

Organização e jurisdição eleitoral

Jeferson Moreira de Carvalho

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

1. Introdução

1.1. Justiça Eleitoral no Brasil

Evidente que a Justiça Eleitoral evoluiu no tempo até chegarmos ao ponto em que hoje estamos, no qual temos um sistema eleitoral devidamente organizado, como veremos a seguir.

A partir do sistema britânico, de transferir o controle das eleições para os magistrados e afastar estes da disputa eleitoral, é que foi sedimentado o que temos na atualidade.

Na fase do Império, surgiu a denominada Lei dos Círculos (Dec. 842/1855), que previa incompatibilidades eleitorais, entre as quais as que atingiam os Juizes. Essa lei criava o voto distrital, cada distrito era um círculo, de modo que o candidato deveria ser daquele círculo.

Em 1881, com a chamada Lei Saraiva, cuja denominação foi uma homenagem a José Antônio Saraiva, e que teve como redator final Rui Barbosa, Ministro do Império, foram introduzidas alterações eleitorais. Novas incompatibilidades surgiram. Os juizes passaram a conhecer e julgar os conflitos eleitorais.

Com a Revolução de 1932, surgiu a Justiça Especializada para promover a estruturação e a realização das eleições pela Justiça Eleitoral, bem como o primeiro Código Eleitoral.

Na Constituição de 1934, surge a Justiça Eleitoral como órgão do Poder Judiciário (art. 63, d), estabelecendo competência, organização e julgamentos.

Em 1935, é editado o segundo Código Eleitoral, que era a Lei 48.

Com a Constituição de 1937, é extinta a Justiça Eleitoral, somente sendo recriada em 1945 com o terceiro Código Eleitoral.

Com a Constituição de 1946, a Justiça Eleitoral adquiriu novamente posição constitucional, nos termos do art. 94, IV e arts. 109 e seguintes, que a organizam.

No ano de 1950, surge o quarto Código Eleitoral – Lei 1.164/50, alterado pela Lei 2.250/55 e por fim o Código Eleitoral de 1965, Lei 4.737, recepcionado pela Constituição com *status* de Lei Complementar.

A Constituição Federal de 1967 (art. 107, inciso IV e 123 e seguintes) de maneira mais detalhada, seguida pela EC 01/1969, manteve a Justiça Eleitoral em seu texto.

Atualmente, a Justiça Eleitoral tem previsão constitucional no art. 92, inciso V, sendo organizada a partir do art. 118.

1.2. Sistema Eleitoral

A democracia consiste, em resumo, no princípio em que o governo é exercido pelo povo, de forma direta ou indireta.

Nos dias atuais, a democracia viável é aquela exercida indiretamente, em razão da evolução social e da densidade demográfica, ocorrendo, portanto, por meio de representantes eleitos diretamente pelo povo, guardando as peculiaridades de cada Estado.

O modo organizacional exige que a representação decorra de um processo eleitoral com participação popular, daqueles que querem exercer o poder e daqueles que querem somente escolher.

No Brasil, há um sistema eleitoral que garante a participação universal para votar, para ser votado e também por mecanismos de fiscalização.

Basicamente, o sistema eleitoral está definido na Constituição Federal, no Código Eleitoral – Lei 4.737/1965 –, na Lei das Inelegibilidades – LC 64/1990 –, na Lei dos Partidos Políticos – Lei 9.096/1995 – e na Lei das Eleições – Lei 9.504/97.

Convém ressaltar, que o art. 121 da Constituição Federal estabelece que lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais. Desse modo, o Código Eleitoral foi recepcionado com *status* de lei complementar, o que importa afirmar que a matéria reservada pela Constituição e contida no Código Eleitoral só pode ser alterada por lei complementar; não obstante o Código, na sua origem, ser uma lei ordinária.

Toda a estruturação é complementada por Resoluções, expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral, que tem como fundamento de validade o art. 23, IX do Código Eleitoral, ao expressar que compete ao Tribunal expedir instruções que julgar convenientes para a execução do próprio Código.

Em resumo, temos a Constituição Federal estruturando a Justiça Eleitoral, depois o Código Eleitoral, outras leis e as Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral. O nosso sistema jurídico eleitoral está delineado nessas normas jurídicas.

De toda regulamentação legal, temos que a disputa político-eleitoral é realizada pela intermediação dos partidos políticos, sendo inviável, no Brasil, a candidatura avulsa, isto é, para ser candidato o eleitor deve ter filiação partidária.

Nos termos da Constituição, os partidos políticos, que são dotados de autonomia para se organizarem, obedecendo aos limites constitucionais, são organismos essenciais para o exercício da democracia, porque sem eles o eleitor não consegue concorrer a qualquer cargo eletivo para os poderes Legislativo e Executivo.

2. Organização

2.1. Constituição Federal

Nos termos do art. 2º da Constituição Federal “São Poderes da União, independentes e harmônicos, entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A Constituição, no art. 92, ao organizar o Poder Judiciário, estabeleceu que são órgãos, entre outros, os Tribunais e Juízes Eleitorais (VI), deste modo os cidadãos que

integram os Tribunais, ou os cidadãos que são juízes eleitorais, são aqueles que exercem a função estatal jurisdicional relativa aos interesses eleitorais.

Na sistematização Constitucional os Tribunais e Juízes Eleitorais, ou seja, a Justiça Eleitoral, integram a Justiça Federal especializada, ao lado dos Tribunais e Juízes do Trabalho e Tribunais e Juízes Militares, isto porque a Justiça Federal ordinária tem tratamento próprio em relação aos Tribunais e Juízes Estaduais.

O art. 118 expressa que são órgãos da Justiça Eleitoral: “O Tribunal Superior Eleitoral – TSE, os Tribunais Regionais Eleitorais-TREs, os Juízes Eleitorais e as Juntas Eleitorais”.

O que já se percebe é a Justiça Eleitoral abrangendo organização político-administrativa da República; isto é, a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal, e atuando ainda nos Municípios.

O Tribunal Superior Eleitoral por determinação do art. 92, § 1º tem sede na Capital Federal.

Sua composição é heterogênea na medida em que se compõe, no mínimo, de sete membros, escolhidos mediante eleição, pelo voto secreto, de três juízes dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dois Juízes dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça e dois Juízes, estes nomeados pelo Presidente da República, dentre seis advogados indicados pelo Supremo Tribunal Federal. Um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal será o Presidente do TSE e um dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça será o Corregedor Eleitoral.

Na Capital de cada Estado e no Distrito Federal, há um Tribunal Regional, que também tem composição heterogênea, formada por dois desembargadores, dois juízes de direito, um juiz federal do respectivo Tribunal Regional Federal da Capital e dois juízes, estes nomeados pelo Presidente da República, dentre seis advogados indicados pelo Tribunal de Justiça. O Presidente e o Vice-Presidente dos TREs serão eleitos entre os desembargadores.

Os Juízes dos Tribunais Eleitorais, diga-se, tanto do Tribunal Superior Eleitoral como dos Tribunais Regionais, servirão por dois anos, no mínimo, permitindo-se uma recondução.

Há também a nomeação de número de substitutos correspondente ao número de titulares, eleitos e nomeados da mesma forma.

Esses Juízes Substitutos, além da função de substituir, em regra, atuam no processo eleitoral como Juízes Auxiliares, por disposição do art. 96, § 3º da Lei 9.504/97 – Lei das Eleições –, que estabelece que os “Tribunais Eleitorais designarão três juízes auxiliares para a apreciação das reclamações ou representações que lhes forem dirigidas”.

Os recursos contra as decisões dos Juízes Auxiliares serão julgados pelo Plenário do Tribunal.

Dessa composição, se percebe que a Justiça Eleitoral não tem quadro próprio de juízes, sendo formada por membros de outros Tribunais e por advogados, sendo que o exercício está limitado a dois biênios consecutivos.

No tocante aos juízes eleitorais nas comarcas e nas juntas, a organização deve ser tratada por lei complementar.

Uma característica da Justiça Eleitoral é que suas decisões devem ser prolatadas com máxima rapidez, porque o processo eleitoral é dinâmico e as questões devem rapidamente ser resolvidas de modo a dar segurança ao resultado das eleições.

Para possibilitar esta segurança, o Constituinte tentou impedir recursos protelatórios ao expressar que as decisões do Tribunal Superior Eleitoral são irrecorríveis, **salvo**, se contrariarem a própria Constituição e as denegatórias de *habeas corpus* e mandado de segurança.

Do mesmo modo quanto aos TREs. No entanto, com maiores possibilidades, que acabam abarcando inúmeras hipóteses. Assim, aos Tribunais Regionais, somente cabe recurso quando: houver decisões proferidas contra disposição expressa da Constituição ou da lei; ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais; decisões que versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais; decisões que anulem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais e denegarem *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* ou mandado de injunção (art. 121, § 4º).

2.2. Código Eleitoral – Lei 4.737/1965

O Código Eleitoral, a partir do art. 12, organiza a Justiça Eleitoral sem diferir do que consta na Constituição Federal, que prevalece no caso de alguma contrariedade.

Quanto à composição dos Tribunais e da Justiça Eleitoral e da Justiça Eleitoral de 1º Grau, tem-se que a jurisdição eleitoral de cada zona eleitoral cabe a um juiz de direito (art. 32 do C.E.) e havendo mais de uma Vara cabe ao Tribunal Regional designar conforme as normas em vigor.

Tem-se, então, um Juiz Estadual, com o título *Juiz de Direito*, exercendo cumulativamente a jurisdição eleitoral. Já as Juntas Eleitorais são compostas por um Juiz de Direito, que será o Presidente, e mais dois ou quatro cidadãos.

3. Jurisdição e competência

O vocábulo *jurisdição* vem do latim *jurisdictio* com o sentido de administrar a justiça, mas administrar distribuindo justiça aos casos que são levados para julgamento.

A conjunção do *juris* (direito) com *dictio* (dizer) dá o sentido “dizer o direito”.

Então, a jurisdição eleitoral é o ato de a justiça federal especializada dizer ou decidir sobre o direito eleitoral nos casos que são postos em julgamento.

Competência é o limite da jurisdição, de modo que todo integrante do Poder Judiciário e, portanto, da Justiça Eleitoral tem limite na sua atuação. O magistrado não pode tudo, só pode o que a lei lhe atribui expressamente.

No exercício do que lhe compete, a Justiça Eleitoral tem quatro funções, que encontram fundamento na Constituição Federal e no Código Eleitoral.

3.1. Função administrativa

Cabe a Justiça Eleitoral toda atividade do processo eleitoral, isto é, toda eleição que ocorra é de sua responsabilidade a administração. Administra-se a eleição desde todos os atos preparativos até a prestação de contas ao findar o processo.

Fora do processo eleitoral, a Justiça Eleitoral administra o alistamento eleitoral e a organização da própria justiça eleitoral.

3.2. Função jurisdicional

Esta é a função típica, porque é função do Poder Judiciário decidir os litígios, no caso os litígios eleitorais.

Está atuando nesta função quando decide ser uma propaganda eleitoral regular ou irregular, quando suspende direito político ou quando reconhece a inelegibilidade e outras situações.

Na função jurisdicional prevalece o princípio *ne procedat judex ex officio*, ao contrário da função administrativa que a Justiça age sem provocação. Na jurisdicional, o agir depende de provocação de quem tenha legitimidade e presentes as condições da ação e pressupostos processuais.

3.3. Função normativa

Diferentemente dos demais órgãos do Poder Judiciário, a Justiça Eleitoral tem função normativa que foi atribuída pelo legislador ordinário, consoante disposições do Código Eleitoral.

Expressa o parágrafo único do art. 1º, que o Tribunal Superior Eleitoral expedirá instruções para a fiel execução do Código, para assegurar a organização e o exercício de direitos políticos, precipuamente o direito de votar e ser votado.

Ratificando o art. 23, inciso IX, compete, privativamente, ao Tribunal Superior Eleitoral expedir as instruções que julgar convenientes à sua execução.

Legislação mais moderna, a Lei 9.504/1997, expressa em seu art. 105, que até o dia 5 de março do ano da eleição o Tribunal expedirá as instruções necessárias para fiel execução.

Essas instruções previstas pela legislação se materializam por meio de Resoluções do TSE, que apresentam força de lei. Desse modo, além das normas constitucionais e da legislação infraconstitucional, as Resoluções do TSE também são normas aplicáveis às eleições.

3.4. Função consultiva

Com mais peculiaridade há a função consultiva, que destoa totalmente da função típica de julgar do Poder Judiciário.

O significado jurídico para consulta é a de *conselho* ou *parecer*.

O Poder Judiciário não tem função de dar conselho, parecer ou responder uma consulta, mas, sim, de julgar a quem tem legitimidade e interesse; entretanto, por exceção, o órgão Justiça Eleitoral exerce também a função consultiva.

O Código atribui esta função somente aos Tribunais ao prever:

Art. 23 Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior:

XII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político;

Art. 30 Compete, ainda, privativamente, aos Tribunais Regionais:

VIII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe foram feitas, em tese, por autoridade pública ou partido político; [...]

Importante observar que as consultas não podem estar relacionadas a determinada situação concreta, só devendo ser respondida quando formulada abstratamente, **em tese**.

Respondida uma consulta **em tese**, o Tribunal não está vinculado a uma situação **concreta** que apresenta suas particularidades. Não tem caráter vinculante, mas pode servir como orientação para as decisões futuras.

Também, a legitimidade é restrita, em resumo, por autoridade pública ou partido político.

No tocante à competência, o Código Eleitoral é firme em expressar o que compete aos Tribunais e ao Juiz Eleitoral.

Nesta linha, os arts. 22 e 23 fixam a competência para o Tribunal Superior Eleitoral, podendo-se destacar **o registro e a cassação de registro de partidos políticos, os conflitos de jurisdição entre Tribunais Regionais e Juizes de Estados diferentes, habeas corpus e mandado de segurança, em matéria eleitoral, relativos a atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado e dos Tribunais Regionais e recursos interpostos das decisões dos Tribunais Regionais**, observando-se o art. 121, § 4º da Constituição Federal.

