prematuridade. Prematuro porque interposto antes do encerramento do prazo, ou de seu início, conforme se interprete. A declaração de intempestividade, nessas circunstâncias, retrata rematada formalidade.

Fato, entretanto, é que a jurisprudência não vem conhecendo de REspes (de forma disseminada no Superior Tribunal de Justiça, mas já se encontram registros no TSE), por intempestividade, quando protocolados

na pendência de julgamento de embargos de declaração. Alguns julgados, de maneira mais razoável, reconhecem que essa extemporaneidade só deve ser declarada quando há modificação no acórdão recorrido que o torna incompatível com o REspe adrede interposto. Convenhamos, trata-se, a hipótese, de uma excepcionalidade, que sequer deveria ser considerada para prejudicar o conhecimento desse recurso, no que não fosse de todo incompatível com o resultado do julgamento dos embargos.

A forma de prevenir o “sancionamento” em tais casos, também de conformidade com a jurisprudência, é promover, após a publicação do acórdão nos embargos de declaração, a ratificação do REspe já interposto¹⁵, ou mesmo desconsiderá-lo, interpondo um novo, anunciando que substitui o anterior.

O formalismo vai aumentando na proporção inversa à garantia do acesso à justiça, pois todas essas exigências, condições e singularidades erigidas pelos tribunais, ou por eles absorvidas – os advogados não devem ter consciência do desserviço que prestam à justiça ao desenvolverem tão lamentáveis teses; o que se pondera, naturalmente, quanto às que não são imaginadas pelos próprios juízes –, servem para obstar o julgamento meritório dos recursos, tornando mais ágil, embora menos justa, a justiça. Isso, parece-nos, não corresponde ao princípio constitucional do tempo razoável do processo e do acesso à justiça.

2.2.2.2 Embargos de declaração

O tríduo legal para a interposição de REspe, como sói quanto aos recursos em geral, é peremptório, ressalvada a oposição de embargos de declaração no mesmo prazo.

¹⁵ “Recurso especial. Agravo regimental. Recurso prematuro. Interposição antes do julgamento dos embargos de declaração. Ratificação. Ausência. Vias ordinárias. Não exaurimento. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. É prematuro o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, salvo se aquele for ratificado no prazo recursal, o que não ocorreu na espécie” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 26092 – Rio Branco/AC. Relator Min. Joaquim Benedito Barbosa Gomes. Brasília, 19 de agosto 2008. *DJ*, 12 de setembro de 2008, p. 130. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o Agravo Regimental, nos termos do voto do Relator).

Nos termos do art. 275, § 4º, do CE, os embargos suspendem o prazo de outros recursos, mas a doutrina e a jurisprudência seguem o Código de Processo Civil (CPC), considerando que se trata de interrupção do prazo (CPC, art. 538). Com certeza isso é mais razoável, mormente diante dos exíguos prazos eleitorais.

Todavia, a pacífica jurisprudência do TSE, cuidando de representações sobre propaganda eleitoral e, de um modo geral, de processos em que se contende acerca da aplicação das normas da Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições - LE), o prazo, ao contrário do que prevê o Código Eleitoral, é de apenas 24 horas¹⁶.

É de se lamentar, porque a lei foi “modificada” por decisão judicial, sendo que ainda se acha em plena vigência. Com a devida vênia, cuida-se de escancarada negativa de vigência à lei federal.

A corroborar a afirmação, consigne-se inexistir previsão legal na Lei das Eleições (LE) acerca do prazo para interposição dos embargos de declaração, pelo que não há justificativa legal para a sua interposição no prazo de 24 horas, tratando-se de acórdão embargado de TRE.

Está bem que das decisões dos juízes eleitorais auxiliares caibam embargos de declaração tão somente no prazo de 24 horas. Há uma razão

16 “AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROPAGANDA ELEITORAL IRREGULAR. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. INSTÂNCIA ORDINÁRIA. PRAZO RECURSAL. 24 HORAS. INTEMPESTIVIDADE. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. INTEMPESTIVIDADE REFLEXA. PREFEITO. ELEIÇÕES 2008. NÃO PROVIMENTO. 1. O art. 279 do Código Eleitoral, o art. 36, § 2º, do RI-TSE, o art. 21, § 4º, da Res.-TSE n. 22.624/2007 (relativo às eleições de 2008) e também o art. 34, § 4º, da Res.-TSE n. 23.193/2009 (relativo às eleições de 2010) dispõem que o prazo para a interposição do agravo de instrumento contra decisão que não admite recurso especial eleitoral é de três dias. Precedente: RO n. 1.679/TO, Rel. Min. Felix Fischer, voto-vista do Min. Arnaldo Versiani, DJe de 1º.9.2009. 2. O prazo recursal para o oferecimento de embargos de declaração, em instância ordinária, nas representações relativas ao descumprimento da Lei n. 9.504/97 é de 24 (vinte e quatro) horas. 3. Os embargos de declaração extemporâneos não interrompem o prazo para interposição do recurso especial eleitoral. Logo, padece de intempestividade reflexa o apelo especial interposto pelos agravantes. 4. Agravo regimental não provido” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 10723 – Belém/PA. Relator Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior. Brasília, 20 de maio de 2010. DJE, 3 de agosto de 2010, p. 263. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o Agravo Regimental, nos termos do voto do Relator).

lógica para isso! Não fosse assim, a parte que perdesse o prazo recursal de 24 horas apresentaria embargos de declaração em três dias, conseguindo reabrir o prazo recursal. Mas, perante os TREs, isso não se justifica, pois o prazo do recurso especial é exatamente o mesmo dos embargos, i. e., de três dias, não dando margens a manobras procrastinatórias destinadas à burla legal.

Debalde, reitere-se, esse prazo de 24 horas acha-se pacificado na jurisprudência do TSE e, uma vez não observado – ou seja, ainda que o TRE acate o prazo de três dias –, daí decorrerá, como anotado no acórdão acima joeirado, o não conhecimento do REspe, no TSE, por intempestividade reflexa. Entenda-se: os embargos foram tidos por extemporâneos, porque agitados em três dias e não em 24 horas, e como desiderato adveio a declaração de intempestividade do recurso, embora aparelhado no tríduo.

Enquanto não revista essa jurisprudência, portanto, no interesse do resultado útil do processo, esqueça-se o prazo legal de três dias, observando-se, fiel e cabalmente, o prazo definido pelo TSE.

2.2.3 Legitimidade e interesse para recorrer

O Código de Processo Civil (CPC) tratou de ambos os pressupostos no art. 499, dispondo que “o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público”. Portanto, tem-se aí a “definição” de quem detém legitimidade para recorrer: partes, Ministério Público e terceiro prejudicado.

O interesse decorre da sucumbência, seja ela total ou parcial. Somente para quem teve a pretensão levada a juízo negada, ou parcialmente indeferida, surge a oportunidade de recorrer, pois não é possível, juridicamente falando, submeter-se a pretensão deferida ao reexame por puro capricho ou eventual busca de maior certeza jurídica; isto não existe, não se admite a movimentação da máquina jurisdicional do Estado para tais despropositadas finalidades. À frente melhor examinamos a posição do Ministério Público.

Quanto ao terceiro prejudicado, estabelece o § 2º do art. 499 do CPC, cabe “demonstrar o nexa de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial”, ou seja,

de que forma sofre, em sua esfera jurídica individual, os efeitos da decisão, malgrado não tenha sido parte no processo.

Volvendo-se os olhos para a propaganda eleitoral, especificamente num processo que envolva corte de tempo ou pedido de direito de resposta na propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, pode-se imaginar o partido político ou a coligação partidária como terceiro prejudicado. Como o tempo de propaganda não é do candidato, mas do seu partido (ou da coligação, caso esteja coligado para aquelas eleições), deve ele ser chamado a integrar o polo passivo da relação processual. Mas imagine-se que isso não tenha acontecido, embora seja difícil imaginar a possibilidade, pois a Justiça Eleitoral é muito vigilante, muito atenta a esses aspectos. Verificando-se tal situação, entretanto, abre-se a oportunidade para o partido político recorrer na qualidade de terceiro prejudicado, com o escopo de defender o tempo de propaganda subtraído. Pode-se inverter o raciocínio, tratando-se de candidato que não integrou a relação processual, especialmente nas eleições majoritárias.

2.2.3.1 A posição do Ministério Público

O Ministério Público Eleitoral (MPE)¹⁷ atua em todas as fases do processo eleitoral, desde a inscrição dos eleitores, passando pelo registro de candidaturas, propaganda eleitoral, julgamento dos processos e recursos eleitorais e contagem dos votos, até a final proclamação e diplomação dos eleitos. O rol apresentado não pretende ser exaustivo, mas sim meramente exemplificativo dessa atuação, que é verdadeiramente amplíssima, pois deve o MPE estar presente e fiscalizando todo o processo eleitoral, na qualidade de instituição constitucional encarregada da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O interesse público primário permeia todo esse universo, como parece ser evidente.

17 Nos TREs funcionam o Procurador Regional Eleitoral (PRE) e o Procurador Regional Eleitoral Substituto, membros do Ministério Público Federal, designados pelo Procurador Geral Eleitoral (PGE), que é o Procurador Geral da República, na forma da Lei Complementar n. 75/1993, eventualmente coadjuvados por Procuradores Eleitorais Auxiliares. Esses últimos, de igual modo, designados pelo PGE, por indicação do PRE, atuam, muito comumente, nas eleições gerais, perante os Juízes Eleitorais Auxiliares dos TREs.

Assim, a fim de bem se desincumbir dos seus misteres constitucionais, o Ministério Público tem legitimidade para recorrer, não só nos feitos em que figura como autor mas também naqueles em que oficia como fiscal da lei. Aliás, exatamente conforme preconiza o art. 499, § 2º, do Código de Processo Civil.

Atuando como fiscal da lei, contudo, não há que se falar em sucumbência do MP – há, sim, quando é ele autor e, particularmente, sucumbência como negativa da pretensão deduzida –, porque em tais casos sequer há a dedução em juízo de uma pretensão, mas sim a defesa do ordenamento jurídico (Constituição da República e legislação). Nestas circunstâncias, há que se ponderar, no caso concreto, a incidência do princípio da independência funcional. Dessa forma, se um órgão do MP emite parecer num sentido, nada obsta que outro que venha a substituí-lo, por qualquer motivo, tenha entendimento diverso e, com base nesse entendimento, recorra, malgrado esteja a decisão consoante o opínamento anteriormente emitido. A opinião técnica de um órgão do Ministério Público não vincula e nem condiciona a de outro. Nenhuma estranheza há nisso, destaque-se, ante a aplicação do princípio constitucional da independência funcional.

Entrementes, diferentemente do que ocorre no processo civil, aqui o Ministério Público Eleitoral (MPE) não conta com prazo em dobro^{18,19} para recorrer e nem lhe tem sido assegurado o direito de intimação

18 “Representação. Propaganda irregular. Recurso contra sentença interposto pelo Ministério Público. Prazo de 24 horas. Parágrafo 8º do art. 96 da Lei n. 9.504/97. Não aplicação do art. 188 DO CPC” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo de Instrumento n. 1945 – Minas Gerais. Relator Min. José Eduardo Rangel de Alckmin. Brasília, 23 de setembro de 1999. In: *DJ*, 8 de outubro 1999, p. 106. Decisão: Decisão: Por unanimidade, o tribunal negou provimento ao agravo de instrumento).

19 “Recurso ministerial aviado fora do tríduo legal regido pelo art. 258 do Código Eleitoral. Inaplicabilidade, nos feitos eleitorais, da prerrogativa inscrita no art. 188 do Código de Processo Civil, que confere ao Ministério Público prazo em dobro para recorrer. Lex generalis. Submissão ao interesse público maior orientado pelo princípio da celeridade processual, peculiar ao Direito Eleitoral” (BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. Recurso Eleitoral n. 272006 – Cascalho Rico/MG. Relator Juiz Francisco de Assis Betti. Belo Horizonte, 28 de abril de 2006. *DJMG*, 15 de junho de 2006, p. 62. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, não conheceu do recurso.)

mediante vista dos autos (art. 18, inciso II, alínea *h*, da Lei Complementar n. 75/1993), em razão da especialidade da legislação eleitoral, que assim repele as disposições contidas no CPC e no Estatuto do Ministério Público da União. Todavia, em contrarrazões e para opinamento, os autos são encaminhados, é necessário frisar.

A lei acaba por ser cumprida apenas em parte. Como o Procurador Regional Eleitoral, ou seu substituto legal, está sempre presente às sessões do TRE, é comum que ele seja pessoalmente intimado do acórdão imediatamente, na própria sessão, o que coloca o MPE em situação de desvantagem no concernente ao prazo, que começa a ser contado prematuramente, em relação às demais partes. Daí se tem ofensa à igualdade das partes, à paridade de armas, máxime considerando-se que o MPE não raro funciona como autor nos processos eleitorais. Minimamente, em prol da igualização do MPE às demais partes, as intimações deveriam dar-se na sede da Procuradoria Regional Eleitoral, e não no TRE, pois essa nuance interfere na contagem dos prazos recursais.

No processo eleitoral, portanto, o MPE conta, para recorrer, com os prazos estabelecidos no CE, sendo inaplicáveis as previsões do Diploma Adjetivo Civil, assecuratórias do prazo em dobro, e isso se acha plenamente sedimentado, ou seja, é realidade inelutável.

2.2.4 Cabimento

O cabimento do recurso corresponde à hipótese legal de impugnação de um provimento judicial, para fins de reexame, em geral por uma instância de jurisdição hierarquicamente superior. Em geral porque há recursos dirigidos à mesma instância prolatora, como os agravos regimentais, os embargos infringentes e os de divergência.

O recurso especial eleitoral tem as hipóteses de cabimento (aquelas situações em que um acórdão de um Tribunal Regional Eleitoral pode ser guerreado, sendo eventualmente – caso admitido e então conhecido – submetido à reapreciação pelo Tribunal Superior Eleitoral) estabelecidas na Constituição da República. São seus pressupostos constitucionais, portanto, a contrariedade expressa à lei ou à Constituição, ou o dissídio jurisprudencial.

No próximo tópico estuda-se o contorno jurídico do recurso especial eleitoral, sob perspectivas doutrinária e jurisprudencial.

3 Contorno jurídico do Recurso Especial Eleitoral

O Recurso Especial Eleitoral (REspe) está delineado no art. 121, § 4º, incisos I e II, da Constituição Federal:

Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

[...]

§ 4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:

I - forem proferidas contra disposição expressa desta Constituição ou de lei;

II - ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais;

Cumprindo o mandamento do *caput* do art. 121 da CF, tem-se o art. 276, inciso I, alíneas *a* e *b*, do Código Eleitoral (recepcionado como lei complementar), que no entanto esclarece ser o recurso referido nos incisos I e II, acima, o especial. A “Recurso Especial Eleitoral”, especificamente, alude o Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral.

Embora pareça ululante, talvez valha a pena repisar, como não deixam dúvidas as inequívocas disposições da Constituição Federal e do Código Eleitoral, que só cabe Recurso Especial Eleitoral de decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais. Não é possível, portanto, hostilizar decisão de um juiz eleitoral mediante REspe, por falta de amparo legal e evidente quebra do sistema jurisdicional hierarquizado, que não aceita a supressão de instância. Mas isso resultará melhor explicado mais à frente, quando tratarmos da “decisão recorrida”.

Registre-se que o recorrente pode optar por uma das modalidades de REspe acima referidas, mas não há qualquer óbice à cumulação de ambas na mesma petição recursal. Aliás, fazendo-o, potencializa as chances de conhecimento e eventual provimento, o que não é nada desprezível, considerando-se as dificuldades para ultrapassar-se o juízo de admissibilidade nas duas instâncias e, sobretudo, de se auferir a almejada reforma.

Finalmente, o art. 121, § 4º, incisos I e II, da CF e o Código Eleitoral não repetiram a dicção do art. 105, III, da mesma Carta, que trata do cabimento do recurso especial ao STJ: “julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância”. Daí não decorre, todavia, que o conceito de “causa decidida” seja irrelevante em sede de REspe. Não é!

3.1 Conceitos comuns às duas modalidades de REspe

3.1.1 Causa decidida

Conforme Mancuso (2007, p. 140), em comentário ao Recurso Especial comum, mas oportuno no caso em estudo, causa decidida é aquela julgada, em única ou última instância, por tribunal, com ou sem resolução de mérito. E, no caso, preleve-se, de TRE.

Assim, decisão de TRE que não conheça recurso de decisão de um juiz auxiliar da propaganda, *e. g.* por intempestividade, não é resolutive de mérito, mas é de última instância *ordinária* e por isso passível de ser questionada por meio de Recurso Especial Eleitoral.

De única instância são as decisões prolatadas pelos TREs no exercício de sua competência originária, ou seja, não em grau de recurso, atuando como instância revisora. Vejam-se dois exemplos: decisões em ações penais contra deputados estaduais e as de registro de candidatura nas eleições gerais (deputados estaduais/federais, senadores e governadores).

Averbe-se, ainda, que só cabe falar em causa decidida quando existe decisão *definitiva*, isto é, houve o esgotamento da instância ordinária, não cabendo mais qualquer recurso naquela instância²⁰, como embargos infringentes²¹ ou de divergência. Essa também seria a explicação para o não conhecimento de REspe por prematuridade – não há, portanto, o fechamento da instância ordinária –, porque interposto na pendência

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 281. É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada. Brasília, 13 de dezembro de 1963. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 128.

21 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 207. É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem. Brasília, 1º de abril de 1998. In: *DJ*, 16 de abril de 1998, p. 44.

de julgamento de embargos de declaração, como referido ao norte, ao examinarmos a admissibilidade do REspe. Salvo quanto aos embargos de declaração, os outros dois recursos (embargos infringentes²² e de divergência²³) carecem de relevância no âmbito dos TREs pela falta de amparo legal.

Pela razão encimada, também não cabe REspe contra a decisão, embora colegiada, concessiva ou indeferitória de liminar²⁴.

Por fim, e aí tem toda a relevância o silêncio eloquente da Constituição, em sede de REspe não há a limitação decorrente do vocábulo “causa”, que pesa relativamente aos Recursos Especial comum e Extraordinário. Também as decisões dos TREs em matéria administrativa, e não cabe aqui enumerá-las, pois é vasto esse campo, são passíveis de sofrer impugnação por REspe.

3.1.2 Decisão recorrível

A decisão de TRE contra a qual cabe REspe é, necessariamente, o acórdão, ou seja a decisão colegiada. Os TREs não funcionam em composição fracionária, em turmas ou câmaras, mas sempre na forma plenária, mediante a reunião de todos os seus sete membros. Esse número, advirta-se, não representa o quórum de instalação de sessões, isto é, a

22 “Não são cabíveis embargos infringentes, no âmbito da Justiça Eleitoral, ante a falta de previsão legal. Precedentes” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Embargos Infringentes em Mandado de Segurança n. 3727 – Porto Velho/RO. Relator Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 18 de junho de 2009. DJE, 18 de setembro de 2009, p. 23-24. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, não conheceu dos Embargos Infringentes, nos termos do voto do Relator).

23 “São incabíveis embargos de divergência no âmbito da Justiça Eleitoral. Embargos rejeitados” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Embargos de Declaração em Recurso Ordinário n. 748 – Belém/PA. Relator Min. José Gerardo Grossi. Brasília, 07 de março de 2006. DJ, 7 de abril de 2006, p. 165. Decisão: O Tribunal, por maioria, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do relator. Vencidos os Ministros Marco Aurélio, que provia os embargos para lhes conferir eficácia modificativa, e o Ministro César Asfor Rocha, que acompanhava parcialmente a divergência. Votou o Presidente).

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 735. Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar. Brasília, 26 de novembro de 2003. DJ, 9 de dezembro de 2003, p. 2.

ausência ocasional de um ou mais juízes não impede a instalação e a realização de sessões de julgamento.

Decisão monocrática de relator, ou do presidente da Corte Eleitoral, não é acórdão, não rendendo, por isso, ensanchas à interposição de recurso especial eleitoral. A decisão colegiada deve ser buscada, em tais casos, eventualmente mediante agravo previsto no regimento interno do TRE respectivo.

O mesmo se diga quanto às decisões dos Juízes Auxiliares da Propaganda, que são designados (Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997) para funcionarem nos TREs, com competência para conhecerem e julgarem as reclamações e representações relativas à Lei das Eleições nas eleições gerais, ou seja, em matérias que, ordinariamente, são de competência das Cortes Eleitorais e não do primeiro grau de jurisdição eleitoral. O recurso cabível de suas decisões é aquele previsto no art. 95, § 8º, da LE, e o acórdão daí resultante é que pode ensejar recurso especial, e não a decisão do juiz auxiliar, que é monocrática.

Não é porque o juiz funciona temporariamente ou integra um órgão jurisdicional colegiado, exercendo função jurisdicional típica dessa Corte, que colegiadas serão todas as suas decisões. De maneira nenhuma, e a observância, a atenção para com esse detalhe, é fundamental para garantir a sobrevida do REspe, num primeiro momento.

3.1.3 Descabimento para reexame de matéria fática

É também assente, e até bem antiga, a jurisprudência dos tribunais superiores em inadmitir recursos excepcionais quando exigido o reexame da matéria fática, o reexame de provas. Tanto é assim que o STF²⁵ e o STJ²⁶ têm súmulas a esse respeito.