Para os Tribunais Regionais, a competência está expressa nos arts. 29 e 30, destacando-se **processar e julgar o registro e o cancelamento do registro dos diretórios estaduais e municipais de partidos políticos, bem como as candidaturas de Governador e vice, Câmara Federal e Assembleias Legislativas, habeas corpus e mandado de segurança, em matéria eleitoral, contra atos de autoridades que respondam perante o Tribunal de Justiça, em grau de recurso os concedidos ou denegados por juizes eleitorais, reclamações relativas a obrigações impostas por lei aos partidos políticos quanto a sua contabilidade e à apuração da origem de seus recursos, e em geral os recursos interpostos contra as decisões dos juizes eleitorais**.

A competência dos Juizes Eleitorais está prevista no art. 35 e, em suma, corresponde aos atos de matéria eleitoral relativos à sua Zona Eleitoral, que não sejam de competência do Tribunal.

Às Juntas Eleitorais, compete, em resumo, a apuração dos votos (art. 40), atividade que está facilitada pela introdução da urna eletrônica.

As Juntas Eleitorais podem ser divididas em Turmas, mas com a contagem eletrônica não há necessidade desta divisão.

4. Resoluções do TSE

Como já visto, Resolução é o ato normativo expedido pelo Tribunal Superior Eleitoral, com fundamento de validade no Código Eleitoral, que tem por fim assegurar o exercício de direito político, de forma especial votar e ser votado.

Em direito administrativo, Resolução tem o sentido de *deliberação* ou *determinação*. Assim, as Resoluções do TSE deliberam sobre temas de direito eleitoral e determinam quais as condutas e exigências devem ser cumpridas.

O que deve ser lembrado é que as Resoluções são espécies normativas inferiores às leis, que são espécies normativas primárias previstas pelo art. 59 da Constituição Federal. Desse modo, as Resoluções devem completar a norma superior, mas não podem contrariar.

Em caso de aparente conflito entre lei e resolução, a questão é resolvida pela hierarquia da norma, prevalecendo a lei.

Resolução 23.390

Estabelece o calendário eleitoral para as eleições de 2014, podendo-se destacar que no dia 7 do mês de maio que se encerrou o prazo para o eleitor requerer sua inscrição eleitoral ou transferência de domicílio.

Resolução 23.398

Dispõe sobre representações, reclamações e pedidos de direito de resposta, previstos na Lei 9.504/97.

A partir da escolha dos candidatos, em convenção, surge o direito de resposta ao que se sentir atingido (art. 4º).

Resolução 23.399

A Resolução que trata dos atos preparatórios tem a importância de esclarecer que nas eleições serão utilizados sistemas informatizados, que são desenvolvidos pelo Tribunal Superior Eleitoral ou sob sua encomenda, mas todos os casos de sua responsabilidade.

Trata a Resolução também das Juntas Eleitorais, que devem existir pelo menos uma em cada Zona Eleitoral, composta por um Juiz de Direito, que será o Presidente, e por dois ou quatro cidadãos, que atuarão como membros titulares (art. 136).

Resolução 23.404

Dispõe sobre a propaganda eleitoral e condutas ilícitas, de início já expressa que a propaganda somente é permitida a partir de 6 de julho de 2014.

Como se constata, as Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, com fundamento de validade no Código Eleitoral, são os instrumentos legais que detalham e facilitam a aplicação de todas as normas de direito eleitoral destinadas às eleições.

5. Conclusão

O Brasil apresenta uma organização eleitoral que está baseada na Constituição Federal e que tem por base infraconstitucional o Código Eleitoral de 1965, recepcionado com status de lei complementar.

O processo eleitoral mostra-se extremamente dinâmico na medida em que as Resoluções do TSE, que têm por fundamento de validade o Código Eleitoral, se adequam a cada momento histórico que a sociedade enfrenta.

Então, temos um processo eleitoral moderno, mas que não apresenta nenhuma relação com a reforma eleitoral que o País e a sociedade exigem.

Entretanto, o que temos hoje é o que está disposto na legislação em vigor, desse modo, é com essa legislação que temos que nos comportar.

Referências bibliográficas

ARAUJO, Rosalina Corrêa. A Constituição de 1934: 80 anos depois. *Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 167, p. 54, 2014.

CAMPOS JÚNIOR, Waldir Sebastião de Nuevo. Evolução histórica do sistema eleitoral. In: KIN, Richard Pae; GUILHERME, Walter de Almeida (Org.). *Direito eleitoral e processual eleitoral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 31.

CASTRO, Edson de Resende. *Teoria e prática do direito eleitoral*. 5.ed. Belo Horizonte:Del Rey Editora, 2010.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. *Código Eleitoral interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva et al. *Elementos de direito eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

O financiamento das campanhas eleitorais e as doações de pessoas jurídicas

Paulo Sérgio Brant de Carvalho Galizia¹

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Sumário: I – Considerações iniciais. II – Financiamento público. III – Financiamento privado. IV – Regime adotado no Brasil. V – As doações eleitorais. VI – Considerações finais. VII – Bibliografia.

I – Considerações iniciais

O financiamento das campanhas eleitorais compreende a administração dos recursos arrecadados e dos gastos para as atividades que visam à captação dos votos dos eleitores. Corresponde à entrada e saída dos recursos dos partidos e dos candidatos em campanhas eleitorais.

A abordagem do tema exige uma avaliação dos atuais regimes de financiamento (público, privado ou misto) com uma rápida análise de suas respectivas vantagens e desvantagens, tendo como parâmetro a liberdade, a igualdade, a publicidade e, principalmente, a observância do princípio constitucional da proteção da normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico e do abuso do poder político (art. 14, § 9º da Constituição Federal).

O financiamento das campanhas eleitorais é certamente um dos temas mais contemporâneos e polêmicos. A atualidade decorre da discussão travada no Congresso e na sociedade acerca da tão esperada e necessária reforma política. E a polêmica é fruto dos calorosos embates sobre o regime ideal de financiamento, pois cada tipo apresenta vantagens e desvantagens, aspectos negativos e positivos que serão, oportunamente, abordados.

Dentro desse tema, cumpre destacar a questão das doações eleitorais, sobretudo aquela de pessoas jurídicas, cuja constitucionalidade é questionada no Supremo Tribunal Federal por meio de ação direta de constitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 4650-DF).

O presente trabalho pretende apresentar um panorama dos regimes de arrecadação de recursos eleitorais, pontuado nas respectivas vantagens e desvantagens. Buscar-se-á traçar um perfil do sistema atual, enfatizando-se a questão das doações eleitorais, sobretudo das pessoas jurídicas, especialmente quanto à influência do poder econômico no resultado dos pleitos.

¹ Mestre em Direito Civil pela PUC-São Paulo. Professor na EPM, EJEPE e Unitau. Juiz do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (2010/2013).

Conquanto não haja dúvida de que o poder econômico possa interferir de forma prejudicial no sistema democrático, favorecendo a corrupção eleitoral, é forçoso reconhecer que a disponibilidade de recursos financeiros é essencial para a sobrevivência de partidos políticos fortes e atuantes.

Sergei Medeiros Araújo (2012, p. 351) adverte 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 Montecucciolli, 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.

Esse fato foi constatado pelo Min. Teori Zavascki, ao proferir seu voto na ADI 4650, reconhecendo que estamos diante de um grande paradoxo: “o dinheiro pode fazer muito mal à democracia, mas ele, na devida medida, é indispensável ao exercício e à manutenção de um regime democrático”.

Assim, partindo do pressuposto inarredável de que o financiamento dos partidos e das eleições é elemento essencial do nosso sistema democrático, cumpre examinar as espécies de financiamento para verificar qual é a melhor forma de preservar o princípio da igualdade entre os candidatos.

II – Financiamento público

O sistema de 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” (KANAAN, 2012, p. 273). Consiste no fornecimento de fundos públicos e na permissão da utilização gratuita de bens e serviços para a realização das campanhas eleitorais. Pode ser direto ou indireto.

O financiamento público direto pode ser definido como “subsídio concedido pelo Estado às candidaturas apresentadas a um determinado ato eleitoral com vistas ao financiamento das respectivas atividades de campanha eleitoral” (TABOSA, 1996, p. 460).

O financiamento público indireto diz respeito aos serviços ou benefícios fiscais concedidos pelo Estado em favor dos partidos políticos ou candidatos, por exemplo, a cessão de espaço público ou de meios de comunicação (acesso gratuito ao rádio e à televisão).

O principal objetivo do financiamento público é possibilitar que a campanha eleitoral seja disputada de forma equilibrada e não em função da maior ou menor capacidade de arrecadação de recursos financeiros pelos partidos políticos.

Alguns argumentos favoráveis à sua adoção ressaltam, como consequência, maior controle e transparência dos custos das campanhas, bem como a padronização e simplificação dos programas de propaganda eleitoral.

O que se busca é a redução da desigualdade existente entre candidatos e partidos mediante o repasse de recursos financeiros estatais que permitam uma competição mais equitativa.

Todavia, segundo alguns estudiosos do direito eleitoral:

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 plena liberdade de participação direta do cidadão na vida e estrutura partidárias. (KANAAN, 2012, p. 286).

Outra consequência indesejável do financiamento unicamente público seria a dependência dos partidos do aparelhamento estatal, o que representaria um distanciamento dos cidadãos e forças sociais.

Porém, o argumento mais forte contra o financiamento público é o de onerar ainda mais o orçamento estatal, sobretudo numa sociedade tão carente de serviços públicos essenciais.

III – Financiamento privado

O financiamento exclusivamente privado implica em arrecadar fundos provenientes de doações de particulares, pessoas físicas ou jurídicas.

Entre os benefícios decorrentes desse regime de arrecadação pode-se destacar que a necessidade imposta aos partidos de buscar recursos no seio da sociedade permite maior participação política dos cidadãos e, por conseguinte, maior representatividade social, além da independência financeira em relação ao Estado.

Por outro lado, a adoção do financiamento exclusivamente privado acarretará, como desvantagem, a elevação dos custos das campanhas. Além disso, poderá gerar uma forte influência dos grandes grupos econômicos sobre os partidos e candidatos destinatários das doações, que ficarão vulneráveis às pressões exercidas por aqueles que custearam as respectivas campanhas.

Conforme adverte Alice Kanaan (2012, p. 300):

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.

De qualquer forma, no que diz respeito ao financiamento privado, é imprescindível que prevaleça a transparência. É necessário que os eleitores tenham pleno conhecimento da origem dos recursos usados nas campanhas políticas. A necessidade de angariar fundos para enfrentar o alto custo de uma eleição pode gerar o recebimento de valores de origem ilícita e até mesmo ensejar conexões com redes do crime organizado.

Vê-se, portanto, que, diante do alto risco de irregularidades relacionadas ao sistema de financiamento exclusivamente privado, a tendência, em vários países, é a de restringir esta fonte de arrecadação.

IV – Regime adotado no Brasil

O atual sistema brasileiro de financiamento dos partidos políticos e de campanhas eleitorais é misto. Esse sistema se caracteriza por permitir que os partidos políticos busquem na sociedade os recursos financeiros, sem prejuízo da subvenção estatal. Com sua adoção, busca-se garantir, a um só tempo, o incentivo à participação popular, por meio de doações, e a igualdade e o equilíbrio entre os concorrentes.

No Brasil, os partidos políticos recebem recursos públicos e privados, cuja forma de arrecadação se submete a um complexo regramento legal, havendo controle quanto à origem, montante que cada pessoa pode doar, gestão e destino que lhe será dado, bem como sobre a prestação de contas (GOMES, 2012, p. 292).

Como forma de financiamento público direto são carreados aos partidos políticos recursos do Fundo Partidário (Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos), previsto na Constituição (art. 17, § 3º) e regulamentado pela Lei 9.096/95. Tal fundo é constituído por recursos públicos, multas e doações de pessoas físicas e jurídicas, prevalecendo, contudo, recursos públicos provenientes das dotações orçamentárias da União.

Esses recursos podem ser utilizados pelos partidos nas campanhas eleitorais de acordo com o disposto no artigo 39, § 5º da Lei 9.096/95. É pacífico que os partidos políticos, em todos os níveis de direção, poderão aplicar nas campanhas eleitorais os recursos do Fundo Partidário, por meio de doação a candidatos e comitês partidários (art. 21 da Res. TSE no 23.576/12).

O financiamento público indireto se dá por meio da permissão de utilização de bens públicos (Lei 9.504/97, art. 8º, § 2º) e no acesso ao horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão (Lei 9.504/97, art. 44 a 57).

Os recursos privados destinados às campanhas eleitorais podem ser provenientes de: a) recursos próprios dos candidatos; b) doações de pessoas físicas e c) doações de pessoas jurídicas.

Os candidatos poderão investir na sua campanha desde que observem o valor máximo estabelecido pelo partido, documentem a operação e emitam o respectivo recibo eleitoral.

O artigo 23 da Lei 9.504/97 limita as doações de pessoas físicas a 10% dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição. A doação de quantia acima desse limite sujeita o doador ao pagamento de multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso.

No que se refere às pessoas jurídicas, as doações, nos termos do § 1º do artigo 81 da Lei 9.504/97, ficam limitadas a 2% do faturamento bruto do ano anterior à eleição. O excesso de doação acarreta multa, tal como ocorre com as pessoas físicas, e ainda poderá sujeitar a pessoa jurídica à proibição de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com o Poder Público pelo período de cinco anos, por determinação da Justiça Eleitoral, em processo no qual seja assegurada ampla defesa (art. 81, § 3º da Lei 9.504/97).

É importante observar 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 9.504/97, art. 27). Existe ainda a vedação de doações por parte de algumas pessoas jurídicas, órgãos e entidades (Lei 9.504/97, art. 24).

Quanto ao limite máximo de gastos de cada eleição, a fixação fica a cargo da lei, conforme previsto no art. 17-A da Lei 9.504/97. Todavia, como nas últimas eleições o Poder Legislativo não fixou o limite, coube a cada partido fixá-lo, fato que contribuiu sobremaneira para o aumento dos custos das campanhas eleitorais.

Se, por um lado, a limitação das contribuições privadas existe para evitar grandes desequilíbrios entre os recursos dos partidos políticos, por outro, a ausência de lei que fixe os limites dos gastos a cada campanha gera uma situação que contribui para o crescente aumento dos custos das campanhas eleitorais.

V – As doações eleitorais

Os dados colecionados na audiência pública convocada pelo Ministro Luiz Fux antes do julgamento da ADI 4650 demonstraram que as atuais regras do financiamento das campanhas eleitorais são insuficientes para coibir a crescente influência do poder econômico sobre o processo político, em decorrência do aumento dos gastos de candidatos e de partidos políticos nas eleições. O Min. Fux registrou que “em 2002, os candidatos gastaram 798 milhões de reais, ao passo que, em 2012, os valores superaram 4,5 bilhões de reais, com aumento de 471% de gastos”. Explicitou que, no Brasil, o gasto seria da ordem de R\$ 10,93 per capita, na França, R\$ 0,45, no Reino Unido, R\$ 0,77 e na Alemanha, R\$ 2,21. Comparado proporcionalmente ao PIB, o Brasil estaria no topo do ranking dos países que mais gastariam em campanhas eleitorais (ADI 4650-DF, Rel. Min. Luiz Fux, 11 e 12/12/2013).

Tal constatação foi confirmada em recente matéria publicada na Folha de São Paulo (7/8/2014), com o seguinte título: “Três empresas bancam 65% da arrecadação de presidenciais”. Com base em informação divulgada pelo TSE, apurou-se que os comitês financeiros dos onze candidatos a presidente, no total, arrecadaram, até 6/8/2014, R\$ 31,2 milhões. As empresas são responsáveis por 91% desse total. Outros 6% proveem de financiamento público, por meio do Fundo Partidário. Pessoas físicas contribuíram com os demais 3%.

Como se vê, existe uma enorme desproporção entre os valores oriundos de doações de pessoas jurídicas (91%) em relação ao financiamento público (6%).

Uma das razões dessa desproporção se explica pelo parâmetro utilizado pela Lei 9.504/97 para estabelecer o limite de doações de pessoas jurídicas, qual seja 2% do seu faturamento bruto no ano anterior ao da eleição. Vale dizer, quanto maior o poderio econômico de uma empresa, maior será a sua capacidade de doação. Essa distorção permite a ocorrência do fenômeno registrado pela imprensa: “Três empresas – JBS, dona da marca Friboi, a fabricante de bebidas Ambev e a Construtora OAS – são responsáveis por 65% do financiamento das campanhas eleitorais pela Presidência da República até aqui”.

É de se ressaltar que as doações de pessoas físicas atingiram apenas 3% do total.

Tal quadro, que repete aquele das eleições de 2010, foi determinante para a propositura da ADI 4650, movida pela OAB, que questionou a constitucionalidade das doações eleitorais por pessoas jurídicas sob o argumento de que tais doações comprometem a higidez do processo democrático, promovem a desigualdade política e alimentam a corrupção. Alguns estudos, que serviram de suporte para a OAB, concluíram que a participação das empresas em campanhas prejudica os candidatos que não possuem patrimônio expressivo para suportar a própria campanha e que tenham menos acesso aos financiadores privados.

De fato, dos R\$ 4,9 bilhões arrecadados nas eleições de 2010, 97% vieram de contribuições feitas por pessoas jurídicas. Pesquisas demonstram, ademais, que, quanto mais dinheiro recebe um candidato, maior sua chance de se eleger. O custo médio de uma campanha vitoriosa de um deputado federal está em torno de um milhão de reais.

Embora o julgamento da ADI 4650 ainda não tenha terminado, em razão do pedido de vista dos autos feito pelo Min. Gilmar Mendes, até agora seis ministros se pronunciaram pela inconstitucionalidade da permissão de doação de recursos financeiros de empresas para partidos políticos e candidatos, acompanhando o voto do relator.

Os fundamentos do voto do Min. Luiz Fux, resumidamente, foram os seguintes: a) o atual modelo permissivo das doações não se mostra adequado ao regime democrático em geral e à cidadania em particular; b) o exercício da cidadania, em sentido estrito, pressuporia três modalidades de atuação física: o jus suffragii, que seria o direito de votar; o jus honorum, que seria o direito de ser votado e o direito de influir na formação da vontade política por meio de instrumentos de democracia direta, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de leis. Todas essas modalidades seriam inerentes às pessoas naturais e, por isso, o desarrazoado de sua extensão às pessoas jurídicas; c) a excessiva participação do poder econômico no processo político desequilibraria a competição eleitoral e a igualdade política entre candidatos, de modo a repercutir na formação do quadro representativo.

O voto divergente do Min. Teori Zavascki, em resumo, reconhece a inadiável necessidade de alteração do atual estado das coisas, em que campeiam práticas ilegítimas de arrecadação, mas disso não decorre a conclusão de que as contribuições financeiras, só por serem de pessoas jurídicas, encontram óbice direto e frontal na Constituição. Afirma que as pessoas jurídicas, embora não votem, ainda assim fazem parte da nossa realidade social, na qual desempenham papel importante e indispensável. E, por fim, sustenta que o antídoto para os gastos excessivos com campanhas eleitorais não é declarar a inconstitucionalidade das fontes de financiamento, cuja eliminação formal provavelmente seria imediatamente substituída por suplementação informal e ilegítima. Conclui que a solução mais plausível será a imposição de limites de gastos, acompanhada de instrumentos institucionais de controle e de aplicação de sanções em casos de excessos.

Ainda que se reconheça a relevância dos argumentos contidos no voto-vista do ministro Teori Zavascki, a tendência é que prevaleça o entendimento, até aqui majoritário, que considera inconstitucional a contribuição financeira das pessoas jurídicas às campanhas eleitorais. E, assim, haverá uma drástica redução na arrecadação das campanhas, pois as demais fontes de financiamento não atingem sequer 10% dos valores declarados na prestação de contas dos partidos e candidatos.

VI – Considerações finais

A consequência dessa decisão causará, certamente, um aumento do financiamento público das campanhas, que será predominante.

Haverá uma necessidade de simplificação e mudança do perfil das campanhas eleitorais, cujos custos serão radicalmente reduzidos. Teme-se, por outro lado, que os candidatos se sintam tentados a recorrer a recursos de origem ilegal.

Vale lembrar, a título de esclarecimento, que o regime atual de financiamento de campanhas políticas vigora desde 1997 sem que tivesse sido objeto de questionamento de cunho constitucional e que no primeiro grande escândalo que envolveu recursos de campanha – que levou ao impeachment do então Presidente Collor –, vigorava a proibição de doações eleitorais de pessoas jurídicas.

Vê-se, pois, que a proibição de doação de pessoas jurídicas, por si só, não é garantia de equilíbrio nos pleitos eleitorais. Vale dizer, a mudança nas regras a respeito do financiamento das campanhas pode ser um fator importante para contribuir para a melhoria do processo eleitoral, entretanto, não é o remédio para resolver todos os problemas que afetam a normalidade e a legitimidade das eleições.

Como afirmou Alice Kanaan (2012, p. 308), com inteira razão:

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 ingressos ilegais e ilícitos ou os acordos espúrios que comprometem a atividade pública. E a afirmação decorre de uma conclusão muito simples: o problema não está no modelo do financiamento, quer público, quer privado, quer misto, mas, sim, na forma de controle eleitoral e na garantia de eficácia e efetividade das punições aos infratores.

Essa constatação, de fundo realista:

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 (ARAÚJO, 2012, p. 351).

Enfim, as novas regras de financiamento de campanhas eleitorais preconizadas pela decisão do Supremo Tribunal Federal reafirmam os valores consagrados na Constituição, de modo a garantir o livre exercício da soberania popular, o pluralismo político e o equilíbrio na disputa por mandatos eletivos.

Todavia, a consagração dos mencionados valores constitucionais dependerá também de outras mudanças acerca de questões eleitorais que fogem do tema deste trabalho, mas que, certamente, estarão em pauta nas discussões em torno da, como já dito, tão esperada e necessária reforma política.

Bibliografia

ARAÚJO, Sergei Medeiros. O financiamento público nas eleições brasileiras. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Temas do direito eleitoral no século XXI*. Brasília, DF: Escola Superior do Ministério Público, 2012. p. 315-354.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

KANAAN, Alice. Financiamento público, privado e misto frente à reforma política eleitoral que propõe o financiamento público exclusivo. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Temas do direito eleitoral no século XXI*. Brasília, DF: Escola Superior do Ministério Público, 2012. p. 271-313.

TABOSA, R. C. *O financiamento das actividades das campanhas eleitorais – estudos vários de direito eleitoral*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Lisboa, 1996.

Jurisdição Eleitoral. Constitucionalização da Jurisdição. Judicialização da Política e das relações sociais

Waldir Sebastião de Nuevo Campos Júnior
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Organização social

A organização política do Estado moderno foi concebida a partir da lógica da unidade, qual seja, território, povo e soberania.

Dentre os elementos essenciais ao Estado, importa ressaltar, em particular, o atributo da soberania, pois, quer na esfera jurídica, quer no plano político interno ou externo, as transformações experimentadas pela sociedade contemporânea conferiram novos contornos à sua noção e relativizaram sobremaneira seu caráter quase absoluto, outrora inquestionável.

A gestão pública, em todos os seus segmentos, assim como as relações privadas, foram permeadas e redefinidas pelas circunstâncias da atualidade, em particular, as impressionantes inovações tecnológicas, que potencializaram tanto a viabilização da efetiva transmissão de informações em tempo real como a globalização econômica e cultural.

Tais circunstâncias, sem dúvida, alteraram profundamente a lógica das relações sociais, tanto no âmbito da compreensão dos valores éticos e morais como no que concerne ao raciocínio norteador da dinâmica do sistema jurídico, conferindo novos contornos a diversos institutos jurídicos.

Dessas transformações decorreram novos balizamentos éticos, assim como a necessidade de revisão da atividade legislativa convencional, inclusive pelos importantes reflexos da criação e atuação de organismos internacionais multilaterais, responsáveis pela edição de regras e procedimentos com inegáveis reflexos nas relações sociais, políticas e econômicas de âmbito nacional, assim como da atividade jurisdicional.

A funcionalidade social, dados os novos parâmetros norteadores das relações sociais, está privilegiando as estruturas horizontais de organização, em detrimento do modelo vertical, dadas as exigências de agilidade, flexibilidade, racionalidade e legitimidade das relações sociais.

A realidade atual, portanto, é de “soberanias compartilhadas e de sistemas autônomos e funcionalmente diferenciados com alcance mundial” (FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Os desafios do sistema jurídico, *Jornal. O Estado de São Paulo, São Paulo*, 3 jul. 2014. Espaço Aberto, p. A2).

As circunstâncias atuais conferiram novos contornos aos conflitos sociais e fizeram emergir novas espécies de conflitos, numa sociedade muito mais complexa, cujo enfrentamento passou a exigir novas posturas, principalmente da gestão pública, em todos os seus segmentos, com significativos reflexos na atividade jurisdicional.

O modelo de organização social vigente, qual seja, de Estado constitucional e democrático de direito, em que a centralidade dos direitos fundamentais possui uma dimensão também objetiva, a irradiar efeitos e permear todas as espécies de relações sociais, introduziu novas perspectivas do raciocínio jurídico, com novas perspectivas na compreensão das relações entre o Direito e a ética, em especial, em decorrência da atual moldura de nosso sistema constitucional, consideradas, em particular, a forma de controle de constitucionalidade, por meio da atividade jurisdicional concentrada ou difusa, a normatividade dos princípios fundamentais e a importante utilização de conceitos jurídicos indeterminados na redação de preceitos constitucionais.

É inegável, assim, a necessidade de revisão, tanto da técnica legislativa tradicional como, em particular, no âmbito da atividade jurisdicional, dos métodos de interpretação das normas jurídicas, na solução de conflitos e das tensões legislativas, a partir de um raciocínio jurídico interdisciplinar e, principalmente, funcional.

Estado constitucional e democrático de direito

Democracia é um termo cuja noção possui expressiva densidade axiológica, da qual decorre sua reiterada utilização como recurso para se tentar conferir contornos de legitimidade ao poder político até mesmo nos regimes mais autoritários, com a propositada confusão entre as noções de eleição e democracia.

Assinala, a propósito, com propriedade, Norberto Bobbio¹:

Hoje 'democracia' é um termo que tem uma conotação fortemente positiva. Não há regime, mesmo o mais autocrático, que não goste de ser chamado de democrático. A julgar pelo modo através do qual hoje qualquer regime se autodefine, poderíamos dizer que já não existem no mundo regimes não-democráticos. Se as ditaduras existem, existem apenas, como dizem os autocratas, com o objetivo de restaurar o mais rápido possível a 'verdadeira' democracia, que deverá ser, naturalmente, melhor do que a democracia suprimida pela violência.

Fávila Ribeiro², ao abordar o tema, em sua obra *Direito Eleitoral*, p. 9, Rio de Janeiro, Forense, 1986, refere um inquérito levado a efeito pela UNESCO, com o objetivo de identificar regimes democráticos, cujo surpreendente resultado consistiu na afirmação, por parte de todas as nações consultadas, tanto do Ocidente como do Oriente, com ambientes sociais e políticos distintos e contrastantes, do caráter democrático de seus regimes políticos, com ressalvas, por parte de algumas, de que o efêmero momento de exceção então vigente consistia em transição necessária para que fosse alcançada a plenitude democrática.

O sistema democrático representativo, compatível com a sociedade contemporânea e com o formato do moderno estado constitucional de direito, decorreu de significativa

¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política* – a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiane. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 375.

² RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 9.

evolução da noção de organização social, principalmente nas nações ocidentais, nas quais se operou, de forma importante, a consolidação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Importa ressaltar, a propósito, a existência de importantes e pontuais exceções, que mitigam o sistema representativo, que se verificam em nações em que, dadas suas especiais características sociais e geográficas, considerado o elevado grau de consciência social e política, como os cantões suíços³, os instrumentos de consulta popular são utilizados, de forma eficiente, com razoável frequência.

O sistema representativo, entretanto, para que possa ser efetivo e atender às exigências do Estado Democrático de Direito, demanda, não apenas a realização de eleições, mas, principalmente, que o processo político-eleitoral seja realizado em condições de revelar, com propriedade, a vontade popular, por meio do voto livre e esclarecido.