25 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 279. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Brasília, 13 de dezembro de 1963. Súmula da Jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 127.

26 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 7. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Brasília, 28 de junho de 1990. DJ, 3 de julho de 1990, p. 6478.

Particularmente no que interessa ao presente estudo, no TSE a situação não é diferente, como se vê pela reiterada jurisprudência²⁷ dessa Superior Corte Superior, que inclusive fundamenta seu entendimento na Súmula 279 do STF.

Acertadamente, obtempera Mancuso, “o espectro de sua cognição não é amplo, como nos recursos comuns (máxime a apelação), mas, ao invés, é restrito aos lindes da matéria jurídica”. (MANCUSO, 2007, p. 161-162).

Vale observar que tanto a súmula do STF quanto a do STJ falam em *simples* reexame de prova. Quer-nos parecer, pois, que, em alguma medida, pelo menos no que for suficiente à compreensão e à solução da controvérsia jurídica posta, algum revolvimento da matéria fática é admissível, compreensível, natural, senão necessário. Esse posicionamento, se exacerbado, levado ao extremo, pode conduzir à inviabilização do exame de recursos especiais, sobretudo aqueles fundados em divergência jurisprudencial. A doutrina mais autorizada, e novamente nos escudamos em Mancuso, não discrepa desse entendimento:

Ocorre que nem sempre é fácil traçar as fronteiras entre o que é matéria de fato e matéria jurídica. E, ao que se colhe dos esforços da doutrina e da jurisprudência a esse respeito, possivelmente o critério preferível resida na aferição, *in specie*, sobre qual dos aspectos se apresenta predominante, se o fático ou o jurídico, até porque, como se sabe, *ex facto oritur jus*. No ponto, Tereza Arruda Alvim Wambier: ‘Parece-nos que a questão será predominantemente fática, do ponto de vista técnico, se para que se redecida a matéria, houver necessidade de reexaminar provas, ou seja, de se reavaliar como os fatos teriam ocorrido em função da análise do material probatório produzido’. (MANCUSO, 2007, p. 162).

27 “Propaganda eleitoral. Outdoor. 1. Para rever a conclusão do Tribunal a quo de que houve a veiculação de propaganda eleitoral mediante outdoor, seria necessário o reexame de fatos e provas, vedado em sede de recurso especial, a teor da Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. 2. É incabível a redução da multa aplicada, quando fundamentada a decisão que fixa seu valor. Agravo regimental não provido” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 44173 – Palmas/TO. Relator Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. Brasília, 12 de maio de 2011. DJE, 28 de junho de 2011, p. 54. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o agravo regimental, nos termos do voto do Relator).

A prevalecer a doutrina encimada, e, convenhamos, é tese sedutora e convincente, não é difícil de atinar com o quanto de recursos especiais, notadamente na Justiça Eleitoral, deixam de ser conhecidos e julgados. E isso, ressalte-se com a máxima vênua, com fulcro em uma compreensão que denota verdadeira ojeriza ao fato, em que pese, muito comumente, a evidência de que o descortino da controvérsia jurídica, e a decisão sobre se ali houve agressão à lei, ou se os acórdãos invocados são com efeito paradigmas, revela-se absolutamente inviabilizada sem o mínimo confronto do fato concretizado no bojo dos autos.

O limite deve mesmo residir no reexame da prova. Dessa forma, será o caso concreto – como imaginá-lo dissociado, por completo, da matéria fática? –, vivificado pelo bom senso do julgador, que apontará, adequadamente, os lindes a serem respeitados, sob pena de frustração da finalidade dessa forma de impugnação.

3.1.4 Inviabilidade para correção de julgado

Os recursos excepcionais são vocacionados à preservação da unidade, do império do texto constitucional e da lei federal – no âmbito do TSE, ambas –, consoante se extrai da dicção dos dispositivos de regência da Carta Federal e, de modo cristalino, dilucida a jurisprudência do Egrégio STJ^{28,29}.

28 O recurso especial não foi concebido como instrumento para corrigir erros ou injustiças. Seu destino é garantir a boa aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação em todo o Brasil. O pressuposto de seu cabimento é a existência de decisão que tenha (CF – Art. 105, III): a) contrariado a lei federal ou lhe negado vigência; b) declarado a eficácia de lei ou ato administrativo estadual, impugnado frente à lei federal; c) divergido, na interpretação de lei federal, de acórdão formado em outro tribunal. Fora dessas situações, o recurso é incabível. Para que se demonstre o adimplemento de tais requisitos é que se exige o prequestionamento do tema federal” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de declaração no Recurso Especial n. 225671 – Maranhão. Primeira Turma, Relator Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, 11 de setembro de 2001. In: *DJ*, 5 de novembro de 2001, p. 82. Decisão: Por unanimidade, rejeitar os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator).

29 “As instâncias ordinárias quando julgam a lide baseiam-se nos fatos e nas provas carreadas aos autos e o recurso especial não pode revê-los. Sua atribuição constitucional é uniformizar a interpretação da lei federal e preservar sua autoridade” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 102.710/SP. Terceira Turma, Relator Min. Waldemar Zveiter.

No mesmo sentido a abalizada doutrina constitucional:

Como garantia de respeito à Constituição Federal, o legislador constituinte erigiu o STF em guardião da constituição, consagrando sua competência recursal extraordinária para que, por via recursal, possa assegurar a supremacia das normas constitucionais, de acordo com a sua própria hermenêutica. (MORAES, 2007, p. 1481).

O acima expendido aplica-se, *mutatis mutandis*, ao REspe, qual luva na mão do dono.

Essa vinculação ao direito – o atendimento do direito subjetivo do recorrente é sempre secundário e mera repercussão – em si, à reta interpretação e aplicação da matéria jurídica que dimana da norma (legal ou constitucional), sem mais disceptação da matéria fática, conforme demonstrado no item anterior, está na gênese da Súmula 456³⁰ do STF.

3.2 Decisão contra disposição expressa de lei ou da Constituição

3.2.1 Abrangência

O Recurso Especial Eleitoral (REspe) apresenta uma fundamental distinção em relação ao seu congênere da Justiça comum, o Recurso Especial (REsp), de competência do STJ, no que diz com a abrangência. É que no Recurso Especial Eleitoral pode ser esgrimida, também, a agressão ao texto constitucional e não apenas ao texto legal. Mas não se trata de algo *sui generis* em nosso ordenamento jurídico, uma vez que o Recurso de Revista, de competência do Tribunal Superior do Trabalho, também tem espectro igualmente ampliado.

O Código Eleitoral, que é do ano de 1965, e neste ponto não foi diretamente alterado, refere-se apenas a lei. Foi a Constituição de 1988 a responsável pela ampliação da competência do TSE, que passou assim a conhecer também de matéria constitucional, sem embargo, naturalmente,

Brasília, 27 de agosto de 1996. In: *DJ*, 21 de outubro de 1996, p. 40.262. Decisão: Por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental).

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 456. O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie. Brasília, 1^a de outubro de 1964. Diário de Justiça, 8 de outubro de 1964, p. 3.647.

da competência do Supremo Tribunal Federal, que sempre tem a última palavra nessa matéria³¹.

Essa diferenciação merece ser destacada, porque não é tão óbvia quanto pode parecer em simples leitura do art. 121, § 4º, inciso I, da CF. O fato de esses cânones constitucionais gizarem que das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais caberá recurso, quando forem proferidas contra disposição expressa da CF ou de lei, não implicaria dizer que o recurso adequado a discutir tais decisões seria o REspe. A alusão poderia, perfeitamente, ser ao Recurso Extraordinário.

Talvez os primeiros exegetas tenham logo percebido que não faria muito sentido repetir a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar o Recurso Extraordinário, haja vista que já inserida no art. 102, inciso III, alínea *a*, da CF. Mormente situando-se a reiteração em sessão da Constituição que dispõe acerca dos tribunais e juízes eleitorais. Tratava-se mesmo de cometimento de competência ao Tribunal Superior Eleitoral, portanto. Nesse sentido alinham-se o escólio de Cândido³² e a jurisprudência do TSE.

Quanto à lei a que se reporta o art. 121, § 4º, inciso I, da CF, o termo abrange a lei federal e as resoluções expedidas pelo próprio TSE³³, mas

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 728. É de três dias o prazo para a interposição de recurso extraordinário contra decisão do Tribunal Superior Eleitoral, contado, quando for o caso, a partir da publicação do acórdão, na própria sessão de julgamento, nos termos do art. 12 da Lei n. 6.055/1974, que não foi revogado pela Lei n. 8.950/1994. Brasília, 26 de novembro de 2003. In: DJ - Diário de Justiça, 9 de dezembro de 2003, p. 2.

32 “O art. 121, § 4º, da Constituição Federal, modificou, em parte, o art. 276, I, a, do Código Eleitoral. Hoje aquele quase trintenário permissivo de Recurso Especial está assim redigido: “§ 4º. Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando: I – forem proferidas contra disposição expressa desta Constituição ou de lei; (...).” (CÂNDIDO, J. J. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 14. ed., rev., atual. e ampl. Bauru: Edipro, 2010, p. 248).

33 “É mister que o recorrente, no recurso especial, aponte especificamente em que ponto o acórdão recorrido afrontou dispositivo da Constituição, de lei ou de resolução deste Tribunal, sob pena de não ser conhecido por falta de fundamentação” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 5838 – Queimados/RJ. Relator Min. Francisco César Asfor Rocha. Brasília, 13 de setembro de 2005. In: DJ, 28 de outubro de 2005. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o agravo regimental, nos termos do voto do relator).

não os regimentos internos³⁴ dos TREs³⁵; as súmulas de jurisprudência consolidada³⁶; a lei estadual³⁷, incluindo a Constituição Estadual; e tampouco a lei municipal³⁸.

3.2.2 Significado de “contra disposição expressa”

O acórdão – a decisão colegiada, não a monocrática, insiste-se – prolatado “contra disposição expressa”, de lei ou da Constituição, só pode ser aquele que vulnera frontalmente, vai literalmente *de encontro*, choca-se com a norma.

A agressão deve ser clara, manifesta, porque a jurisprudência dos tribunais superiores, inclusive a do TSE, é no sentido do não cabimento de

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 399. Não cabe recurso extraordinário, por violação de Lei Federal, quando a ofensa alegada for a regimento de tribunal. Brasília, 3 de abril de 1964. In: Diário de Justiça, 8 de maio de 1964, p. 1239.

35 “PROPAGANDA ELEITORAL. REPRESENTAÇÃO. [...] ART. 96, § 8º, DA LEI N. 9.504/97 [...] 2. A alegada violação a dispositivo de regimento interno de tribunal regional, em sede de recurso especial, encontra óbice nas Súmulas n.s 399 e 280 do c. STF. Nesse sentido também, há reiterada jurisprudência do e. STJ, uma vez que a norma regimental de tribunal local não se enquadra no conceito de lei federal: REsp 766187/BA, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 31.5.2007; REsp 88993/DF, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 10.6.1996; AgRg no Ag 325695/MT, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 31.3.2003; AgRg no Ag 641363/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 13.2.2006; REsp 298439/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 10.6.2002” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 11241 – Uberlândia/MG. Relator Min. Felix Fischer. Brasília, 18 de junho de 2009. In: DJE, 1º de setembro de 2009, p. 17. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o Agravo Regimental, nos termos do voto do Relator).

36 “A alegação de afronta a enunciado sumular deste Tribunal não autoriza a interposição do recurso especial com fundamento em afronta à lei federal, porque a esta não se equipara” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 311721 – São Paulo. Brasília, 11 de novembro de 2010. Relator Min. Hamilton Carvalhido. Publicado em sessão. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o agravo regimental, nos termos do voto do Relator).

37 “[...] impossibilidade de conhecimento do recurso especial por afronta a lei estadual [...]” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 31636 – Igarapu do Tietê/SP. Relator Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 17 de dezembro de 2008. Publicado em sessão. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o Agravo Regimental, nos termos do voto do Relator).

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 280. Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário. Brasília, 13 de dezembro de 1963. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 127.

recurso especial quando a decisão combatida lastreia-se em interpretação razoável da norma³⁹. Aliás, trata-se mesmo de posição sumulada pelo Pretório Excelso⁴⁰.

Para Carneiro (2009, p. 62), contudo, embora comentando o REsp (não o REspe), a Súmula 400 do STF está superada, o que afirma forte no entendimento de que a CF atual não mais refere ofensa à letra da lei nem apenas à negativa de vigência da lei, preferindo a expressão “contrariedade à lei”. Todavia, caso se admita essa compreensão, ela só será mesmo válida para o REsp e não para o REspe, pois como visto, neste, a Constituição foi mais enfática, optando pela locução “contra disposição expressa desta Constituição ou de lei” [grifo nosso].

Como ensina Costa (2004, p. 88), louvando-se na jurisprudência do TSE, a violação do espírito da lei, a sua interpretação mais ou menos justa, não pode ser objeto de recurso especial. Apenas a violação expressa da letra da lei serve de fundamento ao recurso.

Com efeito, essa é a “regra”, conforme se colhe na jurisprudência dominante do Egrégio TSE⁴¹. Contudo, em decisão proclamada por maioria de votos, respaldada na supremacia do interesse coletivo, que reclama a preservação da lisura dos pleitos eleitorais, o TSE enveredou

39 “Interpretação razoável dos textos legais pertinentes, que não autoriza o recurso especial pela letra ‘a.’” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 6138 –Maceió/AL. Relator Min. Antônio Torreão Braz. Brasília, 15 de maio de 1984. In: *DJ*, 6 de junho de 1984, p. 1. BEL – Boletim Eleitoral, v. 397, tomo 1, p. 14).

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 400. Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela alínea a do Art. 101, III, da Constituição Federal. Brasília, 3 de abril de 1964. In: *DJ*, 8 de maio de 1964, p. 1239.

41 “ELEIÇÕES 2008. Agravo regimental no recurso especial. Registro de candidatura. Vereador. Cargo de oficial tributário. Desincompatibilização fora do prazo. Art. 1º, II, d, da Lei Complementar n. 64/90. Injustiça da decisão. Necessário reexame do acervo probatório. Súmula 279 do STF. Ausência de dissídio jurisprudencial. Falta de prequestionamento sobre violação à lei. Súmula 282 do STF. Agravo a que nega provimento” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 28983 – Paranapanema/SP. Relator Min. Joaquim Benedito Barbosa Gomes. Brasília, 21 de outubro de 2008. Publicado em sessão. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o Agravo Regimental, nos termos do voto do Relator).

pela trilha estreita do reexame de provas, para então prolatar decisão que considerou mais justa⁴².

Não se pode olvidar que quem finca os marcos fronteiros do Recurso Especial Eleitoral é o próprio TSE na qualidade de superior intérprete e aplicador da norma constitucional matriz desse recurso ... salvo, natural e ocasionalmente, a incidência de correção de rota determinada pela Excelsa Corte.

Por mais que a CF seja claríssima ao asseverar “contra disposição expressa desta Constituição ou de lei”, a compreensão desse enunciado, na verdade, não é tão simples nem é absolutamente “neutra”. A subsunção do fato à norma abstrata é sempre resultado de um esforço exegético, ou seja, impossível não se imaginar certa margem de subjetividade, de discricionariedade, no reconhecimento de uma alegada afronta a texto de lei ou da Constituição. Constatamos isso no acórdão do Recurso Especial Eleitoral n. 11841, anteriormente citado; o mesmo se pode extrair da Súmula 400 do STF. Acórdão que deu razoável interpretação à lei, não autoriza recurso extraordinário (ou especial, entenda-se, por extensão), entretanto, aquele que realiza *irrazoável interpretação*, sim. Mas quem o diz, quem decide, acerca dessa razoabilidade? Bem, num primeiro

42 “2. Abuso de poder econômico e de autoridade. [...] 2.1. Revalorização da prova admitida em recurso especial. Para tanto tem-se presente que os valores de ‘normalidade e legitimidade das eleições’ e de preservação do ‘interesse público de lisura eleitoral’, tutelados na Constituição (art. 14, § 9º) e na lei de inelegibilidade (art. 19, parágrafo único e art. 23, ‘in fine’), são direitos coletivos fundamentais pertinentes à eficácia social do regime democrático representativo (Acórdão n. 13.428 e Acórdão n. 13.434, Relator Min. Jardim, 4 e 11.05.93). Decisão por maioria” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 11841 – Nova Friburgo/RJ. Relator Min. Torquato Lorena Jardim. Brasília, 17 de maio de 1994. In: *DJ*, 5 de agosto de 1994, p. 19346. Decisão: Recurso do Partido da Frente Liberal - PFL: o Tribunal, por maioria, conheceu parcialmente do recurso e, nesta parte, lhe deu provimento para declarar a inelegibilidade de Paulo Azevedo, Jorge Muniz da Silva e Nelci da Silva, vencidos os srs. ministros Marco Aurélio e Diniz de Andrada; recurso do Ministério Público: o recurso foi conhecido e provido, vencidos os srs. ministros Marco Aurélio e Diniz de Andrada; recurso do Partido Democrático Trabalhista - PDT: conhecido e provido, vencidos os srs. ministros Marco Aurélio e Diniz de Andrada. recurso de Heródoto Bento Melo: conhecido e provido, vencidos os srs. ministros Marco Aurélio e Diniz de Andrada; recursos adesivos de Paulo Azevedo e Jorge Muniz da Silva: não conhecidos, vencidos em parte os srs. Ministros Marco Aurélio e Diniz de Andrada, que deles conheciam e davam provimento sob o fundamento de cerceamento de defesa, para anular o processo e determinar a repetição da instrução. Votou o presidente).

momento, cabe ao Procurador Eleitoral, ao advogado da parte, provocar a jurisdição, e ao TSE, por fim, vencido o juízo prévio de admissibilidade, incumbe decidir a respeito.

3.2.3 Prequestionamento da questão federal ou constitucional

Em sede de prequestionamento, poder-se-ia obter-se que bastaria ao recorrente ter, na instância recorrida, discutido a questão federal ou constitucional objeto do recurso especial. Mas de nada adiantaria, porque a jurisprudência, não a do TSE, mas a dos tribunais superiores, de maneira uníssona, é pacífica em exigir que a matéria recorrida tenha sido efetivamente decidida – o que nos remete ao conceito, antes examinado, de “causa decidida” – pela instância ordinária.

Aliás, em prol desse entendimento reinante, poder-se-ia indagar como falar, validamente, em contrariedade à norma ou em questão recorrida, se ela nem sequer foi analisada pela instância recorrida? Acresça-se, quanto às decisões majoritárias, ser irrelevante, para fins de prequestionamento, que a questão federal tenha constado do voto vencido, uma vez que ele não integra, propriamente, o acórdão⁴³.

Em termos práticos, portanto, e isso é bem sabido pelos que recorrem comumente para as instâncias especiais, impõe-se opor embargos de declaração em face do acórdão que não analisou a questão a ser debatida no recurso especial. E ela não pode surgir nesse momento, após a prolação do acórdão, como para “salvar” o recurso especial. Deveria, isso sim, ter sido ela objeto do debate que se travou no curso da demanda.

Entretanto, se malgrado levantada a discussão no curso do processo e opostos embargos de declaração, ainda assim persistir a omissão, na esteira de posição sumulada⁴⁴, o recurso especial não será admitido e, se for, não será conhecido. Pior, os tribunais costumam não responder

43 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 320. A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento. Brasília, 5 de outubro de 2005. In: *Diário de Justiça – DJ*, 18 de outubro de 2005, p. 103.

44 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 211. Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal “a quo”. Brasília, 1º de julho de 1998. In: *Diário de Justiça – DJ*, 3 de agosto de 1998, p. 366.

mesmo a esses embargos – quando são conhecidos, no mérito são rejeitados –, sendo deveras corrente o argumento de que a Corte não está obrigada a analisar todos os fundamentos, podendo adotar o suficiente, conforme entendem os tribunais superiores⁴⁵.

Debalde discutida a questão se o tribunal não emitiu julgamento a respeito, ausentes embargos declaratórios, no ponto a matéria é considerada omissa, não prequestionada, a teor da Súmula 356⁴⁶ do STF. Faz-se imprescindível, para que seja tida por prequestionada a questão federal ou constitucional, tenha sido ela efetivamente tratada na decisão recorrida⁴⁷.

Quid juris diante de tal situação? Segundo se deduz da jurisprudência, deve a parte, a fim de eventualmente assegurar o conhecimento do recurso especial, alegar nova vulneração (mediante embargos de declaração) a dispositivo de lei, desta feita ao art. 275 do CE⁴⁸. Se assim não se fizer, as chances de o recurso especial vir a ser conhecido são remotas.

45 “II - Na hipótese dos autos, não restou caracterizada a alegada ofensa ao artigo 535, II do CPC [...].

III - Como é de sabença geral, o julgador não está obrigado a discorrer sobre todos os regramentos legais ou todos os argumentos alavancados pelas partes. As proposições poderão ou não ser explicitamente dissecadas pelo magistrado, que só estará obrigado a examinar a contenda nos limites da demanda, fundamentando o seu proceder de acordo com o seu livre convencimento, baseado nos aspectos pertinentes à hipótese sub iudice e com a legislação que entender aplicável ao caso concreto, o que definitivamente ocorreu. IV - Agravo regimental improvido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 792497/RJ. Primeira Turma, Relator Min. Francisco Falcão. Brasília, 4 de abril de 2006. In: *DJ*, 2 de maio 2006, p. 263. Decisão: por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental).