Neste aspecto, é oportuno referir a abordagem da Profa. Dra. Maria Thereza Sadek⁴ a respeito do sistema democrático, segundo a qual o equilíbrio deste sistema, indispensável à apuração, com razoável grau de legitimidade, da vontade popular, demanda sejam implementadas as duas principais perspectivas do sistema democrático, quais sejam, a política e a social.

Sob o aspecto político (formal), a estruturação da democracia consiste em sólida base formal, normativa.

No Brasil, a estruturação e o regramento do processo político-eleitoral, em que pese a premente necessidade de consolidação da legislação eleitoral, possuem razoável grau de evolução, considerada a constante atividade do Congresso Nacional, consideradas as exigências da atualidade e o consenso possível, em promover constantes reformas da legislação eleitoral, complementada a atividade legislativa pelo relevante exercício do poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral, presente desde a edição de nosso primeiro Código Eleitoral de 1932⁵, norma que instituiu a Justiça Eleitoral, cujo objetivo é explicitar a legislação eleitoral e adaptá-la à realidade e circunstâncias vigentes, causa de constantes tensões com a atividade legislativa do Congresso Nacional.

No âmbito social (material), o ambiente democrático equilibrado é o que apresenta razoável grau de incremento, quer da consciência social, quer da consciência política da população.

O adequado preparo do eleitor para o exercício livre e esclarecido de seus direitos políticos, ressalvadas as potencialidades individuais, tem como pressuposto estar inserido em ambiente social com razoáveis índices de desenvolvimento social e econômico, ou seja, deve estar informado, ou em condições de ser informado sobre as circunstâncias da realidade vigente⁶.

O ambiente democrático equilibrado permite ao eleitor desenvolver recursos para reconhecer e defender-se do maior fator de distorção da democracia, o discurso demagógico.

³ RIBEIRO, Fávila. Direito eleitoral. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 11. VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de direito eleitoral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24.

⁴ *Justiça Eleitoral – uma retrospectiva*. Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, 2005. p. 103-110.

⁵ Dec. 21.076 de 24.2.1932.

⁶ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de direito eleitoral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 23.

O discurso demagógico, em determinados momentos críticos da vida social, com graus de intensidade diferentes nos diversos segmentos sociais, gera clausuras cognitivas, cujas travas, por vezes, impermeáveis, são aptas a produzir consequências devastadoras no processo político-eleitoral, com reflexos na legitimidade da constituição do poder político, consequências que nem sempre são apreensíveis pelo senso comum da sociedade.

No Brasil, considerada a inegável e razoavelmente abrangente assimetria social, circunstância que condiciona o processo político-eleitoral, na medida em que o torna permeável ao discurso demagógico, a perspectiva social da democracia demanda incremento, apesar dos avanços promovidos principalmente pelo atual estágio dos meios de comunicação social. A comunicação de informações à população em geral, praticamente em tempo real, embora não anule, minimiza significativamente a possibilidade de interferências negativas ou distorções nas informações transmitidas, o que é sobremaneira potencializado pelas redes sociais, tão importantes, tanto na articulação de recentes movimentos sociais, como na obtenção de informações para conferir maior realidade e densidade às estratégias públicas de manutenção da ordem pública e da estabilidade social.

O significativo avanço, no sentido da consolidação democrática, decorreu, também e principalmente, dos debates que se desenvolveram durante o processo constituinte e da consequente estrutura conferida à Constituição de 1988. Importa considerar, neste aspecto, as opções por amplo sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade, difuso e concentrado, pela expressa normatividade e imperatividade das normas constitucionais^{7, 8}, em particular, no âmbito dos princípios fundamentais, valores mais importantes da comunidade política, com sua dimensão objetiva a produzir reflexos em todos os setores e instâncias das relações sociais, concretizando a centralidade estrutural do princípio da dignidade humana. Importa considerar, ainda, a ampla utilização de instrumentos de democracia participativa e a utilização, para redação de preceitos constitucionais, da técnica legislativa dos conceitos jurídicos indeterminados, o que potencializa seja a dinâmica social, dentro do possível, considerada para sua adequada compreensão. Essas opções, sem dúvida, produziram, entre outros importantes efeitos, reflexos na hermenêutica constitucional⁹, conferindo novos contornos e limites ao exercício da jurisdição, ou seja, ocorreu ampla judicialização das relações sociais e políticas, principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal. É o fenômeno denominado politização da jurisdição.

Ambiente político-eleitoral

A análise do ambiente político-eleitoral, qualquer que seja a perspectiva para que se possa extrair conclusões com razoável grau de realidade, tem como pressuposto, dentro do possível, que esteja despida de preconceitos de viés demagógico que possam importar em distorções.

⁷ Constituição Federal, § 1º do art. 5º: “As normas definidoras dos direitos e garantias individuais têm aplicação imediata”.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 10.

⁹ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 185.

Não é o caso, em absoluto, de reconhecermos o momento presente como de especial distorção dos valores éticos e morais.

Para tanto, é preciso que se tenha consciência do perene caráter crítico do processo político-eleitoral, apesar dos inegáveis avanços no âmbito da consciência política e social da população em geral.

Não é demais referirmos, nesse passo, apreciações críticas de épocas diversas da história sobre a atividade político-eleitoral.

Carvalho de Mendonça, em apreciação sobre a Lei Saraiva de 9.01.1881, cujo projeto foi elaborado por Rui Barbosa, e destinava-se a corrigir distorções e promover maior grau de legitimidade ao processo político-eleitoral do Império, por meio da atribuição de importantes funções aos juizes, assim se manifestou:

À magistratura confiou a Lei nº 3.029 importantíssimas funções. Aos seus membros cabe compenetrar-se do espírito da lei, inspirar-se na pura Justiça e dar suas decisões de acordo com as suas consciências. Os juizes não se deixam cegar pela mal entendida política, que hoje infelizmente tudo invade como uma praga, arruinando os homens e as instituições. O papel do juiz é mais importante que o de agente ou cabo eleitoral. (A evolução do sistema eleitoral brasileiro. 2. ed. Brasília, DF: TSE, Secretaria de Documentação e Informação, 2005. p. 243).

Também na época do Império, em abordagem crítica sobre a demagogia e a corrupção, no âmbito de movimento em prol das eleições diretas; em 1862, em Recife-PE, assim se manifestou, em prefácio de coletânea de trabalhos de diversos autores, o Bel. Antônio Herculano de Souza Bandeira (op. cit., p. 161-162):

Nesses grupos chamados partidos políticos conservador, liberal, conciliador, constitucional, não há diferença alguma de princípios, nem de tendências finais: e, por isso, é patente que essas discórdias, que entre eles existem, são todas pessoais. A prova disso ei-la aí bem clara na freqüente transmigração dos mesmos cidadãos de uns chamados partidos para outros, conforme as feições ou interesses individuais [...].

Diversa não é a visão da política na antiga Grécia, como se pode ver de trecho da defesa de Sócrates em seu julgamento, retratado pelos Diálogos de Platão:

Ora, é isso que me impede de me ocupar dos negócios do Estado (Política). E até me parece que muito a propósito mo impede, porquanto, sabei-o bem, cidadãos atenienses, se eu, há muito tempo, tivesse empreendido ocupar-me com os negócios do Estado [31 e] há muito tempo já estaria morto, e não teria sido útil em nada, nem a vós, nem a mim mesmo.

E não vos encolerizeis comigo, porque digo a verdade; não há nenhum homem que se salve, se quer opor-se, com franqueza, a vós ou a

qualquer outro povo, e impedir que muito ato contrário à justiça e às leis se pratique na cidade. E não há outro caminho: [32 a] quem combate verdadeiramente pelo que é justo, se quer ser salvo por algum tempo, deve viver a vida privada, nunca meter-se nos negócios públicos. (SÓCRATES (escritos de Platão). Apologia de Sócrates, Xenofontes e ditos e feitos memoráveis de Sócrates. Traduzido por Enrico Corvisieri e Mirtes Coscodai. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 59. (Coleção Os Pensadores)).

Essas considerações relativas ao ambiente político-eleitoral, à evidência, nos remetem a críticas atuais, constantemente, veiculadas pelos mais diversos meios de comunicação social.

O ambiente de disputa política, como se vê, é, foi e sempre será crítica.

A nota diferenciadora da atualidade é a complexidade da vida em sociedade decorrente de seu gigantismo, quer da população, quer da Administração Pública e das atividades econômicas, assim como os impressionantes recursos tecnológicos, que acabaram por se constituir em importantes instrumentos de comunicação social e, conseqüentemente, de fiscalização e de repressão de distorções sociais e políticas.

Essas novas circunstâncias, que propiciam conhecimento quase que imediato e abrangente de todos os eventos sociais, estão provocando, na esteira de apreciações permeadas pelo discurso demagógico, a falsa impressão de que vivenciamos um momento social sem precedentes, no que tange a distorções sociais e políticas, quando, na realidade, tais distorções sempre estiveram presentes, com a diferença de que, em tempos passados, jamais foram reveladas e noticiadas com tanta intensidade, causa de importante sentimento generalizado de angústia, apreensão e revolta de toda a comunidade nacional.

Justiça Eleitoral

A edição de nosso primeiro Código Eleitoral e a criação da Justiça Eleitoral em 1932 verificaram-se na esteira do movimento denominado Revolução de 30 e na iminência da Revolução Paulista de 32, num ambiente social extremamente conturbado, em que estavam envolvidos os detentores do poder político, os militares e os segmentos sociais que buscavam uma reorganização político-eleitoral¹⁰ e social¹¹ do Brasil.

¹⁰ Paulo Bonavides, Paes de Andrade, *História constitucional do Brasil*, 9. ed., Brasília, DF, OAB, 2008, p. 270: “O regime, ferido de morte pelas mazelas da corrupção eleitoral e pela anulação da vontade representativa, fora impunemente falsificado com os escândalos políticos da oligarquia”.

¹¹ Paulo Bonavides, Paes de Andrade, *História constitucional do Brasil*, 9. ed., Brasília, DF, OAB, 2008, p. 273: “A Revolução de 30 fez inevitável a reflexão ideológica posterior acerca dos fundamentos de nossa sociedade, envolvendo o atraso, o coronelismo, o patriarcalismo, a patronagem eleitoral, a miséria camponesa, o subdesenvolvimento, a aliança da Igreja com os poderosos, o misticismo, o cangaço, o ânimo oligárquico da política, toda uma série estrutural de vícios que denotavam dependência, imobilidade, apatia ou desprezo para milhões de oprimidos sociais, banidos da participação cívica e totalmente alienados da consciência libertadora que o messianismo ideológico prometia acordar, para fazê-los assim parte da Nação e da gerência do processo político”.

O Código Eleitoral, além da instituição da Justiça Eleitoral, já com seu poder regulamentar, estabeleceu o sufrágio universal, o voto direto e secreto, instituiu o sistema proporcional para as eleições parlamentares, importante passo na atenção às minorias, e reconheceu os direitos políticos das mulheres¹².

Foi concebida como estrutura jurisdicional autônoma e divorciada do ambiente político, com o objetivo de conferir legitimidade ao processo político-eleitoral¹³, concentrando as atribuições de estruturar, fiscalizar e pacificar a disputa eleitoral, bem como de proclamar e diplomar os eleitos.

Extinta em 1937 com o Estado Novo, foi recriada em 45¹⁴, em ambiente de redemocratização do processo político-eleitoral, propiciando, progressivamente, expressivo ganho de legitimidade do processo político eleitoral¹⁵.

É oportuno lembrar, a propósito da participação de magistrados no controle do processo eleitoral, o exemplo inglês, em que, no último quarto do século XIX, a partir de 1885, segundo Fávila Ribeiro, que cita Jacques Cadart, deixou de ser “um dos sistemas eleitorais mais corrompidos que jamais existiram”, para se constituir em modelo de honestidade para o resto do mundo, o que se deveu, em razoável medida, considerada a reorganização do poder político, à participação dos magistrados na estruturação e controle das eleições, além de um longo processo de sedimentação, de contínuo exercício do voto, de modo a sedimentar as virtudes cívicas¹⁶.

O contínuo desenvolvimento e aperfeiçoamento das estruturas da Justiça Eleitoral, que incluíram parcerias com as Forças Armadas¹⁷, para viabilizar o alistamento eleitoral, ensejou fosse alcançado índice de participação do eleitorado na disputa eleitoral de 74% daqueles que estão em condições de exercer seus direitos políticos, situação que, em âmbito internacional, é considerada como de inclusão universal.

A Justiça Eleitoral, estruturada a partir dos princípios e das características próprias do processo político-eleitoral, considerada a necessária celeridade a ser observada, tanto no desenvolvimento das etapas do processo de disputa eleitoral como na instrução e julgamento dos procedimentos e ações eleitorais, potencializada pela força da preclusão, amechou expressiva confiança da sociedade¹⁸.

¹² Fernando Vieira Aquino, Gilberto Agostino, Hiran Roedel, *Sociedade brasileira: uma história através dos movimentos sociais*, Rio de Janeiro, Record, 2000, p. 330: “De grande importância foi a publicação do Código Eleitoral, estabelecendo o voto secreto, criando a Justiça Eleitoral e os direitos das mulheres de votar e serem votadas. O código foi divulgado em fevereiro de 1932, antes mesmo do Levante Paulista, iniciado em julho do mesmo ano, interrompendo momentaneamente o processo eleitoral para a composição da Assembléia Constituinte”.

¹³ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura, *Elementos de direito eleitoral*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 32: “A Justiça Eleitoral foi fruto da Revolução de Trinta, que teve como um dos seus objetivos a moralização do procedimento eleitoral [...] sob a inspiração do Tribunal Eleitoral tcheco, de 1920, idealizado por Kelsen, que unificou a legislação eleitoral e concedeu autonomia para que o Poder Judiciário realizasse as eleições”.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 9. ed. Brasília, DF: OAB, 2008. p. 270.

¹⁵ Paulo Bonavides, Paes de Andrade, *História constitucional do Brasil*, 9. ed., Brasília, DF, OAB, 2008, p. 270: “Não padece dúvida que um dos frutos políticos do movimento veio a ser o Código Eleitoral, seguida da instituição da Justiça Eleitoral: dois passos significativos para normalizar a presença participativa do cidadão, que caíra a níveis tão baixos durante a República deposta”.