46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 356. O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento. Brasília, 13 de dezembro de 1963. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 154.

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 282. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada. Brasília, 13 de dezembro de 1963. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 128.

48 “1. As matérias constantes dos dispositivos legais tidos por violados não foram objeto de decisão por parte do acórdão recorrido, ressentindo-se, pois, o recurso especial

O TSE já decidiu que não há necessidade, para prequestionamento do art. 535 do CPC (ou art. 275 do CE), de serem apresentados embargos de declaração, bastando à parte alegar a afronta nas razões do REspe⁴⁹. Mas, diante de tantas minúcias e requisitos erigidos pela jurisprudência, toda cautela é pouca para quem deseja ver prosperar a sua impugnação. Quer-nos parecer que o melhor é embargar de declaração o acórdão do sodalício regional, com o escopo expresso de prequestionamento dos arts. 535 do CPC e 275 do CE.

Com a *permissa venia*, esse rigorismo formal parece ter atingido o paroxismo! Incumbe à parte alegar durante o feito a questão federal ou constitucional, opor embargos de declaração, que a Corte acolherá se quiser o queira – pode apenas asserir que adotou fundamento suficiente – e, sendo o caso, ainda prequestionar o art. 535 do CPC. Tudo isso para tentar reunir forças para, enfim, aparelhar o seu recurso excepcional. É demais.

3.2.4 Indicação dos dispositivos violados

A doutrina averba, ao que nos parece, de modo irreprochável, que a questão federal ou constitucional, para fins de prequestionamento,

do necessário prequestionamento. Registre-se que, embora a parte tenha oposto embargos de declaração com a finalidade de obter aquela conditio, o certo é que foram eles rejeitados. Assim, mister se fazia aduzir violação ao art. 275 do Código Eleitoral, no recurso especial a fim de ver a matéria apreciada pela Corte de origem, caso o Tribunal Superior Eleitoral conhecesse de tal violação, providência não adotada pela recorrente. Desta forma, não há como afastar a incidência das súmulas 282 e 356 do STF e da súmula 211/STJ” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 32576 –Taquarivaí/SP. Relator Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 19 de novembro de 2008. Publicado em sessão. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o Agravo Regimental, nos termos do voto do Relator).

49 “I - Em sede de recurso especial, mesmo em se tratando de questão de ordem pública, é imprescindível o prequestionamento da matéria. Precedentes. II - A simples oposição de embargos de declaração não tem o condão de suprir o requisito do prequestionamento, devendo a parte, em caso de persistência da omissão, alegar, nas razões do recurso especial, a afronta aos arts. 275 do Código Eleitoral e 535 do Código de Processo Civil” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 25594 – Joia/RS. Relator: Min. Francisco César Asfor Rocha. Brasília, 27 de fevereiro de 2007. In: Diário de Justiça – DJ, 19 de março de 2007, p. 178. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o agravo regimental, na forma do voto do relator).

não carece de ser traduzida por meio da menção direta dos dispositivos constitucionais ou de lei supostamente afrontados, sendo bastante a discussão, no acórdão recorrido, sobre a matéria jurídica correlata. Afinal, acrescentamos, *jura novit curia*. Nesse sentido a lição do ex-ministro do STJ, Athos Gusmão Carneiro, louvando-se inclusive em orientação pretoriana⁵⁰: “De outra parte, como já mencionado, não é necessária, para configurar o prequestionamento, a expressa menção aos ‘textos de lei’ ditos contrariados; bastará que a questão federal, regida pela norma legal, tenha sido objeto de apreciação [...]”⁵¹. O TSE acompanha essa linha de pensamento⁵².

Mas há que se distinguir dois momentos: primeiro, a prolação do acórdão; segundo, a interposição do REspe. No acórdão, como demonstrado, não há que se exigir a referência expressa a dispositivos de lei, pois o que importa é a abordagem da matéria a ser objeto do recurso.

Diferentemente, reclamando clareza na exposição, a jurisprudência dominante do TSE exige que os dispositivos violados sejam indicados na petição do REspe⁵³. Mas não é suficiente apontar os dispositivos,

⁵⁰ Eis aqui a passagem que interessa, no acórdão lembrado na doutrina joierada: “Pquestionamento. Não obsta o conhecimento do recurso a falta de menção, pelo acórdão, de determinado dispositivo legal, se a questão jurídica foi enfrentada” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 106.671-SP. Terceira Turma. Relator Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, 10 de março de 1997. In: *DJ*, 14 de abril de 1997, p. 12742. Decisão: Por unanimidade, conhecer do Recurso Especial e lhe dar provimento).

⁵¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, agravos e agravo interno*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 61.

⁵² “O embargante, à conta de prequestionamento, alega a ausência de indicação numérica dos dispositivos constitucionais tidos por violados. Todavia, segundo jurisprudência pacífica do e. STF, ‘o prequestionamento para o RE não reclama que o preceito constitucional invocado pelo recorrente tenha sido explicitamente referido pelo acórdão, porém, é necessário que este tenha versado inequivocamente a matéria objeto de norma que nele se contenha’ (AgRg no Ag n. 617.374-1/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 24.8.2007)” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Embargos de Declaração em Embargos de Declaração em Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 28996 – Tijucas/SC. Relator Min. Felix Fischer. Brasília, 1º de outubro de 2008. Publicado em sessão. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, qualificou os Embargos de Declaração como protelatórios, rejeitou-os e aplicou multa de mil UFIRs ao embargante, nos termos do voto do Relator).

⁵³ “o agravante não indica, clara e precisamente, qual ou quais dispositivos legais ou constitucionais considera violados pelo acórdão recorrido [...] não dá ensejo ao

sendo mister demonstrar-se, por meio do articulado, os fundamentos da vulneração dos cânones pelo acórdão recorrido⁵⁴. É um trabalho de convencimento, que inclui indicar, textualmente, qual dispositivo foi afrontado, como e por que isso aconteceu, sob pena de malferimento da Súmula 284⁵⁵ do STF e, conseqüentemente, não conhecimento ou desprovimento do REspe.

3.3 Dissídio jurisprudencial

3.3.1 Determinação do dissídio

Ex vi do art. 121, § 4º, inciso II, da Carta de Direitos, é recorrível o acórdão de TRE quando “ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais”.

Isso significa que o acórdão recorrido deve discrepar da orientação estabelecida por, pelo menos, um outro TRE ou pelo TSE. A CF é expressa quanto à divergência entre tribunais eleitorais, *tout court*, o que compreende apenas os tribunais regionais eleitorais e o TSE. Essa

conhecimento do recurso, ante a flagrante deficiência recursal (súmula 284/STF [...])” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 33450 – Castanhal/PA. Relator Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 17 de dezembro de 2008. Publicado em sessão. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o Agravo Regimental, nos termos do voto do Relator).

54 “1. Não há conhecer de recurso especial com fundamento na alínea a do inciso I do art. 276 do Código Eleitoral se não houver a indicação dos dispositivos legais e constitucionais tidos por violados, além da demonstração das razões pelas quais teriam eles sido vulnerados pelo v. acórdão recorrido, sob pena de ficar prejudicada a compreensão do recurso. Hipótese, mutadis mutandis, da Súmula n. 284/STF. Precedente: Ag n. 4.203/MG, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 26.9.2003. 2. In casu, o próprio agravante reconhece que não indicou, nas razões recursais, dispositivo legal ou constitucional pretensamente violado pelo v. acórdão regional [...]” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 31463 – Professor Jamil/GO. Relator Min. Aldir Guimarães Passarinho Júnior. Brasília, 28 de outubro de 2008. Publicado em sessão. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o Agravo Regimental, nos termos do voto do Ministro Aldir Passarinho Junior, em substituição ao Relator).

55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 284. É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia. Brasília, 13 de dezembro de 1963. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 129.

divergência não se pode estabelecer em relação a uma súmula⁵⁶, sendo imprescindível que o confronto refira-se a acórdãos, propriamente. No STJ⁵⁷ esse entendimento acha-se pacificado.

Mesmo que por interpretação literal do cânon constitucional, constata-se, *uti oculi*, que o dissídio não se estabelece, para fins de recurso especial, entre acórdãos do mesmo tribunal. De toda sorte, muita dúvida isso deve ter gerado entre os operadores do Direito, haja vista que o STJ acabou por sumular a matéria⁵⁸, apesar de a CF ser ainda mais clara ao definir, em seu art. 105, III, c, o cabimento do recurso especial comum: “der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído *outro* tribunal”. Nesse sentido, por óbvio, a jurisprudência do egrégio TSE^{59,60}.

56 “É inviável o conhecimento de recurso especial, por divergência jurisprudencial, com fundamento em súmula editada por tribunal superior. Precedentes do C. STJ” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental no Recurso Ordinário n. 418081 – São Paulo/SP. Relator Min. Aldir Guimarães Passarinho Júnior. Brasília, 6 de outubro de 2010. Publicado em sessão. Decisão: O Tribunal, por maioria, desproveu o Agravo Regimental, nos termos do voto do Relator).

57 “No julgamento do EREsp 180.782/PE, da relatoria do Ministro Franciulli Netto, a Corte Especial do STJ pacificou o entendimento de que não cabe recurso especial quando se alega dissídio jurisprudencial fundamentado em súmula” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 942.389 – São Paulo/SP. Segunda Turma. Relatora Min. Eliana Calmon. Brasília, 20 de setembro de 2007. In: Diário da Justiça, 2 de outubro de 2007, p. 240. Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora).

58 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 13. A divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso especial. Brasília, 8 de novembro de 1990. In: Diário de Justiça, 14 de novembro de 1999, p. 13.025.

59 “Considerou-se, ainda, não configurada a apontada divergência jurisprudencial, aplicando-se a Súmula n. 13 do STJ (A divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso especial)” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Embargos de Declaração em Recurso Especial Eleitoral n. 28508 – Rio Branco/AC. Relator Min. Felix Fischer. Brasília, 5 de maio de 2008. In: DJ, 13 de junho de 2008, p. 16. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o recurso de Roberto Barros Filho, na forma do voto do Relator).

60 “Acórdão do mesmo Tribunal não se presta à demonstração da divergência jurisprudencial. Incide o óbice da Súmula 13 do STJ” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Ordinário n. 2071 – Barbosa Ferraz/PR. Relator Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 25 de novembro de 2008. Publicado em sessão. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o Agravo Regimental, nos termos do voto do Relator).

3.3.2 Cotejo analítico do dissídio

A fim de suprir as lacunas do Código Eleitoral, é de se aplicar, subsidiariamente, o disposto no art. 541, parágrafo único, do CPC⁶¹, com redação conferida pela Lei n. 11.341/2006.

Além da “prova da divergência”, na verdade a comprovação da fonte onde veiculado o acórdão paradigma, mais importante é o detalhe técnico-jurídico descrito na parte final do dispositivo aludido, determinando sejam mencionadas “as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”.

O legislador, no ponto, explicitou o que é essencial ao conhecimento do recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial, isto é, a exposição das semelhanças existentes entre os acórdãos recorrido e paradigma, com a solução diferente a ensejar o pedido de reforma.

Ocorre que não basta levar à colação o aresto, de outro TRE ou do TSE, em que a solução adotada é coincidente com aquela perseguida pelo recorrente. Em tempos de acesso democratizado à jurisprudência dos tribunais, via Internet, isso pode até ser fácil. É insubsistente, para o fim colimado, colar ementas e afirmar as semelhanças fático-jurídicas⁶², porém resolvidas de modo diverso.

61 Art. 541, parágrafo único: “Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na Internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”.

62 “Não há conhecer do recurso especial pela alínea b, inciso I, do art. 276 do Código Eleitoral, haja vista o recorrente ter-se limitado a colacionar ementas de julgados, não cuidando, todavia, de demonstrar a similitude fática e de realizar o necessário cotejo analítico com o acórdão recorrido. (AREspe n. 27.826/MA, Rel. Min. Caputo Bastos, DJ de 5.6.2008; AI n. 7.634/RJ, Rel. Min. Caputo Bastos, DJ de 21.9.2007; AI n. 8.398/MG, Rel. Min. José Delgado, DJ, 14.9.2007)” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 32288 – Guapiara/SP. Relatora Min. Eliana Calmon. Brasília, 23 de outubro de 2008. Publicado em sessão. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o Agravo Regimental, nos termos do voto da Ministra Eliana Calmon, em substituição ao Relator).

O que a jurisprudência dos tribunais superiores demanda é o cotejo analítico⁶³, a comparação, pormenorizada, detalhada, entre os dois casos⁶⁴, de sorte a demonstrar, inelutavelmente, as similitudes fáticas entre ambos, os pontos em que, especificamente, residem as semelhanças.

A par disso, como em todo recurso, cabe ao recorrente defender a tese plasmada no acórdão paradigma, ou seja, deverá persuadir os ministros do TSE de que aquela, e não a recorrida, é a decisão mais acertada, mais “justa”, ou melhor, a que agasalha interpretação mais concorde com a lei.

Em termos objetivos, sugere-se, além das ementas dos acórdãos, a transcrição das passagens dos votos que nitidamente identifiquem o assunto, de sorte a divisar que efetivamente se cuida da mesma matéria. Por exemplo, indicando tratarem ambos de propaganda eleitoral antecipada, nos termos do art. 36 da Lei n. 9.504/1997, via rede social (o *Twitter* caiu no gosto dos políticos). E segue comentando, explicando essas semelhanças, anotando em que mais se aproxima um caso do outro (ambos são notórios pré-candidatos, por exemplo; estão pedindo votos ou, o que é mais comum, anunciando o que farão caso eleitos; ou ainda criticando seus adversários), exceção feita ao resultado, naturalmente.

63 “Não há conhecer do recurso especial pela alínea b, inciso I, do art. 276 do Código Eleitoral, haja vista o recorrente ter-se limitado a colacionar ementa de julgado, não cuidando, todavia, de demonstrar a similitude fática e de realizar o necessário cotejo analítico com o acórdão recorrido. (AREspe 27.826/MA, Rel. Min. Caputo Bastos, DJ de 5.6.2008; AI n. 7634/RJ, Rel. Min. Caputo Bastos, DJ de 21.9.2007; AI n. 8398/MG, Rel. Min. José Delgado, DJ, 14.9.2007)” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 32270 – Magé/RJ. Relator Min. Felix Fischer. Brasília, 26 de novembro de 2008. Publicado em sessão. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o Agravo Regimental, nos termos do voto do Relator).

64 “O dissídio jurisprudencial exige, para a sua correta demonstração, diante das normas legais regentes da matéria (art. 541, parágrafo único, do CPC), de confronto, que não se satisfaz com a simples transcrição de ementas, entre excertos do acórdão recorrido e trechos dos julgados apontados como dissidentes, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. Ausente a demonstração analítica do dissenso, há flagrante deficiência nas razões recursais, com incidência do verbete sumular n. 284/STF” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 31038 – Pompéia/SP. Relator Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 26 de novembro de 2008. Publicado em sessão. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o Agravo Regimental, nos termos do voto do Relator).

Quanto mais aspectos fáticos coincidentes, similares, forem destacados, demonstrados na petição recursal, maior a possibilidade de se atender à exigência de realização do cotejo analítico. Não é tarefa fácil, reconheça-se, ante o amplo espaço de subjetividade, mas o nível de detalhamento, de refinamento da análise, pode ser decisivo ao desejado provimento recursal.

Quanto ao prequestionamento, quer-nos parecer seja matéria que se inscreve, particularmente, na seara do REspe em que se discute contrariedade à expressa disposição de lei, mas, insta observar-se, no TSE encontram-se decisões que deslocam a discussão para o âmbito de REspes fundados em dissídio jurisprudencial⁶⁵.

3.3.3 Falta de atualidade do acórdão paradigma

A falta de atualidade a que aqui se refere não diz respeito à antiguidade da decisão. A decisão pode ter sido proferida há muitos anos, mas será adequada ao confronto se corresponder ao mesmo texto legal, ou a alteração legislativa não tiver alcançado a matéria objeto da divergência⁶⁶.

Discorrendo sobre o tema, embora tratando do recurso especial ao STJ, Mancuso, ao comentar o art. 105, inciso III, c, da Constituição, esclarece:

65 “III – Hipótese em que não ficou caracterizado o dissídio jurisprudencial, eis que as alegações de afronta à lei, tratadas nos acórdãos tidos por divergentes, não foram conhecidas por falta de prequestionamento. IV - Incidência dos Enunciados Sumulares nos 7/STJ e 279/STF” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 25594 – Jóia/RS. Relator Min. Francisco César Asfor Rocha. Brasília, 27 de fevereiro de 2007. In: *DJ*, 19 de março de 2007, p. 178. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o agravo regimental, na forma do voto do relator).

66 “Impossibilidade de caracterização do dissídio quando as ementas dos acórdãos arroladas – todas elas –, foram retiradas do Ementário TSE de 1998, anteriores, portanto, à Lei n. 9.840, de 28.9.1999, que introduziu na Lei das Eleições o art. 41-A” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo de Instrumento n. 3510 – Bayeux/PB. Relator Min. Luiz Carlos Lopes Madeira. Brasília, 27 de março de 2003. In: *DJ*, 23 de maio de 2003, p. 126. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao agravo e julgou prejudicada a Medida Cautelar 1.065, nos termos do voto do relator).

O acórdão divergente, recorrido (do Tribunal *a quo*), e o divergido, paradigma, trazido à colação, hão que se referir à exegese de um mesmo texto de lei federal, dando-se à expressão “lei federal” a conotação a que já nos referimos. Corolariamente, o recurso não será admitido se os textos em confronto forem diversos, porque então nem se poderá falar numa “questão federal”. No ponto já se decidiu: “Só há dissídio quando são diversas as soluções sobre a mesma questão, e não quando há soluções idênticas para questões diferentes (RTJ 127/308). (MANCUSO, 2007, p. 334).

Pode-se exemplificar as ponderações encimadas com dissídio jurisprudencial decorrente da interpretação e aplicação da Lei n. 9.504/1997, após o advento de substanciais alterações promovidas pela Lei n. 12.034, de 29 de setembro de 2009. Ora, acórdão que seja juntado como paradigma só será aproveitável, prestar-se-á a embasar REspe com fundamento no art. 121, § 4º, inciso II, da CF, cuidando-se de recurso que aborde dispositivos modificados, caso ambos os acórdãos tenham enfrentado a questão à luz de dispositivos com a mesma redação. Se assim não for, ou seja, se os textos legais forem divergentes, como observado por Mancuso, as questões tratadas não serão idênticas, não havendo que se falar em válida comprovação do dissídio jurisprudencial.

Nessa linha, merece destaque a ocorrência de propaganda eleitoral antecipada divulgada em sítio da rede. Com o advento da minirreforma eleitoral pela Lei n. 12.034/2009, que passou a regulamentar a matéria e impor restrições à propaganda na Internet, é evidente que o enfoque dado ao assunto demanda análise à luz de paradigmas contemporâneos, entenda-se, posteriores à minirreforma.

Noutro giro, não há atualidade do acórdão paradigma, não merece ser conhecido o REspe, quando a jurisprudência do TSE firmou-se no sentido do acórdão recorrido⁶⁷.

67 “Entendimento jurisprudencial já superado não serve de suporte ao recurso especial pela letra b do inciso I do art. 276 do CE” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 26373 – João Pessoa/PB. Relator Min. Gerardo Grossi. Brasília, 30 de novembro de 2006. In: *DJ*, 19 de dezembro de 2006, p. 223. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o recurso, na forma do voto do relator).

Nesse sentido, as súmulas 286⁶⁸ do STF e 83⁶⁹ do STJ.

4 Conclusões

O Recurso Especial Eleitoral, de competência do Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, é recurso excepcional, pois não se presta à revisão de matéria ordinária, fática, cujo conhecimento limita-se ao necessário à compreensão da controvérsia.

Sua natureza é mais ampla, porque abrange matéria constitucional, diferentemente do Recurso Especial comum, de competência do STJ, embora jungida à revisão da Excelsa Corte.

Pela dinâmica própria das eleições, os recursos eleitorais não são, em regra, dotados de suspensividade, o que não elide o poder geral de cautela do juiz.

O REspe é interposto perante o TRE recorrido, dirigido ao seu presidente, que exercerá o juízo prévio de admissibilidade, que é bipartido, porque, se acolhido no TRE, repetir-se-á no TSE.

O juízo prévio de admissibilidade deveria estar adstrito a aferir os requisitos elementares, tais como legitimidade para recorrer, tempestividade e cabimento, já que não há preparo. Porém, tem-se verificado, o que se afirma inclusive com respaldo na doutrina, a ultrapassagem desse limite, de modo que o próprio mérito recursal vem sendo enfrentado a pretexto de exercício da prelibação.

Da decisão que inadmita REspe cabe agravo de instrumento, no tríduo legal, com subida necessária, mesmo se intempestivo.

68 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 286. Não se conhece do recurso extraordinário fundado em divergência jurisprudencial, quando a orientação do plenário do Supremo Tribunal Federal já se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida. Brasília, 13 de dezembro de 1963. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 129.

69 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 83. Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida. Brasília, 2 de julho de 1993, p. 13.283.