¹⁶ Fávila Ribeiro, ao abordar o tema, em sua obra *Direito eleitoral*, Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 92.

¹⁷ Manoel Carlos de Almeida Neto, A função administrativa da justiça eleitoral (IV- O papel das Forças Armadas nas eleições), artigo publicado em *Direito eleitoral em debate*, sob a coordenação de Mônica Herman S. Caggiano e outros, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 252-254.

¹⁸ Mônica Herman S. Caggiano, Eleição, artigo publicado em *Direito eleitoral em debate*, sob a coordenação de Mônica Herman S. Caggiano e outros, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 34.

O exercício da jurisdição eleitoral, importa ressaltar, considerado o fenômeno da constitucionalização, passou a apresentar caráter extremamente crítico e, por vezes, polêmico, dadas as imediatas e importantes repercussões, principalmente, na evolução e consolidação da disputa eleitoral.

A jurisprudência eleitoral, conseqüentemente, considerado, ainda, o caráter transitório da composição dos órgãos jurisdicionais eleitorais de primeira e segunda instâncias, assim como dos tribunais superiores, possui caráter especialmente evolutivo, ou seja, experimenta razoáveis variações, decorrentes da constante redefinição dos parâmetros da dinâmica social e política subjacente ao contínuo debate de questões eleitorais relevantes.

Tal característica da jurisprudência eleitoral, apesar das críticas concernentes ao comprometimento da segurança jurídica e da estabilidade social e política, que merecem adequada compreensão, tem produzido efeitos extremamente positivos para a progressiva consolidação da democracia brasileira, pois minimiza os riscos de descompasso com a realidade social e política ou de eventual ideologização da jurisdição.

Jurisdição constitucional

Jurisdição constitucional, conforme Luís Roberto Barroso¹⁹, consiste em “interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais”, ou seja:

Compreende o poder exercido por juizes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a constituição.

A Judicialização, por outro lado, não só decorre do constitucionalismo contemporâneo, que conferiu caráter constitucional à jurisdição²⁰, pois “constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis”²¹, como também de outros fatores, tais como o reconhecimento da indispensabilidade “de um Judiciário forte e independente”²² para a consolidação

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. p. 5. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2015.

²⁰ Luís Roberto Barroso, *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, p. 7: “No Brasil, como assinalado, a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura”. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2015.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. p. 7. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2015.

²² Idem.

democrática, causa de “vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil”²³, assim como a “crise de representatividade e funcionalidade dos parlamentos em geral”²⁴ e a transferência ao Judiciário, por outros atores políticos, da “instância decisória de questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade”²⁵, como forma de “evitar desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas”²⁶.

A judicialização das relações sociais e políticas, sem dúvida, é um fenômeno mundial²⁷ e a consequente politização da jurisdição²⁸, portanto, é uma realidade incontestável.

Importa ressaltar, neste aspecto, tanto no amplo âmbito do controle de constitucionalidade como, em particular, no que tange à interpretação da legislação infraconstitucional conforme a Constituição, a normatividade dos princípios e regras constitucionais, cuja aplicabilidade na solução de conflitos e de tensões normativas, não demanda atividade legislativa infraconstitucional, assim como a utilização da técnica legislativa dos conceitos indeterminados^{29,30,31}, como forma de flexibiliza-

²³ Idem.

²⁴ Idem.

²⁵ Idem.

²⁶ Idem.

²⁷ Luís Roberto Barroso, *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, p. 6: “Os precedentes podem ser encontrados em países diversos e distantes entre si, como o Canadá¹¹, Estados Unidos¹², Israel¹³, Turquia¹⁴, Hungria¹⁵ e Coreia¹⁶”. As respectivas notas de rodapé são as seguintes: “¹¹ Decisão da Suprema Corte sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Este exemplo e os seguintes vêm descritos em maior detalhe em Ran Hirschl, *The judicialization of politics*. In: Whittington, Kelemen e Caldeira (eds.), *The Oxford handbook of law and politics*, 2008, p. 124-5. ¹² Decisão da Suprema Corte que definiu a eleição de 2000, em *Bush v. Gore*. ¹³ Decisão da Suprema Corte sobre a compatibilidade, com a Constituição e com os atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. ¹⁴ Decisões da Suprema Corte destinadas a preservar o Estado laico contra o avanço do fundamentalismo islâmico. ¹⁵ Decisão da Corte Constitucional sobre a validade de plano econômico de grande repercussão sobre a sociedade. ¹⁶ Decisão da Corte Constitucional restituindo o mandato de presidente destituído por impeachment.” Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaie-supremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2015.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2015.

²⁹ Luís Roberto Barroso, *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 14: “Os denominados *conceitos jurídicos indeterminados*, por vezes referidos como cláusulas gerais, constituem manifestação de uma técnica legislativa que se utiliza de expressões de textura aberta, dotadas de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementada pela intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma abstrata não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social ou calamidade pública, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá se limitar à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação.”. Nota de rodapé sobre o significado de *cláusulas gerais*: “20. A rigor, a expressão *cláusula geral* designa o gênero, do qual são espécies os conceitos jurídicos indeterminados e os princípios. Conceito jurídico determinado identifica um signo semântico ou técnico, cujo sentido concreto será fixado no exame do problema específico levado ao intérprete ou aplicador do Direito. Princípio, por sua vez, traz em si uma idéia de valor, um conteúdo axiológico, Por essa razão, calamidade pública é um conceito jurídico indeterminado; solidariedade é um princípio.”

³⁰ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 90-91.

³¹ Elival da Silva Ramos, *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*, São Paulo, Saraiva, 2014, p. 124: “O emprego pelo legislador de expressões correspondentes a conceitos vagos ou indeterminados, não caracteriza, de modo geral, uma falha na formulação de textos legais e sim uma determinada técnica de regulação, que deixa ao intérprete-aplicador maior flexibilidade para alcançar as finalidades pretendidas. É digna de nota, de outra parte, a observação de Karl Engisch, no sentido de que remete à apreciação de cada situação *sub judice* o dimensionamento da discricionariedade ou vinculatividade, em termos de construção normativa. Nos casos-limite envolvendo o limiar de conceitos indeterminados ou a opção entre solução

ção^{32,33,34,35} “na compreensão do significado dos dispositivos legais (discricionariedade de juízo)”³⁶, de modo a atender a dinâmica social, numa interpretação evolutiva³⁷.

A Constituição de 1988, na esteira do constitucionalismo moderno, por suas características já referidas, promoveu profunda revisão da hermenêutica constitucional e, conseqüentemente, conferiu novos contornos à atividade jurisdicional em todas as suas instâncias, razão de diversas abordagens críticas concernentes à sua racionalidade

exegéticas discrepantes, metodicamente fundadas, o juiz, ao contrário do que sucede nas vertentes legislativas e administrativas da discricionariedade, não se guia por critérios de conveniência e oportunidade política e sim por sua própria perspectiva de qual seria a solução justa para o caso, sempre procurando refletir “a consciência jurídica geral”. A repetição do julgamento de casos similares, com a adoção do entendimento prevalecente no *leading case*, servirá para dar maior objetividade àquele critério valorativo, reduzindo, de certo modo, a discricionariedade judicial.”

³² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 122 e 125. Referência, em nota de rodapé, a entendimento no sentido da inexistência de discricionariedade judicial: “296. O positivismo clássico continua a fluir fortemente em alguns segmentos da Ciência Jurídica, não sendo incomuns manifestações doutrinárias aferradas ao velho dogma da interpretação puramente cognoscitiva ou declaratória de um direito preexistente. Desse teor o pensamento de Michel de Stassinopoulos, reproduzido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Discricionariedade*, cit. p. 73, “Stassinopoulos nega possa haver discricionariedade na função jurisdicional; nesta existe apenas trabalho de interpretação, ou seja, de busca da única solução possível perante o direito. Para ele, muitas soluções possíveis ou uma livre escolha entre elas são dois elementos incompatíveis com a noção rígida de coisa julgada; a solução a que o juiz chega é única: é a mesma que o legislador teria adotado.” Referência bibliográfica da obra de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. Na edição de 2012, a página do texto reproduzido é 68.

³³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. Saraiva: São Paulo, 2014. p. 123. Relação entre interpretação e discricionariedade judicial: “É preciso, ainda, tecer breves considerações sobre as relações entre interpretação e discricionariedade. No exercício da jurisdição, não se afigura relevante a distinção entre discricionariedade enquanto liberdade na interpretação de textos normativos e a discricionariedade na conduta do agente público, uma vez concluído o trabalho hermenêutico, por haver resultado na concretização de norma que lhe confere liberdade de agir. Em um caso, fala-se, na doutrina alemã, em *discricionariedade de juízo* e, no outro, em *discricionariedade de atuação*. Isso porque ao juiz não é dado optar entre diferentes possibilidades de decisão judicial, restringindo-se, pois, a sua discricionariedade ao plano da compreensão do significado dos dispositivos legais (discricionariedade de juízo).”

³⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*, São Paulo: Saraiva, 2014. p. 127-128. Parâmetros das diversas espécies de discricionariedade: “A discricionariedade legislativa decorre da inexistência de parâmetros normativos ou de sua flexibilidade; a administrativa está relacionada, igualmente, à abertura textual, mas, também, ao deferimento explícito de mais de uma possibilidade de conduta diante da espécie fática; por último, a discricionariedade judicial cobre, de um modo muito mais amplo do que em sede legislativa ou administrativa, todo o campo da criatividade na interpretação. Há, portanto, apenas no que tange à jurisdição, uma relação íntima entre discricionariedade e interpretação, podendo-se dizer que aquela é parte integrante desta. A categoria teórica da discricionariedade, em qualquer uma de suas vertentes, está fortemente vinculada ao princípio da separação de poderes. Importa na contenção do controle jurisdicional em favor do Poder Legislativo ou da Administração, diante da inexistência de limitação normativa ou em face do entendimento de que as normas existentes não autorizam ao Poder Judiciário a imposição de determinado padrão de conduta em substituição àquele adotado pelo Poder controlado. Esse entendimento, por si, decorre de um determinado modo de compreender o ordenamento jurídico, a partir da ideia de adequação orgânico-funcional, em consonância com o princípio da separação. A discricionariedade judicial também floresce no espaço em que os balizamentos normativos autorizam o julgador a ser movimentar, porém com a sensível diferença de que o controle, nesse caso, compete ao próprio órgão ao qual foi deferido o poder discricionário, o que não significa que possa, em harmonia com o sistema, tudo fazer. Percebe-se, destarte, a importância de construções doutrinárias que permitam indicar os limites normativos da discricionariedade judicial, trabalho esse que, se consistente, poderá resultar eficaz, mercê da estrutura plural do Poder Judiciário e das características de seu modo de atuar (devido processo legal), favoráveis à prevalência da racionalidade jurídica.”

³⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 137. Limites à criatividade na atividade jurisdicional: “Mais uma vez, Miguel Reale, em outro exercício de prudência e conhecimento, deitou página indelével sobre o modo de conciliar criatividade e obediência ao direito no plano de jurisprudência: “Não nos atemoriza, em mais esta oportunidade, afirmar que a verdade está no meio-termo, na conciliação dos extremos, devendo o juiz ser considerado *livre*, não perante a lei e os fatos, mas sim dentro da lei, em razão dos fatos e dos fins que dão origem ao processo normativo, segundo a advertência de Radbruch de que a interpretação jurídica, visando o *sentido objetivamente válido* de um preceito, ‘não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um *saber pensar até o fim* aquilo que já começou a ser pensado por outro’, observação que deve ser completada com a de que a interpretação de uma norma envolve o sentido de todo o ordenamento a que pertence”.

³⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 125/126.

³⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 188-189.

e legitimidade, considerada a ampla discussão sobre seus limites, críticas voltadas à preservação das exigências do Estado de Direito³⁸, em particular, da segurança jurídica. Essas críticas inserem-se no âmbito do fenômeno denominado ativismo judicial³⁹.

Houve, sem dúvida, expressiva expansão da atividade jurisdicional, com a afirmação do viés do Poder Judiciário como poder contra majoritário⁴⁰. A tradicional característica, predominantemente, dedutiva da atividade jurisdicional, em que as premissas de seu exercício consistiam basicamente na norma infraconstitucional (premissa maior) e no fato concreto (premissa menor), para verificação da ocorrência de subsunção e de suas consequências (conclusão/decisão), não mais subsiste, em decorrência da normatividade dos princípios e regras constitucionais. A atividade jurisdicional, assim, deixou de possuir caráter puramente técnico, dedutivo, pois, diante da necessidade da consideração dos princípios e regras constitucionais indispensáveis à configuração das hipóteses de subsunção, passou a ter contornos de processo, também, indutivo, criativo, de construção da solução própria do caso concreto. O julgador deve analisar as particularidades do caso concreto, com o propósito de determinar qual o enunciado ou enunciados normativos que, por sua preponderância, estabelecida através da ponderação entre os enunciados normativos em tensão, devem nortear a atividade jurisdicional na apreciação do caso concreto. A ponderação, como técnica a conferir racionalidade e, portanto, maior grau de legitimidade à atividade jurisdicional, na lição de Ana Paula Barcellos, consiste na “identificação dos enunciados normativos em tensão”, “identificação dos fatos relevantes” e na “decisão propriamente dita”, a ser proferida dentro dos seguintes parâmetros: “preferência das regras sobre os princípios” e “preferência das regras que promovam ou protejam os direitos fundamentais sobre as demais”^{41,42}. A atividade jurisdicional, nessa nova moldura, a partir de uma interpretação integrativa e evolutiva, possibilita a verificação do fenômeno denominado “mutação informal da (compreensão) da Constituição”^{43,44}, na medida em que, por vezes, promove, sem alteração formal de texto⁴⁵ e sem que haja parâmetros ou preceitos formais balizadores desse fenômeno,

³⁸ RAMOS, Elival da Silva, op. cit. p. 102.

³⁹ RAMOS, Elival da Silva, op. cit., p. 104 e seguintes.