O prazo previsto no art. 276, § 1º, do CE para interpor REspe é de três dias, contados da publicação da decisão, que hodiernamente se vem dando por intermédio de diário de justiça eletrônico, quando não ocorre na própria sessão. Por meio eletrônico, conta-se a partir do dia seguinte ao da publicação, que sucede o da disponibilização. A publicação eletrônica substitui qualquer outro meio de publicação oficial para todos os fins legais, exceção feita aos casos em que a lei exija intimação ou vista pessoal, como é o caso do Ministério Público Eleitoral.

O Ministério Público Eleitoral atua em todas as fases do processo eleitoral, desde a inscrição dos eleitores até a diplomação dos eleitos, tendo assim legitimidade para recorrer tanto nos feitos em que figura como autor como naqueles em que oficia como fiscal da lei. Diferentemente do processo civil, não conta com prazo em dobro para recorrer.

O recorrente pode cumular ambas as modalidades de REspe, por contrariedade à lei e dissídio jurisprudencial, num mesmo recurso.

Só cabe Recurso Especial Eleitoral de decisões colegiadas dos Tribunais Regionais Eleitorais, não de decisões monocráticas; e isso quando não pende mais qualquer recurso naquela instância, pois se exige decisão definitiva, encerramento da instância.

É assente a jurisprudência dos tribunais superiores em inadmitir recursos excepcionais quando exigido o reexame da matéria fática, de provas. Sua seara é a jurídica, mas em alguma medida, pelo menos no que baste à compreensão e à solução da controvérsia jurídica posta, algum revolvimento da matéria fática deve ser admitido.

O Recurso Especial Eleitoral apresenta uma fundamental distinção em relação ao seu congêneres da Justiça comum, pois nele pode ser esgrimida a agressão ao texto constitucional, e não apenas ao texto legal. Foi a Constituição de 1988 a responsável pelo alargamento da competência do TSE, sem embargo da do STF, que tem a última palavra em matéria constitucional.

A lei a que se reporta o art. 121, § 4º, inciso I, da CF abrange a lei federal e as resoluções do TSE, mas não os regimentos internos dos TREs, as súmulas de jurisprudência consolidada, a lei estadual, incluindo a Constituição Estadual, e tampouco a lei municipal.

Acórdão prolatado “contra disposição expressa”, de lei ou da Constituição, é aquele que vulnera frontalmente, que vai *de encontro* á norma de forma clara, porque a jurisprudência dos tribunais superiores é no sentido do descabimento de recurso especial quando a decisão lastreia-se em interpretação coerente. Ressalve-se o cabimento quanto à decisão que empreende irrazoável interpretação.

A lei afrontada demanda prequestionamento, ou seja, a matéria recorrida deve ter sido efetivamente decidida pela instância ordinária e necessariamente ventilada no curso da demanda antes da decisão. Quando isso não ocorrer, insta opor-se embargos de declaração em face do acórdão omissivo; persistindo a omissão, não cabe o recurso especial. A solução então é alegar-se afronta ao art. 535 do CPC (ou art. 275 do CE).

Há que se distinguir dois momentos: primeiro, a prolação do acórdão; segundo, a interposição do REspe. No acórdão não se exige a referência expressa a dispositivos de lei, pois o que importa é a abordagem da matéria a ser objeto do recurso. Entrementes, a jurisprudência do TSE exige que os dispositivos violados sejam indicados na petição do REspe, fazendo-se acompanhar dos fundamentos da vulneração dos cânones pelo acórdão recorrido.

No concernente ao REspe fulcrado em dissídio jurisprudencial, o acórdão recorrido deve discrepar da orientação firmada por um outro TRE ou pelo TSE. O dissídio não se estabelece, para fins de recurso especial, entre acórdãos do mesmo tribunal.

É essencial ao conhecimento do recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial a exposição das semelhanças existentes entre os acórdãos recorrido e paradigma, com a solução diferente a ensejar o pedido de reforma. Não basta levar à colação o aresto, de outro TRE ou do TSE, em que a solução adotada é coincidente com aquela perseguida pelo recorrente, pois necessário é o cotejo analítico, a comparação, pormenorizada, detalhada, entre os dois casos, de sorte a demonstrar, inelutavelmente, as similitudes fáticas entre ambos os pontos em que, especificamente, residem as semelhanças.

O acórdão paradigma pode ter sido prolatado há muitos anos, mas será adequado ao confronto se corresponder ao mesmo texto legal.

Não merece ser conhecido o REspe quando a jurisprudência do TSE firmou-se no sentido do acórdão recorrido.

À derradeira, pondera-se que a jurisprudência carece de flexibilização tendente a dar trânsito mais contínuo aos recursos especiais, de sorte a oportunizar a apreciação meritória de mais e mais pleitos recursais. Sem isso não se opera, no patamar legitimamente esperado, a importante missão constitucional de unificação da jurisprudência nacional em matéria eleitoral.

Referências

CÂNDIDO, Joel J. *Direito eleitoral brasileiro*. 14. ed., rev., atual. e ampl. Bauru: Edipro, 2010.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COSTA, Tito. *Recurso em matéria eleitoral*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; RABELO, João Paulo Mont' Alvão Veloso. Juízo de admissibilidade do recurso especial: um obstáculo ao acesso à justiça. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 15, n. 2536, 11 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/15012>>. Acesso em: 10 nov. 2011.

Crimes eleitorais – sua fundamentação constitucional e a deficiência de proteção penal em alguns aspectos do processo eleitoral

CARLOS AUGUSTO DA SILVA CAZARRÉ

Sumário: 1 Introdução. 2 A Constituição Federal e as eleições. 2.1 Os princípios constitucionais fundamentais. 3 Os crimes eleitorais e a Constituição Federal. 4 Natureza e conceito dos crimes eleitorais. 5 O bem jurídico tutelado nos crimes eleitorais. 6 Características dos crimes eleitorais. 7 Análise de algumas condutas danosas ao processo eleitoral e seu tratamento no âmbito dos crimes eleitorais. 7.1 Violação no processo eletrônico de votação. 7.2 Corrupção eleitoral. 7.3 Condutas que violam bens jurídicos ligados ao financiamento das campanhas eleitorais. 8 Conclusões.

1 Introdução

O Código Eleitoral, concebido como congregador das regras que disciplinam os vários aspectos do processo eleitoral, foi publicado em 1965, ainda nos primeiros tempos de um regime ditatorial. De lá para cá, mudaram o mundo e, em particular, a sociedade brasileira. Simbolizam essas mudanças a volta do regime democrático e a promulgação de uma nova Constituição, marcos de uma nova ordem jurídica, fundada, entre outros valores, na proteção aos direitos fundamentais do indivíduo e da sociedade.

Contudo, o Código Eleitoral continua a vigorar, ainda que modificado em grande parte por leis posteriores. Tais normas adaptaram vários aspectos do processo eleitoral à nova ordem constitucional e a inovadoras demandas da sociedade, surgindo daí, por exemplo, novo regime de inelegibilidades (Lei Complementar n. 64/1990, já alterada pela Lei Complementar n. 135/2010), regramento do processo eletrônico de votação, definição da captação ilícita de sufrágio e das condutas

vedadas, sancionamento de arrecadação e gastos ilícitos de campanha e regulamentação da propaganda na Internet (Lei n. 9.504/1997 e suas várias alterações).

Essas inovações, dada sua magnitude, instituíram nova configuração para o processo eleitoral. Contudo, em um aspecto, o dos crimes eleitorais, as inovações legislativas foram muito tímidas e, por consequência, percebem-se importantes desencontros entre o novo regime legal do processo eleitoral e a proteção penal dos bens jurídicos nele envolvidos.

Este artigo pretende analisar a fundamentação constitucional dos bens jurídicos presentes no processo eleitoral, a necessidade de sua proteção penal, alguns dos tipos penais mais significativos e, notadamente, refletir sobre a possível insuficiência de proteção penal a alguns desses valores, seja do ponto de vista normativo, seja do ponto de vista da interpretação dos tipos penais existentes.

2 A Constituição Federal e as eleições

A Constituição Federal, já no seu art. 1º, ao estabelecer os seus princípios fundamentais, instituiu uma República Federativa que se constitui em Estado Democrático de Direito, fundamentado, entre outros valores, no pluralismo político, e que tem como fonte única do poder político o povo, que o exerce por meio de seus representantes ou diretamente (art. 1º). Essa disposição aparentemente singela traz, em verdade, profundas consequências para a disciplina do acesso ao poder político e, logo, para o Direito Eleitoral em todos os seus aspectos, inclusive o penal.

2.1 Os princípios constitucionais fundamentais

Com base na norma fundamental acima tratada, a doutrina de Francisco Sanseverino destaca:

Os princípios constitucionais fundamentais que exercem diferentes funções em relação ao Direito Eleitoral: (a) servem de fundamento para o direito Eleitoral; (b) fornecem coerência e unidade ao direito eleitoral como sistema; (c) orientam o intérprete e o aplicador na busca do sentido e alcance das demais normas (princípios e regras) que integram o Direito Eleitoral. (SANSEVERINO, 2008, p. 17).

Em primeiro lugar, o princípio republicano, que traduz a forma de governo fundada na distinção entre a esfera pública do poder e a dimensão privada da vida daqueles que o exercem, trazendo como características a necessidade de mandatos outorgados pelo povo, a temporariedade desses mandatos e a possibilidade de responsabilização dos mandatários pelos desvios de poder.

Depois, o princípio federativo, que expressa a forma de Estado baseada na união indissolúvel entre Estados, Municípios e Distrito Federal, que se apresentam com autonomia política, levando à necessária distribuição do poder político em todos os níveis.

Por fim, o princípio democrático, talvez aquele que expresse de forma mais evidente a relevância que o sufrágio assume como meio de manifestação da vontade popular, pois é por meio dele que se outorga o poder político (art. 14 da Constituição Federal). Com base nisso, os desdobramentos do regime democrático impõem que se assegurem ao processo eleitoral todas as condições para expressar, de forma legítima e fiel, o resultado das escolhas populares.

Para isso, o texto constitucional disciplina o sigilo do voto, a aquisição e a perda dos direitos políticos, a formação do eleitorado, as condições de elegibilidade, as hipóteses de inelegibilidade e as diretrizes para estabelecimento de outras em lei complementar, visando à defesa da probidade, da moralidade, assim como da normalidade e legitimidade das eleições contra abusos do poder econômico ou do poder político.

Esse regramento, a ser complementado, em grande medida, por normas infraconstitucionais, expressa a raiz do regime democrático, pois, abstraídas as possibilidades de longo debate sobre seu conceito, suas características e a permanente tensão entre os princípios da liberdade e da igualdade, não parece razoável discordar de Bobbio quando esse vê na essência democrática a defesa das regras do jogo. Nas suas palavras:

O único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos. Todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros com o objetivo

de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente. Mas até mesmo as decisões de grupo são tomadas por indivíduos (o grupo como tal não decide). Por isto, para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos. (BOBBIO, 1992, p. 18-19).

A evidente importância do conjunto de regras que disciplinam as eleições para a legitimação democrática dos escolhidos faz com que o sistema, apesar da desejável estabilidade, deva ser paulatinamente aperfeiçoado no sentido de assegurar que a vontade popular seja expressada de forma absolutamente livre das influências nefastas do poder econômico ou do poder político.

3 Os crimes eleitorais e a Constituição Federal

Como visto acima, o papel central desempenhado pelo processo eleitoral na efetivação dos princípios fundamentais estabelecidos na Carta Política faz com que as regras e os princípios envolvidos na escolha dos mandatários de poder, desde a formação do corpo eleitoral até a diplomação dos eleitos, tenham sua efetividade assegurada pela ordem jurídica. Só assim se poderá garantir que o resultado das urnas seja expressão legítima da vontade popular.

É justamente no momento de se garantir ao processo eleitoral o cumprimento de seu papel constitucional que surge a indispensável avaliação sobre a necessidade e a extensão de uma proteção penal aos bens jurídicos envolvidos, pois hoje soa como obviedade constatar que a intervenção do Direito Penal só encontra legitimidade quando destinada a assegurar valores estabelecidos na Norma Fundamental. Com efeito, a evolução do estudo das relações entre Constituição e Direito Penal tem trazido a compreensão de que, além de estabelecer limites ao direito de punir, o texto constitucional tem como papel eleger valores que merecem a proteção de normas penais.

São muitos os autores que têm preconizado, com base, especialmente, na experiência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, a existência de diretrizes constitucionais que indicam ao legislador ordinário bens jurídicos cuja eficácia necessita da proteção de normas criminais, legitimando a intervenção do direito penal na matéria, ou mesmo determinando tal atuação. Nesse último caso, surgem os chamados mandados, explícitos ou implícitos, de incriminação. Pela precisão e riqueza da síntese, vale invocar a doutrina de Luciano Feldens, quando conclui que

as relações entre Constituição e Direito Penal não se reduzem ao estabelecimento, por aquela, de limitações ao direito de punir. Para além de estabelecer-se como limite ao jus puniendi, a Constituição figura como fonte material e mesmo como fundamento normativo do Direito Penal incriminador; é dizer, funciona não apenas para proibir, senão que também para legitimar, e eventualmente impor, em situações determinadas ou determináveis, a proteção jurídico-penal de bens jurídicos conectados à categoria dos bens ou valores investidos da nota da fundamentalidade. (FELDENS, 2005, p. 211).

Avançando sobre o tema, chega-se à constatação de que certos bens ou valores, por sua essencialidade no sistema constitucional, reclamam proteção suficiente, ou seja, não se contentam com ordenamento que não assegure tratamento rigoroso às condutas que os violam, sob pena de descumprimento do projeto constitucional a respeito da matéria. Nesse ponto, a linha doutrinária há pouco mencionada busca, na dupla face do princípio da proporcionalidade (limite às restrições de direitos fundamentais/proibição da insuficiência), o fundamento para concluir pela necessária e suficiente intervenção do direito penal no sistema de proteção daqueles fundamentais interesses. A matéria está precisamente pontuada na obra de Baltazar Junior, quando conclui que

A proibição de insuficiência, como decorrência do caráter objetivo dos direitos fundamentais, entendida como dever de ação do Estado frente a ameaças provenientes de fontes não estatais contra os direitos fundamentais é reconhecida como geradora de deveres para o Estado e direitos para o cidadão. (BALTAZAR, 2010, p. 245).

Ora, os bens jurídicos envolvidos no processo eleitoral, como já delineado, estão conectados, com maior ou menor intensidade, aos princípios fundamentais do Estado brasileiro. Logo, a legitimação constitucional dos crimes eleitorais mostra-se patente, assim como não é demasiado pensar que alguns daqueles valores, pelo seu essencial papel no sistema eleitoral, não podem conviver com a proteção deficiente. Nesse sentido, poder-se-ia destacar, entre outros, valores ligados à liberdade de escolha do eleitor, às normas que promovem a igualdade entre os candidatos e à legitimidade do resultado do pleito, pois todos traduzem claramente o papel do processo eleitoral.

4 Natureza e conceito dos crimes eleitorais

O Supremo Tribunal Federal tem firme posicionamento no sentido de que os crimes eleitorais devem ser considerados crimes comuns¹. Contudo, é preciso observar que a posição da Corte, em verdade, contrapõe os crimes eleitorais aos chamados crimes de responsabilidade, ou seja, aqueles que estão submetidos a julgamento político. Conforme leciona Suzana de Camargo Gomes (GOMES, 2010, p. 36-45), a doutrina diverge sobre a natureza jurídica dos crimes eleitorais, havendo relevante linha de pensamento, de autores como Fávila Ribeiro e Nelson Hungria, que os vê como crimes políticos, porquanto tutelam bens jurídicos ínsitos ao processo eleitoral e, portanto, à investidura no poder político. Porém, parece correta a mencionada autora quando conclui que o fato de não se tratar de crimes de responsabilidade não afasta o caráter político dos crimes eleitorais, pois:

O Supremo Tribunal Federal nos julgados mencionados limitou-se a reconhecer que, na linguagem constitucional, a expressão ‘crimes comuns’ foi utilizada em oposição a ‘crimes de responsabilidade’, daí porque os crimes eleitorais estão enquadrados entre os primeiros. Em momento algum, restou asseverado que os crimes eleitorais, pela sua natureza, não se enquadram na categoria dos crimes políticos ou não são espécies desse segmento de delitos. (GOMES, 2010, p. 44-45).

1 Cf. Reclamação 511, Relator Min. Celso de Melo, 9 fev. 1995.

Nessa compreensão, a referida autora conceitua os crimes eleitorais como:

Violações às normas que disciplinam as diversas fases e operações eleitorais e resguardam valores ínsitos à liberdade do exercício do direito de sufrágio e autenticidade do processo eleitoral, em relação as quais a lei prevê a imposição de sanções de natureza penal. (GOMES, 2010, p. 28).

5 O bem jurídico tutelado nos crimes eleitorais

A análise dos crimes eleitorais previstos no Código Eleitoral ou em leis esparsas demonstra que os vários tipos penais têm como objetividade jurídica a proteção dos diversos aspectos do processo eleitoral, com a finalidade de garantir a efetividade das normas que visam obter a mais legítima manifestação da vontade popular. Assim, vai-se de crimes que protegem a regular formação do corpo de eleitores até aqueles que procuram garantir a igualdade entre os postulantes aos mandatos ou mesmo a liberdade de consciência do eleitor.

Em verdade, são vários os bens jurídicos envolvidos, mas todos trazem a nota comum de integrantes do processo eleitoral. Essa diversidade faz surgir na doutrina a variação de classificações dos crimes eleitorais, porém, uma vez mais, vale destacar a lição de Suzana de Camargo Gomes (GOMES, 2010, p. 64), haja vista que sistematiza a matéria mediante combinação da objetividade jurídica imediata com a fase do processo eleitoral em que se dá a conduta. Nessa compreensão, os crimes eleitorais podem ser assim classificados:

a) Crimes eleitorais relativos à formação do corpo eleitoral – arts. 289-293 do Código Eleitoral (CE), 295 do CE e 91, parágrafo único, da Lei n. 9.504/1997 (LE);

b) Crimes eleitorais relativos à formação e ao funcionamento dos partidos políticos – arts. 319-321, 338 e 346 do CE;

c) Crimes eleitorais em matéria de inelegibilidades – art. 25 da LC n. 64/1990;

d) Crimes eleitorais relativos à propaganda eleitoral – arts. 323-327, 331, 332, 334, 335, 336 e 337 do CE, 33, § 4º, 34, §§ 2º e 3º, 39, § 5º, 40, da LE;

e) Crimes eleitorais relativos à votação – arts. 297-312 e 316 do CE;

f) Crimes eleitorais relativos à garantia do resultado legítimo do pleito – arts. 313, 314, 317 e 318 do CE e art. 72 da LE;

g) Crimes eleitorais concernentes à organização e ao funcionamento dos serviços eleitorais – arts. 296, 339-345 e 347 do CE;

h) Crimes contra a fé pública eleitoral – arts. 348-354 do CE.

6 Características dos crimes eleitorais

Essa distribuição dos crimes eleitorais bem explicita que o processo eleitoral, em suas diversas fases, ao assegurar a regular distribuição do poder político, reflete nos interesses de toda a sociedade e de cada cidadão, pois, quando praticada uma conduta como a corrupção eleitoral (compra de votos), a lesão não se circunscreve à esfera jurídica do eleitor corrompido, mas atinge a sociedade como um todo, na medida em que desvirtuado o processo eleitoral. Decorre daí que a criminalidade eleitoral apresenta nítido caráter difuso, na mesma linha dos tipos penais que tutelam bens jurídicos de natureza difusa ligados aos chamados direitos fundamentais de terceira geração, tais como o meio ambiente e as relações de consumo.

As lesões a bens jurídicos dessa natureza mostram-se de difícil ou inviável recomposição, além de apresentarem potencial para atingir interesses que ultrapassam a esfera individual. Por conseguinte, colocam em risco aspectos fundamentais da sociedade e acabam por reclamar tratamento penal característico, diverso daquele atribuído à criminalidade clássica.

É nesse sentido que, nos crimes eleitorais, são fartamente utilizados os tipos formais e os de mera conduta, pois o desvalor das condutas que melindram tais bens jurídicos já justifica a intervenção do Direito Penal. Pela mesma razão, não se tem a tipificação de crimes culposos, pois, ausente o resultado, a conduta danosa é aquela praticada deliberadamente.

7 Análise de algumas condutas danosas ao processo eleitoral e seu tratamento no âmbito dos crimes eleitorais

Evidenciada a fundamentação constitucional dos crimes eleitorais e analisada sua objetividade jurídica, há base para breve exame sobre três condutas evidentemente lesivas a aspectos cruciais do processo eleitoral e o tratamento que recebem no âmbito criminal, inclusive sob o ponto de vista da suficiência da proteção aos bens jurídicos envolvidos.

7.1 Violações no processo eletrônico de votação

A implantação do sistema de votação eletrônica pelo Tribunal Superior Eleitoral, que hoje alcança todo o território nacional e permite rapidez e segurança tanto na colheita dos votos quanto na apuração do resultado, fez com que o Brasil passasse a ser admirado pela eficiência desses procedimentos.

O indubitável ganho no campo da efetividade desse sistema não poderia ser mantido sem uma ampla proteção contra fraudes que pudessem comprometer o resultado das eleições e, assim, todo o processo democrático. Além dos necessários investimentos em tecnologia capaz de inibir tentativas de burla ao sistema, não há dúvida de que surgiu a necessidade de incriminação de condutas violadoras do processo eletrônico de votação e apuração. Foi de tal monta a inovação no campo dos fatos que a mera manutenção dos tipos penais do Código Eleitoral que tutelavam o processo manual de votação e apuração não seria capaz de dar adequada garantia à legitimidade do resultado eleitoral, haja vista que não tipificava e, portanto, inibia condutas lesivas inerentes à nova tecnologia empregada.

Diante dessa necessidade, o legislador cuidou de criar tipos penais adequados à nova realidade, mostrando assim atenção aos princípios constitucionais envolvidos nesse crucial aspecto do processo eleitoral.

Estabelece o art. 72 da Lei n. 9504/1997 (LE):

Art. 72. Constituem crimes, puníveis com reclusão, de cinco a dez anos:

I - obter acesso a sistema de tratamento automático de dados usado pelo serviço eleitoral, a fim de alterar a apuração ou a contagem de votos;

II - desenvolver ou introduzir comando, instrução, ou programa de computador capaz de destruir, apagar, eliminar, alterar, gravar ou transmitir dado, instrução ou programa ou provocar qualquer outro resultado diverso do esperado em sistema de tratamento automático de dados usados pelo serviço eleitoral;

III - causar, propositadamente, dano físico ao equipamento usado na votação ou na totalização de votos ou a suas partes.

A primeira questão que se apresenta diz com a severidade da pena cominada (cinco a dez anos), o que reflete a elevada lesividade da conduta. Ainda que se possa debater sobre a adequação de pena mínima tão elevada, certo é que expressa a preocupação do legislador com o bem jurídico protegido.

Outra conclusão que se pode extrair da norma é a grande utilização de crimes formais ou de mera conduta, na medida em que vários dos verbos nucleares empregados prescindem de qualquer resultado material para a configuração do crime. Afora o disposto no inciso III e a conduta “provocar qualquer outro resultado diverso do esperado em sistema de tratamento automático de dados usados pelo serviço eleitoral”, no inciso II, as demais condutas não exigem qualquer resultado concreto para sua integração. Essa característica, como já referido, reflete uma técnica legislativa voltada a evitar o dano, antecipando a ele o momento da criminalização, para que a extremada sensibilidade dos princípios fundamentais envolvidos e a difusão do bem jurídico na sociedade possam ser adequadamente preservadas.

Também se destaca o caráter doloso das condutas, salientando-se que, no inciso I, há, além do dolo genérico, necessidade de elemento subjetivo do injusto, ou dolo específico na dogmática clássica, pois deve o agente atuar com o especial fim de “alterar a apuração ou a contagem de votos”.

É necessário concluir, ainda, que se trata de crimes comuns quanto à autoria, pois não se exige qualquer especial qualidade do agente.

Sem embargo de aperfeiçoamentos normativos que possam ser cogitados, por exemplo, quanto a penas ou mesmo a inovações tecnológicas na matéria, certo é que os crimes eleitorais analisados

mostraram diligência do legislador no atendimento aos mandamentos constitucionais de garantia dos princípios envolvidos nos processos de votação e apuração, dando importante resposta a uma demanda da evolução dos mecanismos de coleta e apuração de votos.

7.2 Corrupção eleitoral

A corrupção eleitoral, um dos crimes eleitorais mais importantes, vem tratada no art. 299 do Código Eleitoral, que tem por objetivo assegurar a liberdade de consciência do eleitor ao votar, ou seja, impedir que o sufrágio seja influenciado por fatores outros que não a convicção política do eleitor. Essa garantia é expressão clara da liberdade política, da igualdade entre os candidatos e da legitimidade do pleito, logo, apresenta ligação direta com os princípios constitucionais fundamentais.

A norma estabelece o tipo penal na conduta de “dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar o voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita”, cominando pena reclusiva de até quatro anos e multa.

A existência do crime destinado a atingir bem jurídico tão significativo merece destaque, porém, de modo diverso do que ocorre nos crimes tratados no tópico anterior. A evolução do mundo fático não parece ter sido acompanhada pelo legislador no sentido de assegurar proteção suficiente aos valores constitucionais envolvidos.

Antônio Carlos da Ponte, em aprofundado estudo sobre o tema (PONTE, 2008, p. 184-185), conclui que o tipo penal em debate não cumpre adequadamente os mandados constitucionais de criminalização das condutas que corrompem o processo eleitoral, sustentando, entre outras medidas, a necessidade de definição do crime em comento como hediondo, a despenalização da corrupção eleitoral passiva, que passaria, no máximo, a infração político-administrativa, e a ampliação da suspensão dos direitos políticos dos condenados por tal crime.

Sem embargo de se poder debater sobre a extensão das medidas propostas pelo mencionado autor, não há como deixar de concordar com sua pertinente argumentação no sentido da violação do princípio

da proporcionalidade em sua face de proteção suficiente dos princípios fundamentais quando se trata do crime examinado. Com efeito, alguns pontos mostram-se claros, como a evidente diferença nos graus de lesividade das condutas do corruptor e daquele que é corrompido, a demandar tratamento muito diverso, seja por meio da despenalização proposta pelo ilustre doutrinador, seja pela tipificação com sanções muito diversas.

A propósito, a sanção de até quatro anos para aquele que corrompe o processo eleitoral mostra-se flagrantemente insuficiente, especialmente quando comparada com delitos que ferem bens de menor relevância social, como o estelionato, por exemplo. O resgate da proteção ao bem jurídico aqui tutelado passa, portanto, por sanções que reflitam a real gravidade das condutas.

Isso fica ainda mais claro quando se percebe que, no plano das infrações político-administrativas, o legislador deu destaque compatível com a magnitude das lesões aqui tratadas quando, por meio da Lei n. 9.840/1999, acrescentou à Lei n. 9.504/1997 o art. 41-A, que cria o ilícito eleitoral chamado captação ilícita de sufrágio para sancionar o corruptor com multa e cassação do registro ou do diploma.

Desse modo, parece clara a necessidade de revisão do crime de corrupção eleitoral para que se dê adequada proteção penal aos princípios mais caros ao processo eleitoral.

7.3 Condutas que violam bens jurídicos ligados ao financiamento das campanhas eleitorais

Se nos dois itens anteriores foram examinados aspectos do sistema eleitoral que gozam de tratamento penal, ainda que se possa discutir a sua suficiência, passa-se a escrutinar agora um terceiro aspecto que carece de tratamento penal e está a demandar séria reflexão do legislador e também dos aplicadores do Direito.

O financiamento das campanhas eleitorais é tema que está na ordem do dia, seja na imprensa, seja nos debates travados no Congresso Nacional, onde se discute, inclusive, a criação do financiamento público de campanhas. E talvez não haja pautas mais relevantes do que essa,

pois as campanhas eleitorais têm alcançado custos muito elevados, a despeito de tentativas legislativas de contenção, como a reforma legislativa introduzida pela Lei n. 11.300/2006, por exemplo. De outro lado, no financiamento das campanhas e, portanto, dos mecanismos de convencimento do eleitor, estão enfeixados princípios constitucionais caríssimos ao processo democrático, como a transparência, a vedação dos abusos do poder econômico e a preservação da igualdade de oportunidades entre os candidatos.

A conjugação desses fatores faz com que a circulação de recursos não contabilizados nas campanhas eleitorais seja um dos fatores que mais causam danos à legitimidade do processo eleitoral, porquanto desigualdade os competidores, cria vínculos insondáveis entre os candidatos e as fontes dos recursos ilícitos, possibilita a infiltração nas campanhas de recursos decorrentes de crimes graves como corrupção, lavagem de dinheiro e tráfico de entorpecentes, além de outras consequências nefastas.

A respeito da relação entre financiamento irregular de campanhas eleitorais e corrupção administrativa, é lapidar a lição de João Heliofar de Jesus Villar, que vê no subsídio espúrio das campanhas o que chama de “ovo da serpente” da corrupção. Em suas palavras:

O duro é que o caixa dois não é assim tão inocente. Cria um vínculo maldito entre financiador e candidato, pois a dívida que surge na campanha será paga na administração. como o eleito vai tratar com isenção um empresário que alimentou substancialmente sua campanha? e o vínculo do financiamento eleitoral tende a se converter na promiscuidade da administração. e tudo será justificado pela necessidade de se financiar futuras corridas eleitorais. e o círculo vicioso não terá fim, especialmente porque a generosidade do financiador, estimulada pelos privilégios da administração, tende a se avantajá-lo, e os recursos públicos e privados, agora já indistinguíveis, financiarão, além da campanha, um carro novo, um iate, uma amante etc. etc. (VILLAR, 2010).

A realidade nacional tem mostrado que tem razão o autor, pois, a cada escândalo de corrupção que se descortina, surge a alegação de que o produto da corrupção não se destinava ao enriquecimento pessoal dos envolvidos, mas sim a financiar campanhas e partidos. Ora, isso nada retira da gravidade dos crimes de corrupção e, além disso, ressalta as

distorções que os recursos clandestinamente drenados para campanhas causam no processo democrático.

Também aqui, no âmbito das infrações político-administrativas, já houve intervenção do legislador ao introduzir na Lei n. 9.504/1997 o art. 30-A, que prevê sanções de multa e mesmo cassação de registro ou diploma dos candidatos que infrinjam as regras relativas a arrecadação e gastos de campanha.

Contudo, essa previsão legal, antes de ser suficiente para inibir a conduta, evidencia a gravidade dos ilícitos e reclama a intervenção de norma que torne crime a circulação de recursos não contabilizados nas campanhas eleitorais. Trata-se de criminalizar o conhecido “caixa-dois”, tal qual ocorre nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional². No sistema financeiro, assim como no financiamento de campanhas, a transparência é a base de tudo, portanto, a circulação clandestina de recursos fere gravemente o bem jurídico.

Pode-se concluir, então, que há nítida carência de proteção normativa aos princípios envolvidos no sistema de arrecadação e gastos em campanhas eleitorais.

Além disso, é preciso observar que, ante a falta de tipo penal específico a incriminar a circulação clandestina de recursos nas campanhas eleitorais, pode-se cogitar da responsabilização daqueles que, dolosamente, não registram na prestação de contas da campanha o movimento de recursos efetivamente utilizados, por configuração do crime previsto no art. 350 do Código Eleitoral (falsidade ideológica eleitoral).

Entretanto, a jurisprudência majoritária tem resistido a tal tipificação sob o argumento de que o tipo exige o especial fim de agir voltado à finalidade eleitoral e, assim, a falsa declaração na prestação de contas, apresentada após o pleito, não interfere em qualquer das fases do processo eleitoral e no resultado das eleições³.

2 Lei n. 7.492/1986 - Art. 11. Manter ou movimentar recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação: Pena - Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

3 Cf. BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral (Rio Grande do Sul). Processo n. 267560.2010.6.21.0000.

Embora tal posição receba suporte em variadas decisões judiciais, não parece ser a que melhor enfrenta os temas envolvidos.

Como abordado acima, o bem jurídico especificamente protegido pelo art. 350 do Código Eleitoral é a fé pública e a autenticidade dos documentos relacionados *ao processo eleitoral*.

O tipo do art. 350 enquadra-se, conforme define Suzana de Camargo Gomes, na categoria dos “*crimes que atentam contra a fé pública eleitoral, sendo esta concebida como a confiança que deve existir nas relações entre cidadãos e as autoridades e instituições eleitorais*” (GOMES, 2008, p. 330). A autora complementa explicando que:

Na seara eleitoral, a fé, a confiança, assumem especial realce, dado ser fundamental, para a crença nas instituições democráticas, que as práticas, os atos eleitorais sejam realizados dentro da mais absoluta lisura e autenticidade, posto que daí decorrerão os representantes escolhidos pelo povo. (GOMES, 2008, p. 330-331).

É importante ter em conta o conceito de fé pública citado pela abalizada doutrina de Alberto Silva Franco e Rui Stoco, com apoio em Nelson Hungria (FRANCO; STOCO, 2007), quando se conclui que:

A fé pública é, sem dúvida, uma realidade da vida coletiva, é um fenômeno social, provocado pela necessidade do curso normal dos negócios. Na sociedade civil, como diz Tuozi, “não seria possível um processo rápido e regular de todas as funções da vida privada e pública, se não fossem geralmente reconhecidos e admitidos como verdadeiros e exatos certos documentos, formas e símbolos de uso comum”, e é precisamente nesse reconhecimento que reside a fé pública. (HUNGRIA, 1958, p. 189).

Logo se vê, pois, que, no crime do art. 350, a proteção penal está dirigida à veracidade dos documentos ligados ao processo eleitoral em seu todo. Sob esse prisma, decorre que o elemento subjetivo do tipo analisado é a simples vontade de omitir ou alterar a verdade dos fatos em um documento relacionado ao processo eleitoral.

Ao se buscar na doutrina o conceito de processo eleitoral, mostra-se detalhada a lição de Rodrigo Lopez Zílio, ao sustentar que:

Concebe-se o processo eleitoral como um conjunto de regras, coordenadas entre si, que objetivam disciplinar os aspectos materiais necessários ao

exercício do sufrágio e se desenvolvem desde as normas de convenção partidária, passando pelo pedido de registro de candidato (e as correlatas condições de elegibilidade e inelegibilidade), arrecadação e gastos de campanha, pesquisa eleitoral, propaganda eleitoral e, também, pelo momento da votação e do escrutínio, prestação de contas, culminando com a diplomação dos eleitos. (ZILIO, 2010, p. 245-246).

Ora, não poderia ser diferente, pois o fato de a prestação de contas ser apresentada em data posterior ao pleito não retira sua interferência no processo eleitoral, pois este não acaba ali. Tanto é assim que a não apresentação de contas acarreta graves consequências para os candidatos (art. 29 da Lei n. 9.504/1997).

Dizer que a falsidade contida na prestação de contas de campanha não tem finalidade eleitoral é retirar sua importância como documento inerente ao processo eleitoral. Ora, ela é o principal instrumento de controle do financiamento e dos gastos de campanha. Representa a arma mais eficaz no combate ao abuso do poder econômico, tendo em vista o necessário equilíbrio material entre os candidatos em um sistema democrático.

Resta claro, então, que a distinção a ser feita do falso eleitoral em relação à falsidade comum, que reclama a incidência do delito previsto no Código Eleitoral, não chega a ser tão específica a ponto de se verificar se a conduta tem aptidão ou não para interferir no resultado do pleito. Como dito, a norma tem por escopo proteger a fé pública eleitoral e, para tanto, se a ação ou omissão verificada abalar a transparência e, por conseguinte, a confiança atrelada aos documentos do processo eleitoral, em qualquer de suas fases, resta configurada a conduta.

Dessa forma, não há como definir finalidade eleitoral unicamente como a possibilidade de alterar o resultado do pleito, uma vez que o processo eleitoral envolve, também, atos praticados após as eleições que, igualmente, devem ser guiados pela verdade e transparência. Portanto, deve ser afastado o entendimento segundo o qual a omissão de informação na prestação de contas não pode caracterizar o crime previsto no art. 350, por ela ser apresentada após o pleito e não ter capacidade de alterar seu resultado.

Ademais, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral não é absolutamente pacífica nesse aspecto, havendo decisões que se afastam do entendimento aqui combatido⁴.

Nota-se então a existência de espaço interpretativo para que a jurisprudência adote orientação mais consentânea com os princípios constitucionais orientadores do processo eleitoral, acolhendo os mandamentos constitucionais dirigidos à proteção dos bens jurídicos nele envolvidos, afinal, conforme leciona Baltazar, tais mandados não se dirigem apenas ao legislador, mas também ao intérprete da norma. (BALTAZAR, 2010, p. 64).

8 Conclusões

Com base na argumentação exposta, pode-se concluir que os princípios republicano, federativo e democrático, fundamentos do Estado brasileiro, estão diretamente envolvidos no processo eleitoral, decorrendo dessa relação a necessidade de que o legislador e o aplicador das normas que o compõem observem diretrizes constitucionais para a proteção suficiente dos bens jurídicos envolvidos.

Os crimes eleitorais desempenham papel importantíssimo nessa missão, porém, pode-se constatar *déficit* de proteção criminal, especialmente no que diz respeito à corrupção eleitoral e à movimentação de recursos não declarados nas prestações de contas dos candidatos, temas que reclamam a atenção do legislador e do Poder Judiciário.

Referências

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

4 HABEAS CORPUS n. 581, Acórdão de 18 mar. 2008, Relator(a) Min. ANTONIO CEZAR PELUSO, Publicação: DJ, 3 abr. 2008, p. 10.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código Penal e sua Interpretação*. Doutrina e Jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Suzana de Camargo. *Crimes Eleitorais*. 4. ed. rev. e ampl. [S.L.] Revista dos Tribunais, 2010.

_____. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HUNGRIA, N. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 9.

PONTE, Antônio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. *Direito Eleitoral*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

VILLAR, J. H. de J. *Corrupção: o ovo da serpente*. Publicado no jornal Folha de São Paulo de 7 jan. 2010. Disponível em: <<http://www.prers.mpf.gov.br/eleitoral/servicos/sala-de-imprensa/artigos/corruptao-o-ovo-da-serpente>>.

ZILIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

O artigo 299 do Código Eleitoral – um exame sob ótica integralmente garantista e seu alcance nas hipóteses de “compra” de apoio político

MARCELO RIBEIRO DE OLIVEIRA

Sumário: 1 Considerações iniciais. 2 O garantismo penal integral no Direito Penal e no Direito Penal Eleitoral. 3 Corrupção eleitoral: análise dogmática do fato típico e do seu estado da arte na jurisprudência. 4 “Compra” de apoio político – tipicidade. 5 Anotações finais.

1 Considerações iniciais

Quando se ouve a respeito do delito de corrupção eleitoral, dificilmente haverá alguma voz discordante no sentido da absoluta necessidade de reprimir o ilícito, ainda que o bem jurídico tutelado não seja unânime entre os doutrinadores. O fim do tipo múltiplo “*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*”, inequivocamente, assim, como todo o direito penal eleitoral, é assegurar a lisura no processo democrático, a igualdade de condições entre os postulantes aos cargos públicos eletivos e a fruição livre da vontade do eleitor, materializada no voto.

A despeito da relevância da repressão penal, os números concernentes a condenações pela incidência nesse tipo penal são bastante tímidas. O Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral, ao trazer os dados relativos a condenações em segundo grau no ano de 2008, revela a existência de 238 condenações de prefeitos e de vice-prefeitos em todo o País, marca substancialmente pequena, seja sob o ângulo de ações penais, seja sob o prisma da quantidade de zonas eleitorais abarcadas, seja, principalmente, se considerado o número de pretendentes aos cargos eletivos¹.

1 Cf. <<http://www.mcce.org.br/sites/default/files/RelatorioSintese.pdf>>, acessado em 29 nov. 2011.

Deve-se observar, ainda, que, apesar de o número não se afigurar substancial, ele corresponde a 53,52% do total de prefeitos e vices cassados desde 2000, o que, sem embargo de persistir a ideia de uma pequena quantidade de condenações, ainda possui aspecto alentador se comparado com os pleitos eleitorais anteriores.

O presente ensaio tem a pretensão de examinar o referido tipo penal, sua abrangência, a casuística já enfrentada pela jurisprudência, com análise dogmática da sua redação bem como dos julgados a ele relacionados, tendo em mente se não se está diante de situação que enseja algum tipo de revisão, ainda que hermenêutica, no sentido de emprestar maior concretude ao tipo em exame.

Será dada maior ênfase às hipóteses de compra de apoio político, em que adversários, em troca de vantagens financeiras ou não, efetivadas ou não, deixam de concorrer ao pleito, passando, em seguida, a apoiar o seu opositor. Será demonstrado que tal prática transcende o campo da (i) moralidade e se amolda ao tipo penal em estudo.

Para tanto, reputando como necessário antecedente dogmático, cumpre anotar a realização dessas reflexões à luz do chamado garantismo penal integral, um modo de (re)pensar o direito penal, no Brasil, como meio de se contrapor ao que o professor Douglas Fischer cunhou, com invulgar felicidade, de “garantismo hiperbólico monoclar”², caracterizado pela equivocada noção de que o direito penal presta-se exclusivamente à

2 “Já de algum tempo tem-se difundido no âmbito jurídico que, na aplicação do Direito Penal e do Direito Processual Penal, devam ser observados ao máximo os direitos e garantias fundamentais do cidadão. Estamos de acordo integralmente com tais premissas. Mas insistimos que há alguns equívocos nas premissas e conclusões que se têm tomado com fundamento em ideais garantistas, incorrendo-se – não raras vezes – no que temos denominado de garantismo hiperbólico monoclar, hipótese diversa do sentido proposto por Luigi Ferrajoli. Se é possível definir de forma bastante sintética e inicial, a tese central do garantismo está em que sejam observados rigidamente os direitos fundamentais (também os deveres fundamentais, dizemos) estampados na Constituição. 2. Normas de hierarquia inferior (e até em alterações constitucionais) ou então interpretações judiciais não podem solapar o que já está (e bem) delineado constitucionalmente na seara dos direitos (e deveres) fundamentais. Embora eles não estejam única e topicamente ali, convém acentuar que o art. 5º da Constituição está inserto em capítulo que trata ‘dos direitos e deveres individuais e coletivos’. Assim, como forma de maximizar os fundamentos garantistas, a função do hermeneuta está em buscar quais os valores e critérios que possam limitar ou conformar

tutela de interesses do acusado, descurando-se da noção curial de que esse ramo do direito não é autorreferencial e busca a tutela eficaz de bens jurídicos caros à sociedade, escolhidos por meio do legislador³.