⁴⁰ Luís Roberto Barroso, *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, p. 15: “A atividade judicial pode não ser um componente indispensável do constitucionalismo democrático, mas tem servido bem à causa, de uma maneira geral. Ela é um espaço de legitimação discursiva e argumentativa das decisões políticas que coexiste com a legitimação majoritária, servindo-lhe de ‘contraponto e complemento’. Isso se torna especialmente verdadeiro em países de redemocratização recente, como o Brasil, onde o amadurecimento institucional ainda se encontra em curso, enfrentando uma hegemonia do Executivo e uma persistente fragilidade do sistema representativo”. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2015.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 18.

⁴² BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. In: BARROSO, Luís Roberto (Coord.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 259-292.

⁴³ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 184-185.

⁴⁴ Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3. ed., São Paulo, Atlas, 2012, p. 90: “Dessa característica do conceito legal indeterminado resulta outra, que é a sua mutabilidade, ou seja, a possibilidade de seu significado variar no tempo e no espaço. Basta considerar a expressão *interesse público*, que corresponde a um dos princípios fundamentais do direito administrativo, para entender-se a importância do tema nesse ramo do direito, que é dos que maior flexibilidade exigem, pelo próprio fato de a função administrativa estar voltada para a consecução das necessidades coletivas, sempre variáveis. O mesmo objetivo que constitui, em dado momento, a preocupação central do poder público, pode, tempos depois, ser superado por outros cujo atendimento venha a apresentar maior grau de premência.”

⁴⁵ Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 30. ed., atualizada, São Paulo, Malheiros, 2015, p. 468-469: “A interpretação da Constituição é parte extremamente importante do Direito Constitucional. O emprego de novos métodos da hermenêutica jurídica tradicional fez possível uma considerável e silenciosa mudança de sentido das normas constitucionais, sem necessidade de substituí-las expressamente ou sequer alterá-las pelas vias formais da emenda constitucional”.

significativas alterações da compreensão do texto constitucional, razão de críticas orientadas no sentido da redução do âmbito da abrangência da atividade jurisdicional, considerada sua perspectiva constitucional. Não se pode deixar de assinalar, a propósito, a apreciação crítica no sentido de que:

Os modernos métodos interpretativos compõem uma metodologia de crise, são métodos por excelência afeiçoados a um constitucionalismo periclitante, métodos para os dias turvos de mudança e transição, que aguardam ainda a conciliação da legitimidade hegemônica com a legalidade em declínio ou recuo, às vésperas de eventual substituição.⁴⁶

Tais métodos, no entanto, segundo essa mesma apreciação crítica, possuem um viés marcadamente positivo, em particular, “naqueles países onde a democracia não resolveu ainda a questão social”⁴⁷, pois, nesses contextos sociais e políticos, “a velha hermenêutica faria estremecer ou explodir os fundamentos da ordem social, cuja correnteza desce vertiginosa para um leito que ainda não se acha de todo definido ou escavado”⁴⁸, ou seja, “a interpretação das Constituições tem um sentido nos países desenvolvidos, possuindo outro, porém, inteiramente distinto nos países subdesenvolvidos ou em fase de desenvolvimento”⁴⁹, como ocorre no Brasil, que se insere entre os países em fase de desenvolvimento⁵⁰.

Os modernos métodos de interpretação constitucional, é preciso ressaltar, propiciam, no âmbito do exercício jurisdicional, a construção de soluções sobre importantes questões, por vezes, de ordem predominantemente política, quer para composição de conflitos, quer para o equacionamento de tensões normativas, que não seriam viáveis, tanto no âmbito legislativo, pela complexidade de obtenção de consenso político, como no jurisdicional, na hipótese de utilização das limitadas técnicas interpretativas tradicionais, em vista das restrições de ordem formal concernentes à reforma constitucional.

Decorrem dessa realidade, outras apreciações críticas, também conexas com as perspectivas da racionalidade e legitimidade da atividade jurisdicional. Tais críticas, em suma, dizem respeito à capacidade institucional do Poder Judiciário e à limitação e politização do debate sobre questões essenciais e fundamentais da vida em sociedade no exercício da atividade jurisdicional⁵¹.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 498.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ Idem: “Nos países em crise de autonomia mínima da Sociedade perante o Estado faz irremediável a sujeição das Constituições a esse tipo de hermenêutica a que nos reportamos. No constitucionalismo da Sociedade pós-industrial, porém, dotada já de altos níveis de estabilidade, e onde a Sociedade, ao despolitizar-se, recobra do mesmo passo uma certa margem de autonomia perante o Estado, é possível vislumbrar a saudável eventualidade de um retorno aos velhos e comprovados métodos da hermenêutica tradicional, porquanto as relações sociais já se acham ali cimentadas num Estado de Direito, que, vitorioso, atravessou com suas instituições políticas e econômicas a crise material da Sociedade, crise tão sentida, assoberbante e decisiva nos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil”.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. p. 13-14. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2015.

A eficiência institucional por parte do Poder Judiciário, ou seja, sua capacidade para enfrentar casos de complexidade e amplitude diferenciadas, é objeto de frequente questionamento, tanto sob o aspecto técnico, sob a perspectiva científica, assim como para avaliar os reflexos sistêmicos da atividade jurisdicional, considerada a formação do magistrado brasileiro, voltada a “realizar a justiça no caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público”⁵².

Por outro lado, o debate desenvolve-se a respeito da elitização e politização da jurisdição decorrentes da drástica judicialização de questões políticas e sociais importantes, situação que pode ser minimizada pelos instrumentos de participação popular na atividade jurisdicional⁵³, mas não suficientemente solucionada. A politização, nessa linha de raciocínio, consiste em retirar da sociedade e transferir aos juízes o protagonismo em debates públicos, permitindo que estes, em condições que se aproximam do ambiente característico do debate parlamentar, projetem suas circunstâncias pessoais em suas decisões, em prejuízo da racionalidade da atividade jurisdicional⁵⁴.

A constitucionalização do direito, com a conseqüente judicialização das relações sociais, em conformidade com o que foi exposto, conferiu contornos críticos à atividade jurisdicional, na medida em que se fez presente a necessidade de se delinear parâmetros para seu exercício, com vistas a garantir-lhe racionalidade e legitimidade democrática, em prol da segurança jurídica e da estabilidade política e social. Importa ressaltar, a propósito, que, em virtude do formato constitucional adotado no Brasil, definido a partir das características do constitucionalismo contemporâneo, como bem anotado por Luís Roberto Barroso, “a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte”⁵⁵. Nesse contexto insere-se o debate sobre o denominado ativismo judicial. Esse debate, é certo, em particular no Brasil, tem importado em críticas ao Poder Judiciário, orientandas, em razoável medida, por uma perspectiva negativa. Nesse aspecto, importa anotar o enfoque de Elival da Silva Ramos deixou consignado, em sua obra *Ativismo Judicial*, sem desconsiderar, evidentemente, a circunstância de que tal se deu em análise do ativismo judicial no âmbito do desenvolvimento da hermenêutica, inclusive, em sistemas jurídicos diversos do nacional, como o norte-americano: “Diante

⁵² Luís Roberto Barroso, *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, p. 14, nota de rodapé no 37: “Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: *Temas de direito constitucional*, tomo IV, 2009.” Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2015.

⁵³ Luís Roberto Barroso, *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, p. 14: “Institutos como audiências públicas, amicus curiae e direito de propositura de ação diretas por entidades da sociedade civil atenuam mas não eliminam esse problema.”. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2015.

⁵⁴ Luís Roberto Barroso, *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, p. 16: “A jurisdição constitucional não deve suprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes”. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2015.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial, e legitimidade democrática*. p. 17. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/12350666701742218181>>. Acesso em: 26 mar. 2015.

disso, a expressão ‘ativismo judicial’ possui uma carga valorativa positiva ou negativa, dependendo do enfoque teórico de quem realiza a avaliação das decisões judiciais”⁵⁶.

Jurisdição eleitoral

A constitucionalização do Direito e, por consequência, da jurisdição, dados os formatos atuais da organização política do Estado Democrático de Direito e de nosso ordenamento constitucional, como visto, conferiu contornos altamente complexos e críticos à atividade jurisdicional.

Entretanto, a jurisdição eleitoral, consideradas as características próprias do ambiente político-eleitoral e a essência das atribuições e da competência da Justiça Eleitoral, é a espécie de jurisdição que apresenta maior grau de complexidade.

A abrangente competência da Justiça Eleitoral, que transcende a composição de conflitos, é conferir o maior grau possível de legitimidade ao processo político eleitoral, razão pela qual não se restringe a pacificar a disputa eleitoral, englobando, ainda, o exercício do poder de polícia, tanto para fiscalização como para normatização dos pleitos.

A fiscalização do pleito eleitoral, considerados, neste aspecto, os limites ao seu poder de polícia, traduzidos, em particular, pelo enunciado da Súmula 18 do Tribunal Superior Eleitoral, qual seja, “Conquanto investido do poder de polícia, não tem legitimidade o juiz eleitoral para, de ofício, instaurar procedimento com a finalidade de impor multa pela veiculação de propaganda eleitoral em desacordo com a Lei 9.503/97”, importa permanente controle de legalidade direto e indireto de toda a estruturação e desenvolvimento do processo político-eleitoral, mesmo fora do período de disputa eleitoral.

A atividade normativa consiste não só na imprescindível explicitação da legislação eleitoral e sua compatibilização com as circunstâncias sociais e políticas presentes em cada pleito eleitoral, ou seja, com o ambiente-político eleitoral, como também pode ser exercida a partir do próprio exercício jurisdicional, quando da prolação de decisões sobre questões de importância diferenciada, que possam interferir ou produzir reflexos na evolução do processo político-eleitoral⁵⁷,

⁵⁶ Elival da Silva Ramos, *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*, São Paulo, Saraiva, 2014, p. 132-133: “Diante disso, a expressão “ativismo judicial” possui uma carga valorativa positiva ou negativa, dependendo do enfoque teórico de quem realiza a avaliação das decisões judiciais. Para os adeptos do literalismo ou originalismo, toda prática judiciária que não se filie ao interpretativismo é ativista, emprestando ao termo conotação negativa, que o contrapõe à democracia, ao Estado de Direito, à objetividade e segurança jurídica, ao pluralismo ideológico etc. Em sentido oposto, os defensores do *construction* (não interpretativismo) não veem o ativismo em sua forma negativa, na medida em que incorporam a supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade ao conjunto das instituições que expressam o sistema político democrático, insistindo na inevitabilidade da criatividade jurisprudencial, como demonstrado pela *Hermenêutica contemporânea*”.

⁵⁷ Propaganda antecipada: A Res. TSE 22874 de 1º de julho de 2008 inseriu o art. 16-A e revogou o art. 24 do Capítulo VI da Res. TSE 22718/08 – candidatos e pré-candidatos foram liberados para entrevistas, debates e encontros antes de 6 de julho de 2008, sem a vedação expressa de exposição de propostas de campanha. O art. 24, que foi revogado, possuía a seguinte redação: “Os pré-candidatos poderão participar de entrevistas, debates e encontros antes de 6 de julho de 2008, desde que não exponham propostas de campanha”. A redação do art. 16-A era a seguinte: “Os pré-candidatos e candidatos poderão participar de entrevistas, debates e encontros antes de 6 de julho de 2008, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, observado, pelas emissoras de rádio e de televisão, o dever de conferir tratamento isonômico aos que se encontrarem em situação semelhante (Res./TSE no 21.072/2002). Parágrafo único: Eventuais abusos e excessos, assim como as demais formas de uso indevido do meio de comunicação, serão apurados e punidos nos termos do art. 22 da Lei Complementar 64/90, sem prejuízo da representação a que alude o art. 96 da Lei nº 9.504/97”. Esta previsão normativa

e, até mesmo, da função consultiva, como ocorreu em relação à perda do mandato eletivo por infidelidade partidária⁵⁸.

Dentro desses parâmetros, deve o exercício da jurisdição eleitoral, em atenção ao princípio reitor da interpretação constitucional, qual seja, o *princípio da unidade da Constituição*⁵⁹, promover o crítico equilíbrio de dois mandamentos constitucionais, quais sejam, a soberania da vontade popular, insculpido no art. 1º e seu parágrafo único da Constituição Federal, e a legitimidade dos pleitos eleitorais, previsto no parágrafo 9º do art. 14 da Carta Magna, como forma de resguardar, numa perspectiva interpretativa norteada pelo método integrativo, “o sentido de conjunto e universalidade expresso pela Constituição”⁶⁰.

Esses dois mandamentos constitucionais devem ser bem compreendidos. Como bem observa Norberto Bobbio⁶¹, em sua obra *Teoria Geral da Política* – a filosofia política e as lições dos clássicos, ao analisar os fundamentos da democracia:

Na democracia moderna, o soberano não é o povo, mas são todos os cidadãos. O povo é uma abstração, cômoda, mas também, como já dissemos, falaciosa; os indivíduos, com seus defeitos e seus interesses, são uma realidade. Não é por acaso que como fundamento das democracias modernas estão as Declarações do Homem e do Cidadão, desconhecidas da democracia dos antigos.

Acrescenta, nessa linha de raciocínio, que a principal justificação do sistema democrático é fato de que “o indivíduo como pessoa moral e racional, é o melhor juiz de seu próprio interesse” (op. cit., p. 424), mas ressalva:

redundou na alteração legislativa promovida pelo art. 4º da Lei 12.034/2009, que introduziu o art. 36-A na Lei 9.504/97, cujo inciso I possuía a seguinte redação: “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 de projetos políticos, desde que não haja pedido de votos (grifei), observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico”. Posteriormente, a redação deste inciso foi alterada pela Lei 12.891/2013, nos seguintes termos “a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico”, ou seja, foi excluída a expressão acima grifada: “desde que não haja pedido de votos”.

⁵⁸ O Tribunal Superior Eleitoral, a partir do exercício de sua competência consultiva, prevista no inc. XII do art. 23 da Lei 4.737/65, nos autos da Consulta nº 1.554/DF, apreciou a questão da infidelidade partidária e, após apreciação da matéria pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26604, no exercício de sua competência normativa, editou a Resolução 22.610/2007.

⁵⁹ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 4. ed., rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 194: “Portanto, ao intérprete da Constituição só resta buscar a conciliação possível entre proposições aparentemente antagônicas, cuidando, todavia, de jamais anular integralmente uma em favor da outra. Um lance de olhos sobre a Constituição brasileira de 1988 revela diversos pontos de tensão normativa, isto é, de proposições que consagram valores e bens jurídicos que se contrapõem e que devem ser harmonizados pelo intérprete”.

⁶⁰ Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 30. ed., São Paulo, Malheiros, 2015, p. 491: “Nenhuma forma ou instituto de Direito Constitucional poderá ser compreendido em si, fora da conexão que guarda com o sentido de conjunto e universalidade expresso na Constituição. De modo que cada norma constitucional, ao aplicar-se, significa um momento no processo de totalidade funcional, característico da integração peculiar a todo ordenamento constitucional”.

⁶¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política* – a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiane. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

O homem racional é um ideal-limite. Exatamente por isso também a democracia é um ideal-limite. Deixando de lado a consideração de que se todos os homens fossem racionais não haveria nem mesmo a necessidade de um governo, e mesmo nos limitando à racionalidade puramente instrumental, falta à grande maioria dos indivíduos os conhecimentos necessários para construir um juízo pessoal e fundamentado diante das decisões que deve tomar. E além disso, mesmo aqueles que poderiam conhecer melhor as coisas podem ser facilmente enganados por quem possui, além de conhecimentos, os meios de propaganda suficientes para fazer com que os próprios interesses ou aqueles interesses do próprio grupo pareçam os interesses de todos. Em suma, muitos não estão em condições de saber. Muitos acreditam saber, e não sabem.

Acrescenta, ainda, a respeito da noção de ideal-limite, tanto no que concerne à racionalidade do homem como no que tange à democracia, como forma de concretizar a disparidade entre a democracia ideal e a democracia real, que, “Um ideal-limite já é em si mesmo, e por definição, inatingível” (op. cit., p. 425).

Por outro lado, a jurisdição eleitoral apresenta outra característica, que também lhe confere alta complexidade, qual seja, o caráter especialmente evolutivo de sua jurisprudência, decorrente da limitação temporal imposta ao exercício da jurisdição pelos restritos mandatos dos magistrados, em todas as instâncias da Justiça Eleitoral.

Diante de todo o exposto, importa concluir que o exercício jurisdicional na esfera eleitoral, para que goze de razoável grau de racionalidade e legitimidade, sem deixar de atender as atribuições decorrentes de sua competência, entre as quais, as importantíssimas atribuições de fiscalização e normatização, não pode, em momento algum, interferir no processo político eleitoral, de modo a comprometer a essência do regime democrático, a soberania da vontade popular⁶², em que pese todos os condicionamentos que possam projetar reflexos na obtenção do voto livre e esclarecido, pois tais condicionamentos, em graus e medidas diversas, sem dúvida, há muito tempo, permeiam todos os segmentos sociais, em todas as suas instâncias.

⁶² TSE, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 5282 - Bertioga/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes: “Não há dúvida de que o regime legal de repressão a condutas abusivas por parte de candidatos possui uma clara autorização constitucional. Mas essa autorização não direciona a um regime punitivo inflexível, sob pena de vulneração a outros princípios constitucionais. Nessa perspectiva, não parece razoável simplesmente igualar e punir condutas que, na realidade, se apresentam de modo diferenciado. Isso configuraria um excesso legislativo e, ao mesmo tempo, uma violação a princípios constitucionais contrapostos, como a democracia majoritária e a divisão de poderes. Como já tive oportunidade de manifestar, creio que a intervenção do Tribunal Superior Eleitoral no processo eleitoral há de se fazer com o devido cuidado para que não haja alteração da própria vontade popular. É que o ativismo judicial aqui pode colocar em xeque o próprio processo democrático, dando ensejo à conspurcação da decisão majoritária ou à criação de um partido da Justiça Eleitoral, que acabará por consagrar, as mais das vezes, o segundo mais votado. Não se está aqui, obviamente, a defender uma concepção acrítica de democracia e da idéia de poder do povo (no jargão popular: “a voz do povo é a voz de Deus”). A esse propósito, valho-me da análise de Zagrebelsky, *verbis*: *Para a democracia crítica, nada é tão insensato como divinização do povo que se expressa pela máxima vox populi, vox dei, autêntica forma de idolatria política. Esta grosseira teologia política democrática corresponde aos conceitos triunfalistas e acríticos do poder do povo que, como já vimos, não passam de adulações interesseiras. Na democracia crítica, a autoridade do povo não depende de suas supostas qualidades sobre-humanas, como a onipotência e a infalibilidade. Depende, ao contrário, de fator extremamente oposto, a saber, do fato de se assumir que todos os homens e o povo, em seu conjunto, são necessariamente limitados e falíveis. Este ponto de vista parece conter uma contradição que é necessário aclarar. Como é possível confiar na decisão de alguém, como atribuir-lhe autoridade quando não se lhe reconhecem méritos e virtudes, e sim vícios e defeitos? A resposta está precisamente no caráter geral dos vícios e defeitos. A democracia, em*

O principal filtro ético do processo político eleitoral é o voto popular, que traduz, em estreita correlação com o nível de consciência social e política da sociedade, os contornos de legitimidade da composição dos poderes políticos por meios dos pleitos eleitorais.

Portanto, a vontade popular só pode ser afastada nos casos em que, considerada com o contexto em que se manifesta, estiver manifestamente contaminada, distorcida, ou seja, “*in dubio*” deve ser respeitada a soberana manifestação da vontade popular.

Lógica diversa importa em subversão da essência do regime democrático representativo.

É certo que, na atualidade, na busca de correção das distorções decorrentes do sistema eleitoral vigente, o ativismo, numa perspectiva positiva, tem permeado o exercício da jurisdição eleitoral, com significativos avanços, no que diz respeito à legitimidade do processo político eleitoral⁶³.

No entanto, como bem observa Luís Roberto Barroso⁶⁴, devem ser reconhecidos limites para o exercício da atividade jurisdicional, pois não possuem os magistrados legitimidade, para, no âmbito de densas discussões políticas e éticas, promover abrangente interpretação do ordenamento constitucional e infraconstitucional vigente, de modo a

geral, e particularmente a democracia crítica, baseia-se em um fator essencial: em que os méritos e defeitos de um são também de todos; teríamos, ao contrário, alguma forma de autocracia, ou seja, o governo de uma parte (os melhores) sobre a outra (os piores). Portanto, se todos são iguais nos vícios e nas virtudes políticas, ou, o que é a mesma coisa, se não existe nenhum critério geralmente aceito, através do qual possam ser estabelecidas hierarquias de mérito e demérito, não teremos outra possibilidade senão atribuir a autoridade a todos, em seu conjunto. Portanto, a democracia crítica, a autoridade do povo não depende de suas virtudes, ao contrário, desprende-se – é necessário estar de acordo com isso – de uma insuperável falta de algo melhor. (Zagrebelsky, Gustavo. La crucifixión y la democracia, trad. espanhola, Ariel, 1996, pág. 105 – título original: Il “crucifigge” e la democrazia, Giulio Einaudi, Torino, 1995).” De fato, se não é correta essa divinização do poder popular, não menor certo é que a eventual relativização do princípio da maioria, após a realização de um pleito complexo, não pode ser tomada como algo ordinário. Nesse caso, seguindo a linha de raciocínio de Zagrebelsky, estaríamos consagrando um tipo nefasto de autocracia, ou seja, o governo de uma parte (no caso a minoria vencida) sobre a outra (os vencedores do pleito eleitoral). Sem dúvida, nas palavras de Kelsen, “o princípio da maioria absoluta (e não qualificada) representa aproximação relativamente maior da idéia de liberdade”. Ainda em Kelsen, encontra-se o seguinte pensamento acerca do princípio majoritário, verbis: Há apenas uma idéia que leva, por um caminho racional, ao princípio majoritário: a idéia de que, se nem todos os indivíduos são livres, pelo menos o seu maior número o é, o que vale dizer que há necessidade de uma ordem social que contrarie o menor número deles. Certamente esse raciocínio pressupõe a igualdade como postulado fundamental da democracia: de fato está claro que se procura assegurar a liberdade não deste ou daquele indivíduo porque esta vale mais que aquele, mas do maior número possível de indivíduos. Portanto, a concordância entre vontades individuais e vontade do Estado será tanto mais fácil de se obter quanto menor for o número de indivíduos cujo acordo é necessário para decidir uma modificação na vontade do Estado, no momento em que se manifestasse, estivesse mais em desacordo do que em acordo com as vontades individuais; se isso fosse exigido ao máximo, poderia ocorrer que uma minoria pudesse impedir uma mudança na vontade do Estado, contrariando a maioria. (A democracia, São Paulo, Martins Fontes, 1993, p. 32)” Com tudo isso, gostaria apenas de enfatizar a inadmissibilidade, em um autêntico regime democrático, de uma rotineira e excessiva relativização do princípio da maioria. Não se cuida, aqui, de opção política judiciária a ser ou não desenhada por esta Corte, mas de inevitável aplicação do princípio da proporcionalidade, que, entre nós, está expresso na cláusula do devido processo legal substancial (art. 5º, LIV, da Constituição Federal). Há, especialmente, uma violação à proporcionalidade em sentido estrito, tendo em vista a ponderação entre os valores constitucionais que, no caso se apresentam contrapostos.”

⁶³ Vide notas de rodapé 57 e 58.

⁶⁴ Luís Roberto Barroso, *Judicialização, ativismo judicial, e legitimidade democrática*, p. 19, disponível em: <<http://www.oab.br/editora/revista/12350666701742218181>>, acesso em: 26 mar. 2015: “Uma nota final: o ativismo até aqui tem sido parte da solução, e não o problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e cauteloso. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juizes”.

alterar, substancialmente, as concepções sobre os preceitos concernentes à estrutura e aos pressupostos do sistema político e eleitoral, para reformá-lo sem a utilização dos instrumentos formais de revisão legislativa ou constitucional estabelecidos democraticamente pela soberana vontade popular, concretizada por seus legítimos representantes na elaboração de nossa carta constitucional.

A audiência do plano de mídia: legislação, procedimentos e resistência ao uso de novas tecnologias

Marco Antonio Martin Vargas
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1. Introdução

O presente artigo faz um breve apanhado da legislação, procedimentos adotados e dos conceitos envolvendo o horário eleitoral. Evidenciou-se a necessidade de enfrentar questões relacionadas à aplicabilidade da minirreforma eleitoral, à criação de novos partidos, à representatividade na Câmara dos Deputados, à dissidência partidária durante o processo eleitoral, vez que surtem efeitos diretos na distribuição do horário eleitoral. Ainda serão abrangidas etapas anteriores à efetiva exibição da propaganda eleitoral no horário eleitoral, tais como: meios de convocação de partidos, coligações e representantes de emissoras de rádio e televisão para participarem da reunião do plano de mídia; realização de audiência pública no Tribunal Superior e seus reflexos, e realização da reunião do plano de mídia no Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo para os cargos de deputado federal, estadual, senador e governador, as discussões suscitadas e os pontos que servirão de alicerce à propaganda eleitoral da eleição que se aproxima.

A propósito, no que concerne à realização da reunião do plano de mídia neste Regional, observaram-se discussões acerca do modo de entrega do material, havendo divergência entre o uso do já ultrapassado compact-disc e do MP3 enviado por e-mail. A sugestão do uso do correio eletrônico para o envio do material de campanha, ideia simples e plenamente viável, traria grandes reflexos no processo eleitoral, diminuindo as despesas. Não é demais lembrar que o avanço tecnológico trouxe uma série de vantagens para a vida em sociedade. Podemos realizar várias tarefas por meio de máquinas: comprar produtos sem sair de casa, conversar com parentes e amigos distantes, ter acesso a informações e literatura de todas as partes do mundo. Sob essa óptica, não seria o caso de permitir o envio do material de campanha por correio eletrônico? Esta e outras questões foram objeto da reunião do plano de mídia, sendo de rigor uma análise detida do ocorrido.

2. Inaplicabilidade da minirreforma no horário eleitoral de 2014

A Lei nº 12.891/2013, também chamada de minirreforma eleitoral, foi publicada em 30 de outubro de 2014 e alterou a Lei nº 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos) e a Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições), modificando a distribuição das cotas do Fundo Partidário e do tempo de propaganda destinado às agremiações partidárias.

Entretanto, o Plenário do TSE, ao analisar a Consulta CTA nº 84742¹ apresentada pelo presidente do Partido Humanista da Solidariedade – PHS, concluiu que as regras

¹ LEI que altera distribuição de tempo de propaganda não vale para Eleições 2014. Disponível em: <www.tse.jus.br/noticias-tse/2014>.

da Lei nº 12.891/2013, em vigor há apenas sete meses, alteram o processo eleitoral e, conseqüentemente, a relação de força entre os partidos, advindo daí sua inaplicabilidade para o próximo pleito (artigo 16 da Constituição Federal – princípio da anualidade eleitoral).

Posteriormente, no final de junho de 2014, ao responder a Consulta CTA nº 100075, a Corte Superior confirmou que nenhum ponto constante da Lei nº 12.891/2013 será aplicável às Eleições Gerais de 2014, afastando a tese de aplicação parcial das modificações.

Em que pese a inaplicabilidade da minirreforma, vê-se claramente da sua ementa que o legislador buscou diminuir o custo das campanhas eleitorais, conforme teor que segue:

Altera as Leis nºs 4.737, de 15 de julho de 1995, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 9.504, de 30 de setembro de 1997, para diminuir o custo das campanhas eleitorais, e revoga dispositivos das Leis n.os 4.737, de 15 de julho de 1965, e 9.504, de 30 de setembro de 1997.

A propósito, o artigo 2º da minirreforma altera artigos da Lei nº 9.096/95, entre eles o artigo 46, § 5º, possibilitando a entrega de material de áudio e vídeo referente à propaganda partidária por meio de correspondência eletrônica:

O material de áudio e vídeo com os programas em bloco ou as inserções será entregue às emissoras com antecedência mínima de 12 (doze) horas da transmissão, podendo as inserções de rádio ser enviadas por meio de correspondência eletrônica.