Tem-se por relevantes essas considerações e a apresentação da motivação adequada, a fim de se evitar a propagação de alegações meramente retóricas, ou fundadas em petição de princípio, o que, lamentavelmente, é verificado em muitas obras, em particular, da linha ora refutada.

2 O garantismo penal integral no Direito Penal e no Direito Penal Eleitoral

Partindo de uma perspectiva com forte feição contratualista⁴, que também pode ser vista na obra de Rawls, quando se defende a ideia de que a sociedade (e nessa concepção “população” e “sociedade” são vistos como termos equivalentes) estaria ordenada quando regulada por um conceito público de justiça, obtido por meio de um consenso e de um ajustamento dos planos individuais (RAWLS, 1981, p. 28-29) e, sem embargo das críticas à natureza utópica contratualista⁵ de se esperar um consenso social total, tem-se, a exemplo de Roxin (ROXIN, 2006, p. 17), que os cidadãos transferem ao legislador o instrumental para intervir no âmbito jurídico e, em especial, criminal, buscando o equilíbrio entre a intervenção estatal e a liberdade civil.

Essa digressão prévia tem por finalidade lembrar que deve haver, sim, a busca, a preocupação com a tutela da liberdade, porém ela não se

constitucionalmente o Direito Penal e o Direito Processual Penal”. (FISCHER, 2009, p. 31-37).

- 3 Sem embargo da lúcida advertência de Roxin, no sentido de que levar “...o legislador moderno, mesmo que esteja legitimado democraticamente, não penalize algo simplesmente porque não gosta”. (ROXIN, 2006, p. 11).
- 4 A referida noção de contratualismo foi classicamente encetada por Rousseau, em seu Contrato Social, podendo ser resumida da seguinte forma: “Cada um de nós põe em comum sua pessoa e toda a sua autoridade, sob o supremo comando da vontade geral, e recebemos em conjunto cada membro como parte indivisível de um todo”. (ROUSSEAU, 1995, p. 31.)
- 5 Cf. LEVI, L. Verbete “Legitimidade”. In: BOBBIO, N. MATTEUCCI, N. PASQUINO, G. (Orgs.) *Dicionário de Política*. 8. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 676 e ss.

faz de forma isolada, sendo igualmente necessário assegurar a correta e adequada fruição do poder de intervir estatal, que deve ser pautado pela eficiência. Não por outra razão, Roxin também admoesta que:

Poder-se-ia dizer que uma norma penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, pois é uma intervenção excessiva na liberdade dos cidadãos. Desde logo, haverá que deixar o legislador uma margem de decisão no momento de responder se uma norma penal é um instrumento útil para a proteção de bens jurídicos. Mas quando para isso não se possa encontrar uma fundamentação séria justificável, a consequência deve ser a ineficácia de uma norma penal ‘desproporcional’. (ROXIN, 2006, p. 27).

Na mesma ordem de ideias, avançando, dado o reconhecimento da Constituição como *sedes materiae* da legitimidade da atuação do Estado e em exame particularizado acerca da teoria do bem jurídico tutelado pelo direito penal, anota Suxberger:

O sistema penal, portanto, há de expressar positivamente, reproduzindo e conformando, os valores constitucionalmente definidos. Esses valores jurídicos fundamentais do ordenamento jurídico estatal – em particular, o penal –, por meio de sua norma básica, prestar-se-ão como critérios para medir a legitimidade das diversas manifestações dos sistemas de legalidade. Assim, como limite do poder estatal ou mesmo como garantia de liberdade, a Constituição representa o poder de fixação dos limites em que há de se situar qualquer expectativa que pretenda converter-se em direito. Num Estado Democrático de Direito, ao direito penal cabe a função de exclusiva proteção de bens fundamentais do seio social, das condições sociais básicas necessárias à livre realização da personalidade de cada indivíduo. (SUXBERGER, 2006, p. 173).

É na Constituição, portanto, que o legislador deve buscar os bens jurídicos aptos a receber a proteção penal. De um lado, sob uma perspectiva político-criminal, o bem jurídico-penal presta-se a determinar os rumos do direito penal, esboçando e – sobretudo – limitando o âmbito da incidência da intervenção penal. De outro lado, sob uma perspectiva estritamente dogmática, presta-se o bem jurídico-penal a apreender e identificar os objetos concretos de tutela penal, o que se conhece por conteúdo material do crime, ou seja, o valor que se busca proteger por meio da intervenção penal. Assim, radicado na concepção de que a intervenção penal reflete o modelo de Estado a que se aspira, consentânea

com o sistema político-criminal vicejado pelo funcionalismo teleológico, impõe-se uma teoria constitucional do bem jurídico, que procure formular critérios aptos a orientar e limitar o legislador penal quando da criação de tipos penais com lastro na Constituição vigente.

Nessa baliza constitucional, cumpre notar a coexistência da dupla faceta do princípio da proporcionalidade, a mais reverberada, no sentido da proibição do excesso, mas também a da vedação à proteção deficiente.

O magistério de Baltazar Júnior corrobora esse pensamento:

A proibição da insuficiência, como decorrência do caráter objetivo dos direitos fundamentais, entendida como o dever de ação do Estado frente a ameaças provenientes de fontes não estatais contra os direitos fundamentais é reconhecida como geradora de deveres para o Estado e direitos para o cidadão.

A proibição da insuficiência não se confunde com a proibição de excesso, que tem por objeto medidas concretas, enquanto aquela pode ser cumprida por vários meios. Não há, no entanto, incompatibilidade entre proibição de insuficiência e proibição de excesso. (BALTAZAR, 2010, p. 245).

Em lição lapidar, o Supremo Tribunal Federal consignou sobre a vedação à proteção deficiente, conforme se extrai de excerto do voto vista exarado pelo Ministro Gilmar Mendes, oportunidade em que se apresenta a dupla faceta do pensamento garantista, ainda que se tenha preferido falar em dois garantismos:

[...] De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico. Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.

(Recurso Extraordinário n. 418.376/MS, julgado em 9.2.2006).

Assumir uma posição comprometida com a Constituição e com a razão de ser do direito penal perpassa, assim, para o comprometimento dúplice, tantas vezes indicado. Nesse mesmo sentido e em refutação à perspectiva unilateral de compreensão da tutela penal, colhem-se, por todos, as lições de Magalhães:

Por todo o exposto, não se está a atacar pura e simplesmente o modelo garantista de Direito Penal, mas tão somente defendendo-se a necessidade de que se promova, nos âmbitos científico e pragmático, um processo de desfetichização (BARRETO, 2010, p. 9) a fim de que a proposta garantista seja finalmente enxergada e aplicada em sua integralidade, num contexto constitucionalmente atualizado no qual é legítima a tutela penal de interesses metaindividuais. Faz-se impositiva uma releitura ampliativa do sistema garantista de modo que se atinja o citado garantismo integral. Filio-me ao entendimento que inclui, no campo dos bens jurídicos dignos de tutela penal, valores ligados à ordem constitucional econômico-social não vinculados diretamente a pessoas determinadas, mas sim a toda coletividade (v.g.: a higidez da ordem tributária e previdenciária, a preservação do meio ambiente e do equilíbrio do mercado de capitais). Em essência, tais interesses jurídicos guardam liame estreito com os princípios mais importantes da vigente Constituição da República e o menosprezo destes pelo Estado, a pretexto de atender aos reclamos de um garantismo hiperbólico monocular, descumpra o princípio da proporcionalidade em seu aspecto de vedação à proteção deficiente dos direitos fundamentais. (MAGALHÃES, 2011, p. 216).

O efeito prático desse modo de pensar o direito penal deve margear não apenas a exegese dos tipos, mas também a apreciação dos *standards* probatórios. Uma interpretação que deixe de emprestar qualquer utilidade ao tipo penal, ou que venha a reduzi-lo a hipóteses cerebrinas, mormente se fundada em axiologia, é de ser reconhecida como inconstitucional. Da mesma forma, a exigência de padrões de prova que tornem impossível a configuração do delito, ainda que diante de sólida base indiciária (como se indícios não fossem prova)⁶, nulifica a razão de ser do direito penal.

6 Felizmente, como anota Moro, nos crimes de lavagem de capitais, vem sendo, sobretudo em outros países, emprestado grande relevo à prova indiciária, por vezes, a única possível de ser produzida. (MORO, S. F. Autonomia do Crime de Lavagem e Prova Indiciária. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XII, n. 41, p. 11-17, abr./jun. 2008).

Tem-se que, no âmbito do direito eleitoral, o que se busca é a lisura da estrutura dos serviços administrativos eleitorais, a validade do processo eleitoral e a liberdade do exercício de voto. De forma mediata, o que se busca é a fruição adequada da democracia participativa pelo cidadão. Com esse norte, interpretações que ultrapassem tal finalidade são inaceitáveis, assim como aquelas que perdem tal pretensão e optem por esvaziá-la.

É com esse ânimo que se examina, especificamente, o tipo de corrupção eleitoral.

3 Corrupção eleitoral: análise dogmática do fato típico e do seu estado da arte na jurisprudência

O tipo penal possui simultaneamente as previsões das condutas ativas *[d]ar, oferecer, prometer*, e das condutas passivas *solicitar ou receber*. O objeto da barganha da prestação, da entabulação espúria, é indeterminado, tendo o legislador enumerado “dinheiro” ou “dádiva”, termos também bastante genéricos, resguardando, ainda, a sua incidência quando houver “qualquer outra vantagem” ladeada por um proponente e/ou por um destinatário.

Prevê-se, ainda, a necessidade de dolo específico, *rectius*, especial fim de agir, haja vista que a conduta em tela, para que seja vista como delito, deve ser praticada “para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita”. Sobre essa necessidade e a sua comprovação serão tecidos, posteriormente, maiores comentários.

Digno de nota, ainda, que o tipo em exame possui pena de até quatro anos de reclusão, não trazendo a pena mínima prevista, seguindo, assim, a sistemática do art. 284 do Código Eleitoral, que prevê, na ausência de indicação de grau mínimo, entenda-se, pena mínima, que será ela de quinze dias para a pena de detenção e de um ano para a de reclusão.

A Lei n. 9.099/1995, também conhecida como a lei dos juizados especiais, prevê, em seu art. 89, a aplicação da suspensão condicional

Pergunta inevitável: Qual a razão de tantas vezes os indícios veementes de ilícito eleitoral não receberem o mesmo deslinde jurídico?

do processo em delitos com tal montante. No início, sua aplicação foi questionada no âmbito dos crimes eleitorais, tendo o Tribunal Superior Eleitoral pacificado a sua incidência. Para ilustrar tal cenário, citam-se três julgados, um mais antigo, em que se reconhece tal aplicação; outro, em que a utilização do instituto é absolutamente comum; e, ainda, um terceiro, em que o não emprego da oferta da suspensão chega a dar azo, na linha da jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal, em delitos não especificados, a que se viabilize a cominação do art. 28 do Código de Processo Penal, por analogia, que nada mais é do que a controlabilidade da atuação ministerial pelo Judiciário:

LEI N. 9099/95 - SUA APLICABILIDADE AOS CRIMES ELEITORAIS. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. BAIXA DOS AUTOS AO DR. JUIZ ELEITORAL, PARA EVENTUAL PROPOSTA DE SUSPENSÃO DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIACAO DA INCIDENCIA DA LEI N. 9099/95 AO CASO CONCRETO, TEMA NAO VERSADO NO ACORDAO RECORRIDO. CONHECIMENTO E PROVIMENTO.

(RECURSO ESPECIAL ELEITORAL n. 15052, Acórdão n. 15052 de 09/12/1997, Relator(a) Min. WALTER RAMOS DA COSTA PORTO, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Data 09/02/1998, Página 153 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 10, Tomo 1, Página 166).

HABEAS CORPUS. CRIME ELEITORAL (ART. 350 DO CÓDIGO ELEITORAL). OMISSÃO DE DECLARAÇÃO. CONCURSO MATERIAL. CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 69 DO CÓDIGO PENAL). SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ART. 89 DA LEI N. 9.099/95. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO TSE E DO STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 243 DO STJ. ORDEM DENEGADA.

I. Com o advento da Lei no 10.259/01, derrogou-se o art. 61 da Lei no 9.099/95. Os crimes de menor potencial ofensivo passaram a ser aqueles cuja pena máxima cominada seja de dois anos. "Tais inovações, porém, segundo entendimento pacífico desta Corte, não alcançaram o instituto do sursis processual, previsto no art. 89 da Lei n.º 9.099/95, permanecendo, pois, inalterado o seu cabimento tão-somente para os delitos com a cominação de pena mínima igual ou inferior a 1 (um) ano" (HC/STJ n. 96.627/RJ, de 11.03.2008, rel. min. Laurita Vaz).

II. Ordem denegada.

(Habeas Corpus n. 609, Acórdão de 09/06/2009, Relator(a) Min. JOAQUIM BENEDITO BARBOSA GOMES, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Volume -, Tomo -, Data 07/08/2009, Página 55).

Recurso em habeas corpus. Processual Penal. Crime previsto no art. 350 do Código Eleitoral. Pedido para que o Poder Judiciário determine ao Ministério Público Eleitoral o oferecimento de suspensão condicional do processo aos Pacientes: Impossibilidade. Aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal. Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal. Recurso ao qual se nega provimento.

(Recurso em Habeas Corpus n. 4653, Acórdão de 28/06/2011, Relator(a) Min. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 12/08/2011, Página 62-63).

Então, pela pena mínima cominada ao tipo, o crime de corrupção eleitoral admite a suspensão condicional do processo. Surge o questionamento: considerando a gravidade do delito, sobretudo, na modalidade de corrupção ativa, ou seja, por meio da qual se tenta angariar o voto, seria cabível a adoção do instituto despenalizador? Seria adequado emprego, na dicção de Roxin, da medida diversificadora?

De um modo geral, entende-se que não. A gravidade dos delitos de corrupção eleitoral, o bem jurídico tutelado, deve levar, em regra, ao não oferecimento da proposta. No entanto, não há como se aceitar o não oferecimento automático, pela simples subsunção do fato ao artigo, sob pena de se estar negando vigência ao art. 89 da Lei n. 9.099/1995. Compreende-se que, em se realizando a fundamentação adequada e vinculada ao caso concreto, há uma forte tendência de que, na persecução de delitos dessa espécie, não se vislumbre neles o requisito da “suficiência”. Essa é expressão empregada pelo legislador para a aferição do cabimento da medida, a levar em conta, em um singelo teste de proporcionalidade, se a medida possui o cunho dissuasório com vista a evitar a reiteração da conduta. De toda sorte, a despeito da impressão de que, em regra, não seria cabível a suspensão condicional, nos casos de corrupção eleitoral, insiste-se que ela não pode ser rechaçada, aprioristicamente, afinal, pelas

7 Usa a expressão para as formas de sanção não correspondentes à privação de liberdade propriamente dita. (ROXIN, 2006, p. 16.)

penas fixadas pelo legislador, objetivamente, o delito poderia ensejar tal benesse.

Levando em conta a gravidade de tais delitos, há o projeto de Lei n. 7.873/2010, que altera, específica e pontualmente, o preceito secundário do tipo penal em estudo, passando a prever para ele as penas de reclusão de três a seis anos e pagamento de cem a trezentos dias-multa. O parecer da Comissão de Constituição e Justiça teceu a respeito da proposta de alteração legislativa as seguintes considerações:

I - RELATÓRIO

O presente projeto de lei, de iniciativa da Comissão de Legislação Participativa, pretende alterar o art. 299 da Lei n. 4.737, de 1965 (Código Eleitoral), para majorar a pena de reclusão, prevista para crime de corrupção eleitoral, que passaria a ser de três a seis anos e pagamento de cem a trezentos dias-multa.

A matéria teve como origem a Sugestão n. 214, de 2010, formulada pelo Conselho de Defesa Social de Estrela do Sul – CONDESESUL, e acatada pela Comissão de Legislação Participativa, que a converteu em projeto de lei.

A proposição em comento foi distribuída à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania para exame quanto aos aspectos de constitucionalidade, juridicidade e de técnica legislativa, bem como quanto ao mérito, nos termos do que dispõem os arts. 32, inciso IV, alínea “e”, e 54, inciso I, ambos do Regimento Interno.

matéria, desarquivada nos termos do art. 105 do Regimento Interno por despacho da Presidência da Casa, está submetida ao regime de tramitação prioritária e sujeita à apreciação do douto Plenário.

É o relatório.

II - VOTO DO RELATOR

No que concerne aos aspectos pertinentes a esta Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, constatamos que o Projeto de Lei n. 7.873, de 2010, obedece às normas constitucionais referentes à competência privativa da União para legislar sobre direito eleitoral (CF, art. 22, I) e à atribuição do Congresso Nacional, com posterior pronunciamento do Presidente da República (CF, art. 48, caput).

A proposição em análise não implica, também, reserva de iniciativa do Chefe do Executivo, sendo legítima, portanto, a iniciativa parlamentar concorrente (CF, art. 61, caput).

No que toca à juridicidade, a matéria está conforme o direito, não havendo ofensa aos princípios e às regras do ordenamento jurídico vigente.

Quanto à técnica legislativa, o projeto de lei em apreço está em desconformidade com os preceitos da Lei Complementar n. 95, de 1998, alterada pela Lei Complementar n. 107, de 2001. Nesse sentido, oferecemos o anexo substitutivo, com vistas a sanar os vícios formais apontados.

Finalmente, no que tange ao mérito, a proposição em exame se afigura oportuna, ao tempo em que se busca aperfeiçoar e propiciar maior rigor aos instrumentos normativos voltados para a responsabilização penal daqueles que praticam ilícitos eleitorais.

Diante do exposto, manifestamos nosso voto pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do Projeto de Lei n. 7.873, de 2010, na forma do substitutivo ora ofertado.

Muito embora não se façam considerações sobre esse desdobramento, no âmbito do parecer, a nova pena proposta nesse projeto afasta a problematização trazida anteriormente, acabando com a possibilidade de se oferecer a suspensão condicional do processo.

Um ponto que merece reflexão diz respeito à proximidade existente entre o crime de corrupção eleitoral e o ilícito civil previsto no art. 41-A da Lei n. 9.504/1997, denominado captação ilícita de sufrágio, cuja redação é a seguinte:

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 cinqüenta 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 n. 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 n. 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 n. 12.034, de 2009).

§ 3º A representação contra as condutas vedadas no caput poderá ser ajuizada até a data da diplomação. (Incluído pela Lei n. 12.034, de 2009)

§ 4º O prazo de recurso contra decisões proferidas com base neste artigo será de 3 (três) dias, a contar da data da publicação do julgamento no Diário Oficial. (Incluído pela Lei n. 12.034, de 2009).

O *caput* desse artigo foi introduzido pela Lei n. 9.840/1999 e seus parágrafos, pela Lei n. 12.034/2009. O projeto foi de iniciativa popular e teve grande participação da sociedade civil, materializada na atuação de entidades como o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), entre outras. O propósito do projeto, segundo relatado por Gomes “[...] *era estabelecer regra rígida e expedita, que resgatasse a ética no processo eleitoral, de sorte a prevalecer sempre a lisura*”. (GOMES, 2011, p. 491).

Destaca-se, do breve excerto doutrinário, a adequada menção ao caráter expedito do procedimento, que, além do seu prazo limitado para ajuizamento, deve ver atrelada a ele a presença de uma cognição menos exauriente e, sobretudo, permeada pela maior dificuldade na obtenção de provas do que há nos casos criminais.

Muito embora se saiba não ser fácil a comprovação *a posteriori* dos crimes eleitorais, a existência de um prazo mais amplo para o oferecimento de denúncia não é elemento que pode ser sumariamente desprezado.

Como desdobramento natural dessas considerações, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral reconhece a autonomia entre tais feitos, tendo por necessário o reconhecimento da incomunicabilidade das instâncias decisórias, que nem mesmo possuem o mesmo juízo processante.

Nesse sentido, trazem-se os seguintes julgados:

[...] In casu, a decisão agravada assenta-se na jurisprudência desta c. Corte de que o indeferimento de representação por suposta captação ilícita de sufrágio, em razão de insuficiência de provas, não repercute na ação penal, ainda que fundada nos mesmos fatos, em decorrência da incomunicabilidade de instâncias. [...].

(Ac. de 30.3.2010 no AgR-RHC n. 1602862, rel. Min. Felix Fischer.)

[...] 1. São independentes as esferas cível-eleitoral e a penal, de sorte que eventual improcedência do pedido, na primeira, não obsta o prosseguimento ou a instauração da ação penal para apurar o mesmo fato. [...]

(Ac. de 11.9.2008 no REspe n. 28.702, rel. Min. Felix Fischer; no mesmo sentido o Ac. de 19.6.2008 no ARESPE n. 28.544, rel. Min. Marcelo Ribeiro; o Ac. de 27.11.2007 no AAG n. 8.905, rel. Min. Arnaldo Versiani; o Ac. de 5.12.2006 no HC n. 545, rel. Min. Caputo Bastos; e o Ac. de 26.8.2010 no HC n. 31828, rel. Min. Cármen Lúcia.)

[...] 2. A eventual improcedência, por falta de provas, do pedido da ação de investigação judicial eleitoral e da ação de impugnação de mandato eletivo não obsta a propositura da ação penal, ainda que os fatos sejam os mesmos, tendo em vista a independência entre as esferas cível-eleitoral e penal. 3. A manifestação do Ministério Público no âmbito cível não constitui óbice à apuração dos fatos, nem à eventual responsabilização do agente na esfera do direito penal. [...].

(Ac. de 19.6.2008 no RHC n. 112, rel. Min. Marcelo Ribeiro; no mesmo sentido o Ac. de 20.5.2008 no HC n. 572, rel. Min. Joaquim Barbosa; o Ac. de 22.3.2007 no RHC n. 101, rel. Min. Cesar Asfor Rocha; e o Ac. n. 84, de 14.6.2005, rel. Min. Humberto Gomes de Barros.)

[...] Aprovação de contas no âmbito administrativo. Independência entre as esferas cível-eleitoral e penal. Precedente. 'A eventual aprovação da prestação de contas, dado seu caráter administrativo, não impede a análise de fatos a ela relacionados em procedimento criminal que investigue a possível prática de crime eleitoral.' [...]

(Ac. de 18.3.2008 no HC n. 581, rel. Min. Cezar Peluso.)

[...] A absolvição na representação por captação ilícita de sufrágio, na esfera cível-eleitoral, ainda que acobertada pelo manto da coisa julgada, não obsta a persecutio criminis pela prática do tipo penal descrito no art. 299, do Código Eleitoral.

(Ac. de 27.11.2007 no AAG n. 6.553, rel. Min. Cezar Peluso.)

NE: Trecho do parecer do Ministério Público contido na decisão agravada transcrita no relatório: “Ao passo que a decisão transitada em julgado discutiu a existência de irregularidades de natureza cível nas contas do candidato a prefeito [...], os presentes autos versam sobre irregularidades no âmbito penal das contas do comitê financeiro do partido [...]”. Trecho do voto condutor: “Cumpra ter presente a independência das esferas administrativa, cível e penal, isso sem considerar-se que, no caso, as ações em cotejo dizem respeito a contas de certo candidato e a contas do comitê financeiro [...]”. (Ementa não transcrita por não reproduzir a decisão quanto ao tema.)

(Ac. n. 67, de 3.5.2005, rel. Min. Marco Aurélio.)

Sem embargo desses precedentes, acertados por permitir ao Estado produzir novas provas, em procedimento distinto, que tem finalidade distinta e que possui prazo maior para a apuração da verdade real, não raramente, colhem-se julgados que fazem vinculação expressa entre os procedimentos, criando, por vezes de forma declarada e, em outras, de modo indireto ou implícito, um nexo de prejudicialidade entre os procedimentos, sob o argumento simplista de que, tendo a questão sido dirimida em sede de representação fundada no art. 41-A, o deslinde da ação penal pela prática de crime de corrupção eleitoral será o mesmo. Assim, de que adiantaria receber denúncia ou permitir o processamento da *persecutio criminis*?

Como antecipado, tal argumentação revela verdadeira prejudicialidade de um rito apto a ter cognição exauriente, pela apuração feita em cognição mais expedita (e possivelmente mais abreviada), o que é inaceitável.

Além disso, essa espécie de posicionamento faz menoscabo da atuação do representante e, pensando na neutra atuação *pro societate*, em particular, do Ministério Público, haja vista que se parte da premissa de incompetência em conseguir produzir novas razões e tampouco de coligir maiores elementos de prova, ou mesmo, de deduzir melhor argumentação em cima de fatos existentes.

Aceitar a abreviação de uma ação penal válida, sem permitir o desenvolvimento regular, pautado numa prognose açodada, portanto, é

retirar da sociedade um instrumento válido, o que acarreta violação estatal e jurisdicional, no particular, quanto à proibição de proteção deficiente.

Isso sem contar nas hipóteses não raras em que, com a prodigalidade habitual no manejo de *habeas corpus*, o tribunal de superposição não tranca ações penais manejadas em primeiro grau, o que configura também supressão de instância dentro dos parâmetros argumentativos ora apresentados.

Adotar essa postura judicante, sob o argumento de se estar a atuar de modo garantista, assim, é mera figura retórica. Em termos efetivos, a situação experimentada é exatamente o contrário, a negação do garantismo, haja vista que o Estado retira a possibilidade do manejo de um adequado instrumento para a tutela dos bens jurídicos em análise.

Outras questões que exigem reflexão dizem respeito à configuração do delito de corrupção eleitoral e à presença do especial fim de agir para a sua caracterização.

A casuística dos julgados do Tribunal Superior Eleitoral é rica em subsidiar hipóteses em que se reconhece a prática de corrupção eleitoral. Sem embargo de se mostrar um expediente um tanto extenso, colhido do repertório de jurisprudência do TSE, em seus temas selecionados⁸, além de outros julgados mais recentes, permite-se trazer a lume uma série de julgados, aptos a permitir ao leitor a compreensão da dimensão prática que vem sendo dada ao tipo penal em análise:

AGRAVOREGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. PROMESSAS GENÉRICAS. CRIME DE CORRUPÇÃO ELEITORAL. ART. 299 DO CE. NÃO CONFIGURAÇÃO. DESPROVIMENTO.

1. A realização de promessas de campanha, as quais possuem caráter geral e usualmente são postas como um benefício à coletividade, não configuram, por si só, o crime de corrupção eleitoral, sendo indispensável que a promessa de vantagem esteja vinculada à obtenção do voto de determinados eleitores.
2. Agravo regimental desprovido.

8 Cf. <<http://temasselecionados.tse.jus.br/>>.

(Agravamento Regimental em Agravamento de Instrumento n. 58648, Acórdão de 25/08/2011, Relator(a) Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 13/09/2011, Página 92)

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2008. PREFEITO. CRIME. ART. 299 DO CÓDIGO ELEITORAL. CORRUPÇÃO ELEITORAL. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. COMPROVAÇÃO. CONDUTA TÍPICA.

1. O crime de corrupção eleitoral ativa (art. 299 do CE) consuma-se com a promessa, doação ou oferecimento de bem, dinheiro ou qualquer outra vantagem com o propósito de obter voto ou conseguir abstenção.
2. No caso, o candidato a prefeito realizou aproximadamente doze bingos em diversos bairros do Município de Pedro Canário, distribuindo gratuitamente as cartelas e premiando os contemplados com bicicletas, televisões e aparelhos de DVD.
3. Ficou comprovado nas instâncias ordinárias que os eventos foram realizados pelo recorrente com o dolo específico de obter votos. No caso, essa intenção ficou ainda mais evidente por ter o recorrente discursado durante os bingos, fazendo referência direta à candidatura e pedindo votos aos presentes.
4. Recurso especial desprovido.

(Recurso Especial Eleitoral n. 445480, Acórdão de 07/06/2011, Relator(a) Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 19/08/2011, Página 15/16)

RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2006. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO (ART. 41-A DA LEI N. 9.504/97). DESCARACTERIZAÇÃO. DEPUTADO FEDERAL. CANDIDATO. OFERECIMENTO. CHURRASCO. BEBIDA.

1. É cabível o recurso ordinário, nos termos do art. 121, § 4º, III, da CF, quando seu julgamento puder resultar na declaração de inelegibilidade ou na perda do diploma ou mandato obtido em eleições federais ou estaduais.
2. A captação ilícita de sufrágio, espécie do gênero corrupção eleitoral, enquadra-se nas hipóteses de cabimento da AIME, previstas no art. 14, § 10, da CF. Precedentes.

3. Para a caracterização da captação ilícita de sufrágio, é necessário que o oferecimento de bens ou vantagens seja condicionado à obtenção do voto, o que não ficou comprovado nos autos.

4. Não obstante seja vedada a realização de propaganda eleitoral por meio de oferecimento de dádiva ou vantagem de qualquer natureza (art. 243 do CE), é de se concluir que a realização de churrasco, com fornecimento de comida e bebida de forma gratuita, acompanhada de discurso do candidato, não se amolda ao tipo do art. 41-A da Lei n. 9.504/97.

5. Recurso ordinário desprovido.

(Recurso Ordinário n. 1522, Acórdão de 18/03/2010, Relator(a) Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 10/05/2010, Página 15)

HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. PEDIDO DE TRANCAMENTO. CORRUPÇÃO ELEITORAL. ART. 299 DO CÓDIGO ELEITORAL. ELEITOR COM DIREITOS POLÍTICOS SUSPENSOS. FATO ATÍPICO. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. Nos termos do art. 299 do Código Eleitoral, que protege o livre exercício do voto, comete corrupção eleitoral aquele que dá, oferece, promete, solicita ou recebe, 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.

2. Assim, exige-se, para a configuração do ilícito penal, que o corruptor eleitoral passivo seja pessoa apta a votar.

3. Na espécie, foi comprovado que a pessoa beneficiada com a doação de um saco de cimento e com promessa de recompensa estava, à época dos fatos e das Eleições 2008, com os direitos políticos suspensos, em razão de condenação criminal transitada em julgado. Logo, não há falar em violação à liberdade do voto de quem, por determinação constitucional, (art. 15, III, da Constituição), está impedido de votar, motivo pelo qual a conduta descrita nos autos é atípica.

4. Ordem concedida.

(Habeas Corpus n. 672, Acórdão de 23/02/2010, Relator(a) Min. FELIX FISCHER, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Volume -, Tomo 57/2010, Data 24/03/2010, Página 34/35)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO (AIME). CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. CORRUPÇÃO ELEITORAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO. NÃO PROVIMENTO.

1. Apesar de incontroverso o fato de que foram realizados eventos com atrações artísticas, inclusive no período vedado a que alude o art. 39, § 7º, da Lei n. 9.504/97, a prova dos autos não revela, com clareza, que a razão que motivou tal atuação foi a captação ilícita de sufrágio. Afinal, foram franqueadas ao público em geral, independentemente de qualquer condição eventualmente imposta.

2. Para a configuração da captação ilícita de sufrágio, a jurisprudência do e. TSE tem exigido prova do mínimo liame entre a benesse, o candidato e o eleitor (RCED n. 665, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJe de 1.4.2009), situação que não ocorre no caso sub examine.

3. A realização de showmício, examinada sob o enfoque do abuso de poder econômico, deve demonstrar relação de potencialidade para macular o resultado do pleito segundo influência de elementos de natureza econômica.

Assim, a alegação de que servidores da Justiça Eleitoral tenham sido agredidos durante o cumprimento de diligência, apesar da possível configuração do crime eleitoral, não demonstra potencialidade lesiva sob a perspectiva do abuso de poder econômico. Ademais, trata-se de alegação nova, trazida somente no agravo regimental.

4. A análise da prova indicada pelos agravantes não demonstra que durante a reunião entre servidores municipais tenha havido pedido de voto em troca da manutenção no emprego, logo, não há falar em corrupção eleitoral. Nem a inicial da ação de impugnação de mandato eletivo nem o recurso eleitoral indicam provas ou elementos de eventual potencialidade lesiva da conduta.

5. Agravo regimental não provido.

(Agravo Regimental em Recurso Ordinário n. 2355, Acórdão de 04/02/2010, Relator(a) Min. FELIX FISCHER, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 50, Data 15/3/2010, Página 79/80)

RECURSO ESPECIAL. ARTIGOS 290 E 299 DO CÓDIGO ELEITORAL. CRIMES DE MERA CONDUTA. TIPIFICAÇÃO. ARTIGO 350 DO CÓDIGO ELEITORAL. ATIPICIDADE. EXCLUSÃO DA PENA.

ARTIGO 109, VI, C.C. ARTIGO 110, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PENA EM CONCRETO. ARTIGO 386, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ABSOLVIÇÃO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. Os crimes previstos nos artigos 290 e 299 do Código Eleitoral são de mera conduta, não exigindo a produção de resultado para sua tipificação.
2. A adequação da conduta ao tipo penal previsto no artigo 350 do Código Eleitoral necessita da declaração falsa firmada pelo próprio eleitor interessado, e não por terceiro. Precedentes.
3. A exclusão da pena relativa ao artigo 350 do Código Eleitoral impõe a redução da sanção em relação aos demais crimes.
4. Estabelecida a pena em dez meses de reclusão com sentença publicada em 26 de junho de 2006, julga-se extinta a punibilidade pela pena em concreto, na forma dos artigos 109, VI, c.c. o artigo 110, § 1º, do Código Penal.
5. Concede-se habeas corpus de ofício para absolver, na forma do artigo 386, III, do Código de Processo Penal, ante a atipicidade da conduta descrita.

(Recurso Especial Eleitoral n. 28535, Acórdão de 29/09/2009, Relator(a) Min. FERNANDO GONÇALVES, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 03/11/2009, Página 31)

Ação penal. Corrupção eleitoral. [...]. 2. Para rever a conclusão do Tribunal a quo de que houve a entrega de doação a eleitor com a finalidade de obtenção de seu voto, a configurar corrupção eleitoral, seria necessário o reexame de matéria de fato, o que não é possível em sede de recurso especial, a teor da Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. 3. O pedido expresso de voto não é exigência para a configuração do delito previsto no art. 299 do Código Eleitoral, mas sim a comprovação da finalidade de obter ou dar voto ou prometer abstenção. 4. A circunstância de a compra de voto ter sido confirmada por uma única testemunha não retira a credibilidade nem a validade da prova. [...]

(Ac. de 2.3.2011 no ED-REspe n. 58245, rel. Min. Arnaldo Versiani.)

[...] Ausência dos requisitos exigidos para a aplicação do princípio da insignificância. [...] NE: “O princípio da insignificância, como bem ponderou o Tribunal Regional Eleitoral, deve ser aplicado nos crimes contra o patrimônio quando o valor do bem jurídico tutelado é ínfimo.

Como o bem ora tutelado é o livre exercício do voto, a lisura do processo de obtenção do voto, o referido princípio não pode ser utilizado para excluir a tipicidade da conduta. Além disso, a jurisprudência exige um grau de reprovabilidade reduzido do comportamento do autor, o que não é o caso dos autos. O crime previsto no art. 299 do Código Eleitoral atinge um bem jurídico de grande valor e a conduta é veementemente reprovada pelo ordenamento jurídico.

(Ac. de 28.10.2010 no AgR-AI n. 10672, rel. Min. Cármen Lúcia).

[..]. 1. Nos termos do art. 299 do Código Eleitoral, que protege o livre exercício do voto, comete corrupção eleitoral aquele que dá, oferece, promete, solicita ou recebe, 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. 2. Assim, exige-se, para a configuração do ilícito penal, que o corruptor eleitoral passivo seja pessoa apta a votar. 3. Na espécie, foi comprovado que a pessoa beneficiada com a doação de um saco de cimento e com promessa de recompensa estava, à época dos fatos e das Eleições 2008, com os direitos políticos suspensos, em razão de condenação criminal transitada em julgado. Logo, não há falar em violação à liberdade do voto de quem, por determinação constitucional, (art. 15, III, da Constituição), está impedido de votar, motivo pelo qual a conduta descrita nos autos é atípica. [...].

(Ac. de 23.2.2010 no HC n. 672, rel. Min. Felix Fischer.)

[..]. Não caracterização do crime eleitoral. Previsto no art. 299 do Código Eleitoral. Corrupção eleitoral. Atipicidade. Ausência de dolo específico. Sorteio de bonés, camisetas e canetas em evento no qual se pretendia divulgar determinadas candidaturas. Distribuição de bolo e refrigerante. Ausência de abordagem direta ao eleitor com objetivo de obter voto. [...].

(Ac. de 30.6.2009 no AgR-REspe n. 35.524, rel. Min. Joaquim Barbosa.)

[..]. Artigos 290 e 299 do Código Eleitoral. Crimes de mera conduta. Tipificação. Artigo 350 do Código Eleitoral. Atipicidade. Exclusão da pena. Artigo 109, VI, c.c. artigo 110, § 1º, do Código Penal. Extinção da punibilidade. Pena em concreto. Artigo 386, III, do Código de Processo Penal. Absolvição. Habeas corpus de ofício. 1. Os crimes previstos nos artigos 290 e 299 do Código Eleitoral são de mera conduta, não exigindo a produção de resultado para sua tipificação. [...].

(Ac. de 29.9.2009 no REspe n. 28.535, rel. Min. Fernando Gonçalves.)

[...]. Na corrupção eleitoral, crime formal, o eleitor deve ser identificado ou identificável, inexigindo-se, todavia, o resultado pretendido pelo agente para sua consumação. [...]. A exigência de demonstração do dolo específico, para a denúncia, satisfaz-se com a apresentação de prova material de intenção de se obter voto, no caso, trocando-o por passagem de barco.

(Ac. de 20.5.2008 no HC n. 572, rel. Min. Joaquim Barbosa.)

[...] 2. O crime de corrupção eleitoral, por ser crime formal, não admite a forma tentada, sendo o resultado mero exaurimento da conduta criminoso. [...].

(Ac. de 27.11.2007 no AAG n. 8.905, rel. Min. Arnaldo Versiani.)

[...] 1. A subsunção da conduta ao art. 299 do Código Eleitoral decorreu da análise do conjunto probatório, realizada na instância a quo. Inviável o reexame, em sede especial eleitoral (Súmulas nos 7/STJ e 279/STF). 2. Não se aplica ao caso o art. 17 do Código Penal. A toda evidência, o meio era eficaz: oferta em dinheiro; e o objeto era próprio: interferir na vontade do eleitor e orientar seu voto. Não se trata, portanto, de crime impossível. 3. A corrupção eleitoral é crime formal e não depende do alcance do resultado para que se consuma. Descabe, assim, perquirir o momento em que se efetivou o pagamento pelo voto, ou se o voto efetivamente beneficiou o candidato corruptor. Essa é a mensagem do legislador, ao enumerar a promessa entre as ações vedadas ao candidato ou a outrem, que atue em seu nome (art. 299, caput, do Código Eleitoral). [...]

(Ac. de 5.6.2007 no AAG n. 8.649, rel. Min. José Delgado.)

[...] Denúncia. Candidato. Prefeito. Reeleição. Distribuição. Cestas básicas. Material de construção. Aliciamento. Eleitores. Art. 299 do CE. Abuso do poder político e econômico. TRE. Ausência. Referência. Denúncia. Dolo específico. Não-Recebimento. Peça processual. Falta. Dolo. Atipicidade da conduta. [...] Esta Corte tem entendido que, para a configuração do crime descrito no art. 299 do CE, é necessário o dolo específico que exige o tipo penal, qual seja, a finalidade de obter ou dar voto ou prometer abstenção. Precedentes. [...] Correta a decisão regional que rejeitou a denúncia tendo como fundamento a atipicidade da conduta por ausência do dolo específico do tipo descrito no art. 299 do CE, não havendo justa causa para a ação penal. [...]

(Ac. de 15.3.2007 no AgRgAg n. 6.014, rel. Min. Gerardo Grossi; no mesmo sentido o Ac. de 19.6.2007 no AgRgAg n. 7.983, rel. Min. José Delgado.)

[...] Candidato. Prefeito. Distribuição. Dinheiro. Eleitores. Âmbito. Prefeitura Municipal. Véspera. Eleições. Abuso do poder. Utilização. Recursos públicos. Corrupção eleitoral. Art. 299 do CE. Comprovação. Dolo específico. Autoria. Materialidade. Crime eleitoral. Recusa. Ministério Público Eleitoral. Proposta. Sursis Processual. Ausência. Violação. Arts. 5º, LV, da CF, e 89 da Lei n. 9.099/95. Inocorrência. Nulidade. Acórdão. TRE. Alegações. Parte processual. Obrigatoriedade. Submissão. Procurador-Geral Eleitoral. Recusa. Ministério Público. Sursis. Inaplicabilidade. Art. 28 do CPP. [...] Esta Corte tem entendido que, para a configuração do crime descrito no art. 299 do CE, é necessário o dolo específico que exige o tipo penal, qual seja, a finalidade de obter ou dar voto ou prometer abstenção, o que, na hipótese, ficou comprovado, assim como a autoria e a materialidade do crime. [...]

(Ac. de 8.3.2007 no AgRgREspe n. 25.388, rel. Min. Gerardo Grossi.)

Recurso especial eleitoral. Direito processual penal. Rejeição liminar da denúncia. Ausência de justa causa. Caracterização. [...] 3. Denúncia pela violação do art. 299 do Código Eleitoral. Acusação de distribuição de brindes a eleitores presentes em festividade não comprovada. 4. Reunião comemorativa do dia das mães. 5. Inexistência de dolo específico. 6. Denúncia que não preenche os requisitos legais de admissibilidade. 7. Decisão com base nas provas depositadas nos autos. [...]

(Ac. de 13.2.2007 no REspe n. 26.073, rel. Min. José Delgado.)

Recurso ordinário. Habeas corpus. Ordem denegada. Corrupção eleitoral. Abolitio criminis. Não-ocorrência. Prescrição. Afastada. Sursis processual. Art. 89 da Lei n. 9.099/95. Não-incidência. O art. 41-A da Lei n. 9.504/97 não alterou a disciplina do art. 299 do Código Eleitoral, no que permanece o crime de corrupção eleitoral incólume. [...] NE: “Em verdade, responderá pelo art. 299 do Código Eleitoral tanto o candidato quanto qualquer pessoa que praticar as figuras típicas ali descritas. A diferença é que o candidato infrator também estará sujeito às sanções de multa e cassação do registro ou diploma a que alude o art. 41-A, devidamente apurado mediante a realização do procedimento previsto no art. 22 da Lei n. 64/90.

(Ac. n. 81, de 3.5.2005, rel. Min. Luiz Carlos Madeira.)

Habeas corpus. Trancamento. Inquérito policial. Requisição. Juiz eleitoral. Apuração. Distribuição de próteses dentárias. Crime. Corrupção eleitoral. Art. 299 do Código Eleitoral. [...] 1. A prática do crime capitulado no art.

299 do Código Eleitoral pode ser cometido inclusive por quem não seja candidato, uma vez que basta, para a configuração desse tipo penal, que a vantagem oferecida esteja vinculada à obtenção de votos. 2. Para analisar a alegação de supostos vícios na busca e apreensão ocorrida, que embasou o pedido de requisição para instauração de inquérito policial, é necessário o exame aprofundado das provas, o que não é possível em habeas corpus. Recurso improvido.

(Ac. n. 65, de 11.5.2004, rel. Min. Fernando Neves.)

Eleitoral. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Crime de corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral). Não-configuração. Alegação de justa causa afastada. 1. Constitui constrangimento ilegal a apuração de fatos que desde logo não configuram o crime de corrupção. 2. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” NE: “No caso, segundo consta do acórdão regional, o ora recorrido, candidato, foi preso em flagrante no aeroporto do Maranhão, por portar a quantia de R\$ 371.000,00 (trezentos e setenta e um mil reais), não havendo nos autos prova de oferecimento de vantagens para obtenção de votos, hábil a responsabilizá-lo pelo crime de corrupção eleitoral ou outro delito [...]

(Ac. n. 4.470, de 20.4.2004, rel. Min. Carlos Velloso.)

Agravo regimental. Crime eleitoral. Condenação pela prática dos crimes previstos nos arts. 299 do Código Eleitoral e 299 do Código Penal. Reexame de prova. Agravo regimental improvido.” NE: Prefeito e vereadores “[...] usaram do expediente de desmembramento dos tributos para tapear os eleitores, dando a entender que pagando a TSU, estavam quites com o IPTU também [...]”. Quando instaurado inquérito civil para apuração, o prefeito expediu um decreto falso para legalizar a atividade.

(Ac. n. 21.155, de 15.4.2004, rel. Min. Ellen Gracie.)

Desses julgados, extraem-se, de modo não exauriente, algumas ilações importantes: o reconhecimento jurisprudencial da natureza formal do delito, ou seja, da desnecessidade de que se opere a votação ou a abstenção pretendida. Com efeito, o voto há de ser visto como mero exaurimento, se assim se faz possível afirmar. Afinal, dado o caráter secreto do sufrágio, trata-se de um *post factum* indigno de especulações no campo da tipicidade. Por outro lado, casuisticamente, pode-se aventar

a ocorrência de situação em que o temor reverencial do eleitor e a confirmação do voto no sentido pretendido pelo corruptor possam ser considerados circunstâncias judiciais desfavoráveis a darem ensejo a uma maior reprovabilidade da conduta por ocasião da aplicação das sanções do art. 59 do Código Penal ou até mesmo podem ser pontuados como aventadas como consequência grave do delito, a forcejar a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Além disso, é depreendida a utilização do instituto da continuidade delitiva, na prática desse delito, o que se mostra, sem embargo de opiniões em contrário, um posicionamento equivocado. Na verdade, como se trata de lesão a vítimas específicas, individualizadas, com a frustração de direito personalíssimo, *in casu*, o voto, mais adequado seria o reconhecimento do cúmulo material, o que levaria a uma punição substancialmente maior. Em rigor, considerado o cálculo da causa majorante da continuidade delitiva prevista no art. 71 do Código Penal, tem-se que a compra de voto de seis pessoas receberá o tratamento, entenda-se, majoração de pena, igual ao cenário da compra de votos de dezenas de eleitores. Parece patente a geração de proteção deficiente com essa exegese.

O Tribunal Superior Eleitoral estatui que o ato de corrupção há que ser eficaz, refutando, como se viu, tal ocorrência quando a vítima não se encontra com sua capacidade eleitoral ativa. Sustentou-se a ocorrência de situação de atipicidade. Sem embargo de uma maior reflexão e de um eventual reposicionamento quanto ao tema, haja vista a finalidade específica da conduta em obter voto, levanta-se a dúvida se a situação em tela não estaria contemplada no § 3º do art. 20 do Código Penal, por se tratar de erro quanto à pessoa da vítima. Nesses casos, a norma penal estatui que, na hipótese de erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado, não há isenção de pena, deixando de ser consideradas as condições ou qualidades da vítima e adotando-se as condições da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime. Em outras palavras, o corruptor pretendendo promover o crime contra um eleitor estaria a cometê-lo ao praticá-lo, em erro, contra alguém que esteja com seus direitos suspensos.

Outro aspecto merecedor de análise diz respeito ao especial fim de agir do tipo. A quantidade extensa de julgados anteriormente apresentada,

atrelada à reiteração das menções a esse elemento normativo, torna patente que a sua caracterização é objeto de intensa discussão. Alguns julgados anteriormente coligidos afirmam que a oferta deve ser específica, determinada a um eleitor ou a um grupo deles. Essa posição não há como ser acolhida de um modo geral e irrestrito, haja vista que pode haver uma lesão metaindividual, que não se confunde com a lícita promessa genérica de benesses à população. No caso de bingos promocionais, rifas ou mesmo de sorteios de brindes (e é importante notar a existência de julgados anteriormente trazidos em sentidos antagônicos), salvo em caso de fraude (além da compra de votos), o sorteio não tem um vencedor previamente determinado, mas o evento promocional, *per se*, com a potencialidade de ganhos aos eleitores individualmente considerados, em que a troca do voto do participante fica contextualizada, pode, sim, caracterizar a oferta de vantagem proscribida pela norma penal.

Nesse cenário, reforça-se a consideração lançada ao início das presentes reflexões, no sentido de se ter de emprestar grande relevo à prova indiciária. Por vezes, pretender uma prova direta equivale a assegurar a impunidade. Deve ficar claro que, sendo aceita a incorporação ao direito brasileiro da necessidade de se produzir prova para além da dúvida razoável, a dúvida há de ser, efetivamente, razoável e não cerebrina, de sorte que, em determinados contextos fáticos, a cadeia indiciária não permite outra conclusão lógica que a prática do crime. Por vezes, os casos de distribuição de requisição de combustíveis, emitida pelos candidatos em desfavor de postos de gasolina para benefício de eleitores, revelam a compra tão patente de votos que chega a ser agressivo à inteligência imaginar que tantas pessoas participariam de carreatas de apoio e com o consumo de centenas ou mesmo dezenas de litros de combustível, mormente quando parte desses eleitores nem mesmo possui carro ou possui motocicleta com capacidade incompatível com a pretensa doação. Soa patente o benefício econômico aferido. E quanto a necessidade de pedir voto? Alguns julgados são perspicazes a ponto de não se poder exigir tal pedido de modo solene. Há tratativas cujo conteúdo, ainda que ilícito, é depreendido da ordem natural dos acontecimentos. Quanto à presunção do desdobramento lógico dos fatos dever ser considerada, é merecedora de aplausos a constatação clássica, formulada por Malatesta:

Se o ordinário se presume, o extraordinário se prova: eis o princípio supremo para o ônus da prova; princípio supremo que chamamos ontológico, enquanto encontra seu fundamento imediato no modo natural de ser das coisas. (...) Apresentando-se, pois, duas afirmações opostas, uma ordinária, a outra extraordinária, a primeira se presume verdadeira, a segunda deve ser provada. esse princípio se funda em que o ordinário, como tal, apresenta-se por si mesmo, com um elemento de prova, que se assenta na experiência comum, enquanto o extraordinário, ao contrário, apresenta-se destituído de todo princípio mais afastado de prova. Por isso lhe compete a obrigação da prova, quando se encontra em antítese com aquele. (MALATESTA, 2005, p. 136-137).

Por fim, muitas vezes, vem sendo discutida também a questão da ciência do candidato em condutas praticadas de forma direta por cabos eleitorais e por apoiadores variados. É de se levar em conta a possibilidade de ocorrer a chamada autoria mediata, além da assunção da posição de garante do candidato, de modo que a ação de seus colaboradores, sem a sua intervenção, quando aquele poderia e deveria impedir para que esses atuassem de modo distinto e, assim não procedendo, incorre na chamada omissão penalmente relevante, contida no art. 13, § 2º, do Código Penal. Cuidando de situações relacionadas à criminalidade organizada e, sobretudo, aos delitos empresariais, De Grandis⁹, visivelmente amparado em Roxin, traz considerações de grande aproveitamento para o presente exame:

Outro critério que pode ser estabelecido em relação à imputação penal é aquilo que se denomina hoje autoria mediata por meio dos aparatos organizados de poder. Roxin, um dos maiores penalistas do mundo, possui uma obra sobre autoria mediata. Ele diz que a autoria mediata, isto é, a autoria em que o sujeito responde como autor, mas sem ter, na verdade, praticado o fato material, sem ter executado o núcleo verbal do tipo, pode ocorrer de três formas: I) por meio da coação do executor, isto é, aquele que coage outro a realizar a conduta (aquele que executou a conduta é o autor imediato, aquele que coagiu para a realização da conduta é o autor mediato); II) o autor mediato engana por meio de uma simulação, de uma fraude, o autor imediato; III) ordens por meio de um aparato organizado de poder, de uma estrutura organizada de poder que garanta a execução

9 DE GRANDIS, 2011, p. 341-344.

do comando, ainda que não exista coação ou engano com relação ao autor imediato da conduta, isso porque existe um aparato organizado de poder que proporciona por si só a execução do delito.

A criação teórica de Roxin tem as seguintes características: o denominado aparato de poder funciona de forma autônoma, como se fosse uma verdadeira máquina; o homem por detrás (autor de escrivania) – o sujeito não comete o crime sob o ponto de vista material, mas determina a prática do crime estabelecendo uma estrutura que proporciona a prática delituosa e comete o crime dentro do escritório dele), frequentemente, nem conhece a pessoa que executa o fato material.

Veja como isso é importante no que diz respeito ao concurso de pessoas. Assim, conforme Roxin, é considerado como autor mediato todo aquele que tem em suas mãos a alavanca do controle do aparato de poder, independentemente do grau hierárquico, e que, por uma instrução, pode dar origem a fatos penais para os quais não importa a individualidade do executante, ou seja, quem praticou o fato material que venha a se constituir um delito ao final é desimportante. O importante é que lá, no início da cadeia empresarial, há alguém que detém o comando desse aparato organizado de poder. A última característica do aparato organizado de poder é a fungibilidade ou substitutibilidade ilimitada do autor imediato. Como foi mencionado no exemplo do funcionário que despeja substância tóxica no rio, existe uma fungibilidade tal que esse sujeito não pode ser considerado autor, visto que, se ele se recusar a cumprir uma ordem, qualquer outra pessoa no lugar dele faria a mesma coisa. Por que “qualquer pessoa”? Porque o aparato organizado de poder funciona dessa forma. Quando Roxin estabeleceu a teoria dos aparatos organizados de poder, o fez tendo em vista duas realidades diferentes. A primeira concerne aos crimes praticados pelo Estado na vigência dos regimes de exceção, como, por exemplo, aqueles praticados na vigência do regime militar, em que a responsabilidade penal dos homicídios recairia sobre os chefes militares e não exclusivamente sobre os autores que executaram o fato. Claus Roxin sustenta que, no âmbito estatal, aquele que está acima na cadeia de comando detém um aparato de poder em suas mãos, ou seja, determina a morte dos subversivos. Ele não sabe quem são nem quem vai matar. Se o soldado, no final da cadeia, disser que não vai matar ninguém, não importa, sai ele e entra outra pessoa que vai executar a ordem. Essa fungibilidade caracteriza o aparato organizado de poder. A segunda realidade compreende os crimes praticados no âmbito das organizações criminosas, tendo em vista que, de acordo com o pensamento de Roxin, elas funcionariam também

como um aparato organizado de poder. A propósito, temos em São Paulo uma organização criminosa notória, vale dizer, o Primeiro Comando da Capital, que possui até estatuto, o que nos dá a ideia muito clara de que é uma organização criminosa. A teoria dos aparatos organizados de poder aplica-se também a essas organizações. Os crimes praticados no âmbito de tais organizações são imputados aos seus chefes, independentemente do fato de esses chefes conhecerem ou não quem está executando o delito. Marcola, chefe do PCC, foi responsabilizado recentemente no tribunal do júri por crime de homicídio, porque, naquilo que se denominou salve geral, ele disse: “Eu quero que vocês aterrorizem a cidade de São Paulo”.

A cidade efetivamente parou.

[...]

Na verdade, o *Corpus Juris*, no citado dispositivo, projeta, de forma bem clara, a responsabilização penal do empresário em razão de uma conduta omissiva, ou seja, quando ele deveria agir e não agiu, quando ele, conhecendo os riscos da atividade empresarial (conhecendo a sua potencialidade), não executou as atividades necessárias para obstar a prática concreta do dano. Ele responderia por omissão.

O Direito Penal brasileiro poderia estabelecer uma responsabilidade penal por omissão? Na minha perspectiva, sim, com base no art. 13, § 2º, do Código Penal. Nós, como operadores do Direito, devemos observar um pouco melhor o referido dispositivo para estabelecer a responsabilização penal dos dirigentes no âmbito dos delitos empresariais, seja por um critério de comando da instituição financeira como um todo (mas seria necessário o elemento subjetivo, pois a nossa responsabilização penal é subjetiva), seja, principalmente, pela quebra de deveres jurídicos ou pela ausência de atividades em relação ao empresário quando, em determinados casos concretos, seria necessária a sua realização para impedir o resultado.

Ainda que a sofisticação dos casos trazidos no excerto dificilmente possa ser vislumbrada na seara eleitoral, a aproximação que se buscou fazer é no sentido de se tentar mostrar que, sobretudo, em pequenos centros urbanos, é impossível que o candidato não saiba a respeito das ações de seus correligionários ou mesmo que não se responsabilize pela adequada abordagem desses em relação aos eleitores. Trata-se, mais uma vez, de se identificar tal conhecimento e a necessidade de impedir comportamentos à margem do direito como atitudes inerentes à condição do postulante ao cargo eletivo. Quanto à interpretação das situações concretas, recai-

se, mais uma vez, no cenário em que se exigir determinada precisão ou indubitabilidade da prova levaria à inocuidade do tipo em exame.

4 “Compra” de apoio político – tipicidade

Como último ponto a ser problematizado nessas sumárias anotações, traz-se uma questão bastante delicada que vem sendo enfrentada pelas Cortes Regionais Eleitorais e que, em poucos casos, também foi examinada pelo Tribunal Superior Eleitoral. Trata-se do tema atinente à chamada compra de apoio político. Tal figura, até mesmo por não ter estrutura jurídica, também não possui forma própria e pode ser revestida de cenários diversos. Citam-se alguns: em uma disputa, um candidato renuncia em favor da candidatura de outro em troca de vantagens, pecuniárias ou não; um político, não candidato, vende o seu apoio para um candidato em troca, por hipótese, de cargos que serão concessíveis por aquele, se eleito.

A imoralidade de tais condutas e de outras análogas é manifesta e, na hipótese de se aceitar que elas não possuam qualquer espécie de reprimenda nos dias atuais, seria impositiva a adoção de meios para impedir a reiteração dessas.

Quem se opõe ao reconhecimento da punibilidade delas sustenta que o dito apoiador não pode vender, como um corretor, os votos de seus eleitores ou simpatizantes. Assim, não haveria venda de voto e o tipo penal não seria perfeito pela conduta em questão.

A leitura seria moralizadora se possuísse lastro na realidade empírica.

Com efeito, a ideia de “curral eleitoral” repugna a consciência e diminui o valor individualizado dos votos daqueles simpatizantes do apoiador, dentro da nomenclatura ora utilizada. Apesar de repulsiva, essa é a praxe e a venda de apoio configura a venda em atacado, ainda que o pretense vendedor não possa precisar quais e quantos serão os votos vendidos.

Felizmente, em ao menos duas oportunidades, o Tribunal Superior Eleitoral caminhou nessa trilha, tendo inicialmente afirmado que *“caracteriza corrupção a promessa de, caso os candidatos se elejam, assegurar*

a permanência de pessoas em cargos na Prefeitura Municipal, certamente em troca de votos ou de apoio político-eleitoral.” (Respe n. 28396, rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, DJ de 26/2/2008, p. 5) e, sobretudo, ao consignar que tal praxe, ainda que sob as vestes de captação de sufrágio, é ilícita: “*Cooptação de apoio de liderança política. Oferecimento de cargo no governo e entrega de dinheiro para compra de votos. Caracterização de captação de sufrágio.*” (TSE - Recurso Contra Expedição de Diploma n. 671, rel. Min. Eros Roberto Grau, DJE de 3.3.2009, p. 35).

É de se recobrar, ainda, a necessidade de se ter como paradigma a tutela penal eficiente dos bens jurídicos. Se a compra de um voto é digna de intensa reprovação, que dizer da compra difusamente perpetrada? O deslinde não há de ser distinto.

Por fim, ainda que se tenha por forçada essa tese, o que não se acredita, cabe notar que o apoiador, *per se*, é um eleitor. Em um cenário mais restritivo, impossível não vislumbrar, ao menos, de modo ordinariamente presumível, a venda do seu voto e a configuração, em menor extensão, mas de modo inquestionável, da prática de corrupção eleitoral.

5 Anotações finais

Das breves reflexões expendidas ao longo do presente ensaio, verifica-se a necessidade de se ter em mente a finalidade do direito penal como um instrumento não apenas de resguardo do acusado e de controle das ações estatais, mas, sobretudo, de protetor dos bens jurídicos, devendo ser essa proteção promovida de forma eficaz. Cuida-se de reconhecer, dentro da matriz constitucional, a dupla perspectiva do garantismo, o que, no âmbito do direito eleitoral, visa a resguardar o possível autor do fato e os bens jurídicos atinentes à regularidade e à lisura do processo eleitoral. Essa perspectiva deve nortear a exegese e o exame da prova.

O delito de corrupção eleitoral, a despeito da gravidade, possui pena que, objetivamente, admite a suspensão condicional do processo. Em boa hora, vem o projeto de lei para modificar o preceito secundário do tipo, tornando-o mais gravoso e retirando a possibilidade dessa benesse, incompatível com o crime.

A prática de captação ilícita de sufrágio possui cognição menos exauriente e prepara, sobretudo, pelo prazo de ajuizamento, maior dificuldade na obtenção de provas do que há nos casos criminais. É adequada, assim, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, ao reconhecer a autonomia entre tais feitos, tendo por necessário o reconhecimento da incomunicabilidade das instâncias decisórias, mostrando-se, a *contrario sensu*, interpretações que tentem reputar inócuas persecuções penais posteriores, caracterizando efetivas violações ao art. 299 do Código Eleitoral, além de, eventualmente, inequívoca supressão de instância, quando adotadas via *habeas corpus*.

A casuística jurisprudencial reforça a questão da necessidade da presença do especial fim de agir, o que se mostra incontroverso, assim como faz com que se enfatize a necessidade de se aproveitarem as provas indiciárias na formação da convicção, sob pena de frustrar o tipo penal em apelo. Delitos não pressupõem o cometimento às claras e, por vezes, o desdobramento natural dos fatos e o contexto das ações criminosas podem ser as maiores provas. O mesmo se diga em relação à autoria, que nem sempre fugirá da prática de forma mediata, podendo as complexas relações nos delitos empresariais subsidiar a análise do intérprete nesses delitos eleitorais, de maior singeleza, mas também de considerável dificuldade probatória.

Prova dessas dificuldades e da necessidade da interpretação preocupada com a tutela dos bens jurídicos em jogo é o caso da compra de apoio político-eleitoral, a ser considerada como modalidade de corrupção. No pior cenário, não se pode ignorar que o apoiador é eleitor e a venda isolada do seu voto também é merecedora de resposta penal.

Referências

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Orgs.). *Dicionário de política*. 8. ed. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1995.

CALLEGARI; GIACOMOLI (Org. e Trad.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DE GRANDIS, R. A responsabilidade penal dos dirigentes nos delitos empresariais. In: SOUZA, A. B. G. (Org.). *Inovações no direito penal econômico*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

FISCHER, Douglas. Não há direito fundamental à impunidade: algumas considerações sobre a possibilidade das prorrogações das interceptações telefônicas. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, Erechin, RS, n. 4, p. 31-37, jun. 2009.

GOMES, J. J. *Direito eleitoral*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2011.

MAGALHÃES, V. C. O garantismo penal integral: enfim uma proposta de revisão do fetiche individualista. In: SOUZA, A. B. G. (Org.). *Inovações no direito penal econômico*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 6. ed. Campinas : Bookseller, 2005.

MORO, Sérgio Fernando. Autonomia do crime de lavagem e prova indiciária. *Revista CEJ*, Brasília, n. 41, Ano XII, p. 11-17, abr./jun. 2008.

RAWLS, J. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Vamireh Chacon. Brasília: Universidade de Brasília, 1981 (Coleção Pensamento Político n. 50).

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Contrato social*. Tradução de Rolando Roque e Silva. São Paulo: Cultrix, 1995.

ROXIN, Claus. *A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad.: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 11

_____. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SUXBERGER, A. H. G. *Legitimidade da intervenção penal*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