Tal norma reflete em seu bojo a preocupação do legislador com os custos de campanha. Assim, como a legislação que trata sobre a matéria do horário eleitoral não especifica qual a forma de entrega da propaganda eleitoral, seria perfeitamente possível adotar o envio da propaganda em bloco ou inserção por meio do correio eletrônico, ou, então, em plataformas que permitem o armazenamento de mídias em sistema “on-line” (nuvem), com plena segurança nesse sentido. Referido ponto será aprofundado quando da análise do plano de mídia realizado neste Tribunal.

3. Horário eleitoral – conceitos e legislação

O direito eleitoral brasileiro veda toda e qualquer propaganda eleitoral paga no rádio e na televisão, independente de época e duração, ou seja, a propaganda é restrita ao horário eleitoral gratuito (art. 17, § 3º, da Constituição Federal). Atualmente, a propaganda eleitoral no rádio e na televisão está prevista nos arts. 47 a 57 da Lei nº 9.504/97, regulamentados pelos arts. 33 a 48 da Resolução TSE nº 23.404/2004.

A vedação de pagamento de propaganda eleitoral no rádio e televisão busca a efetividade da garantia à igualdade de condições dos candidatos ao acesso de cargos públicos e, para, tanto, o custo do espaço reservado pelas emissoras de rádio e televisão ao período de horário eleitoral obrigatório é efetivado por intermédio de compensação fiscal.

Sob este aspecto, importante trazer à colação, o entendimento de Fávila Ribeiro dos motivos decorrentes dessa obrigatoriedade ao direito de antena:

Cumpra lembrar que os serviços de telecomunicações em geral ou são explorados diretamente pela União Federal, ou através de concessões feitas pelo Governo Federal. Por isso, na reserva desses horários para o serviço eleitoral, está sendo cumprida uma das obrigações a que estão submetidos os concessionários dos serviços de radiodifusão e televisão, em nome do interesse público ou social.

Na utilização dos horários gratuitos pelos partidos políticos é o interesse social que está sendo invocado, tanto quanto é o interesse público que avulta se a utilização é feita diretamente pela Justiça Eleitoral para divulgação dos comunicados para escalrecimento às autoridades judiciárias e ao eleitorado.²

O horário eleitoral gratuito é exibido no período eleitoral, em rede para todas as emissoras de televisão abertas, canais por assinatura (Senado Federal, Câmara dos Deputados, Assembleia Legislativa, Câmara Legislativa do DF ou Câmaras Municipais), bem como por meio de inserções diárias, veiculadas ao longo da programação, das 8 às 24 horas, com duração máxima de 60 segundos cada, inclusive aos domingos.

A partir do dia 8 de julho do ano da eleição, a Justiça Eleitoral convocará os partidos e a representação das emissoras de televisão para elaborarem plano de mídia, para o uso da parcela do horário eleitoral gratuito a que tenham direito, garantida a todos participação nos horários de maior e menor audiência.

Segundo José Jairo Gomes, os horários de propaganda são distribuídos apenas às entidades que tenham candidato (na ADI nº 4.430/DF o STF declarou inconstitucional a expressão “e representação na Câmara dos Deputados” inscrita no *caput* do § 2º, do artigo 47 da LE), devendo ser observados os seguintes critérios:

I – um terço, igualmente; II – dois terços, proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram (LE, art. 47, § 2º).³

Como se verifica da regra supracitada, a partilha do tempo reservado ao horário eleitoral gratuito agracia todas as agremiações com o direito a 1/3 do horário eleitoral, os restantes 2/3 são distribuídos proporcionalmente ao número de deputados federais de cada partido, considerando-se, no caso de coligação, a soma dos parlamentares dos partidos que a integram. Lembramos que a representação de cada partido político na Câmara dos Deputados é a resultante da eleição, ressalvada a hipótese de criação de nova legenda, quando prevalecerá a representatividade política conferida aos parlamentares que migraram diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para o novo partido político, no momento de sua criação.

² RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 473.

³ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 402-403.

A Justiça Eleitoral efetuará sorteio para a escolha da ordem de veiculação da propaganda de cada partido ou coligação no primeiro dia do horário eleitoral gratuito; a cada dia que se seguir, a propaganda veiculada por último, na véspera, será a primeira, apresentando-se as demais na ordem do sorteio.

Por fim, nas eleições de 2014, a propaganda eleitoral gratuita no rádio e na TV será veiculada de 19 de agosto a 2 de outubro, ou seja, terá início 45 dias antes do primeiro turno e encerrará três dias antes das eleições. Nos estados onde houver segundo turno, a data limite para o início do horário eleitoral gratuito é o dia 11 de outubro, 15 dias antes do pleito. O último prazo previsto no calendário eleitoral deste ano para esse tipo de propaganda é o dia 24 de outubro, dois dias antes do segundo turno das eleições de 2014.

4. Audiência pública no Tribunal Superior Eleitoral

No dia 16 de julho de 2014, o Tribunal Superior Eleitoral realizou audiência pública³ com representantes dos partidos políticos e das emissoras de rádio e televisão para debater a elaboração do plano de mídia, que definiu o tempo do horário eleitoral gratuito para as eleições de 2014.⁴

Foi disponibilizado no sítio do Tribunal (www.tse.jus.br) a minuta da resolução (Instrução nº 783-95.2014.6.00.0000, Classe 19, Brasília - Distrito Federal), que dispôs sobre a utilização do horário gratuito de propaganda eleitoral reservado aos candidatos à Eleição Presidencial de 2014 e aprovou o plano de mídia das inserções, bem como o tempo que cada uma das 32 agremiações partidárias, em tese, teriam direito, sendo para isso utilizado os dados fornecidos pela Câmara dos Deputados sobre a representatividade das agremiações partidárias. A audiência foi conduzida pelo relator das instruções do pleito deste ano, Ministro Dias Toffoli, atual presidente do Tribunal Superior Eleitoral.

A convocação dos partidos e emissoras para participação na audiência pública obedeceu à regra esculpida no art. 52 da Lei nº 9.504/97.

Algumas agremiações questionaram durante a realização da audiência a incorreção da estimativa de tempo disponibilizada pelo c. Tribunal Superior Eleitoral na minuta da resolução (Instrução nº 783-95.2014.6.00.0000, Classe 19, Brasília – Distrito Federal). Por exemplo, foi objeto de reportagem no site Conjur⁵ o fato do PSTU e do PRTB afirmarem que seus candidatos ao cargo de Presidente da República faziam jus, cada qual, a quarenta e cinco segundos de propaganda. Por sua vez, o PSDC afirmou que teria direito a quarenta e sete segundos. Também foi ressaltado que o PSDC não poderia ter tempo maior que as demais siglas igualmente sem representação na Câmara dos Deputados.

Na realidade, as agremiações questionaram os critérios adotados pelo Tribunal Superior Eleitoral, haja vista as incorreções mencionadas. Foi esclarecido que a Justiça

³ A audiência pública administrativa é um instrumento colocado à disposição dos órgãos públicos para, dentro de sua área de atuação, promover um diálogo com os atores sociais, com o escopo de buscar alternativas para a solução de problemas que contenham interesse público relevante. Também pode servir como instrumento para colheita de mais informações ou provas (depoimentos, opiniões de especialistas, documentos, etc) sobre determinados fatos. Nesse evento, também podem ser apresentadas propostas e críticas. (João Batista Martins César, A audiência pública como instrumento de efetivação dos direitos sociais, pág. 361, <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/3124/1933>).

⁵ PSTU e PRTB questionam divisão do tempo de propaganda eleitoral. Disponível em: <www.conjur.com.br>.

Eleitoral utiliza sistema para cálculo do horário eleitoral, que, por sua vez, é alimentado pelas informações prestadas pela Presidência da Câmara dos Deputados, visto que dois terços do tempo de propaganda são proporcionais ao número de representantes do Poder Legislativo Federal. Na sessão administrativa do dia 5 de agosto de 2014, o Plenário do TSE aprovou resolução sobre o uso do horário eleitoral, já com a representatividade das agremiações devidamente revistas.

4.1. Criação de novos partidos e a representação na Câmara dos Deputados Federais

Como dito anteriormente, o tempo reservado à propaganda de cada eleição entre os partidos e as coligações é distribuído da seguinte forma: um terço igualmente e dois terços proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, sendo considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todas as siglas que a integram.

Com efeito, a representação de cada partido político na Câmara é a resultante da eleição, ressalvada a hipótese de criação de nova legenda, quando prevalecerá a representatividade política conferida aos parlamentares que migraram diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para o novo partido político, no momento de sua criação (art. 36, § 1º da Resolução TSE nº 23.404/2014).

Temos no nosso cenário político 32 agremiações político-partidárias, sendo as três últimas com estatuto aprovado junto ao Tribunal Superior Eleitoral entre 2012 e 2013, a saber: Partido Ecológico Nacional – PEN, criado em 19 de junho de 2012; Partido Republicano da Ordem Social – PROS, criado em 24 de setembro de 2013, e Solidariedade – SD, criado também em 24 de setembro de 2013.

Advém do mandamento legal e dos fatos alguns questionamentos, dois quais destacamos duas indagações: 1) o deputado federal que migrar para nova legenda no período de trinta dias⁶ de sua criação leva consigo o direito de antena correspondente? 2) uma segunda migração a novo partido também gerará migração do tempo de televisão?

Pois bem, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.330/DF, o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que o deputado que migra para um novo partido no momento de sua criação carrega o tempo de propaganda destinado a sua sigla original. Eis trecho relevante do julgado:

Extrai-se do princípio da liberdade de criação e transformação de partidos políticos contido no caput do art. 17 da Constituição da República o fundamento constitucional para reputar como legítimo o entendimento de que, na hipótese de criação de um novo partido, a novel legenda, para fins de acesso proporcional ao rádio e à televisão, leva consigo a representatividade dos deputados federais que, quando de sua criação, para ela migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos. Não há razão para se conferir às hipóteses de criação de nova legenda tratamento diverso daquele conferido

⁶ Consulta TSE nº 755-35, Classe 10, relatora Ministra Nancy Andriahi.

aos casos de fusão e incorporação de partidos (art. 47, § 4º, Lei das Eleições), já que todas essas hipóteses detêm o mesmo patamar constitucional (art. 17, caput, CF/88), cabendo à lei, e também ao seu intérprete, preservar o sistema. Se se entende que a criação de partido político autoriza a migração dos parlamentares para a novel legenda, sem que se possa falar em infidelidade partidária ou em perda de mandato parlamentar, essa mudança resulta, de igual forma, na alteração da representação política de legenda originária. Note-se que a Lei das Eleições, ao adotar o marco da última eleição para deputados federais para fins de verificação da representação do partido (art 47, § 3º, da Lei nº 9.504/97), não considerou a hipótese de criação de nova legenda. Nesse caso, o que deve prevalecer não é o desempenho do partido nas eleições (critério inaplicável aos novos partidos), mas, sim, a representatividade política conferida aos parlamentares que deixaram seus partidos de origem para se filiarem ao novo partido político, recém-criado. Essa interpretação prestigia, por um lado, a liberdade constitucional de criação de partidos políticos (art. 17, caput, CF/88) e, por outro, a representatividade do partido que já nasce com representantes parlamentares, tudo em consonância com o sistema de representação proporcional brasileiro.

Adveio do aresto o entendimento de que a migração para uma nova legenda provoca a migração da representatividade. Entretanto, não se pode olvidar que a migração para uma legenda já existente não provoca a mesma consequência. Portanto, a primeira listagem fornecida pela Câmara dos Deputados à Justiça Eleitoral não obedeceu à regra supracitada. Retificados os dados relativos à representatividade dos partidos na Câmara, na sessão plenária do dia 5 de agosto de 2014, o Plenário do TSE aprovou resolução sobre o uso do horário gratuito de propaganda eleitoral no rádio e na televisão para os candidatos a presidente da República, sanando as dúvidas suscitadas na audiência pública.

No tocante à segunda indagação, para visualização de suas minúcias e particularidades, pertinente ilustrá-la com caso hipotético. Imagine um deputado federal eleito pelo PMDB no pleito de 2010. Em 2012, concordando com a filosofia do recém-criado Partido Ecológico Nacional – PEN (19/06/2012), filia-se à nova agremiação. Logo, nos moldes do aresto do Supremo Tribunal Federal, levará consigo a representatividade do PMDB para o PEN. Entretanto, imagine que o mesmo deputado em 2013 migre do Partido Ecológico Nacional - PEN para o recém-criado Solidariedade – SD, cuja criação se deu em 27/09/2013. Levará novamente a representatividade? Em relação a esta indagação ainda não há um posicionamento oficial desta Justiça Especializada. Partindo da premissa que a criação de um novo partido constitui atividade lícita e que a Lei nº 22.610/2007 possibilita a migração quando da criação de nova legenda, é de se entender razoável dar tratamento semelhante à hipótese análoga⁷.

⁷ APROVADA resolução sobre horário gratuito de candidatos a presidente da República Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2014/Agosto/aprovada-resolucao-sobre-horario-gratuito-de-candidatos-a-presidente-da-republica>>.

4.2. Dissidência partidária e seus reflexos no horário eleitoral gratuito

Às vezes pode acontecer de o diretório nacional do partido político destituir, por algum motivo, o diretório regional e nomear uma comissão provisória em seu lugar. Nesse caso, o diretório destituído pleiteia na Justiça o direito de participar das eleições argumentando que a destituição foi indevida e, muitas vezes, acaba conseguindo uma liminar. Com isso, ambos solicitam o registro para participar das eleições. Entretanto, indaga-se se o tempo do partido poderá ser dividido para dois candidatos ao mesmo cargo.

Com efeito, a norma do art. 16-A da Lei nº 9.504/97 disciplina que:

O candidato cujo registro esteja sub judice poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior.

Assim, a leitura superficial da legislação induz o intérprete a acreditar que ambos os candidatos ao mesmo cargo, por exemplo, ao cargo majoritário de governador, teriam direito a exibir suas propagandas no horário eleitoral.

Entretanto, essa solução não se mostra razoável. Veja bem, o mesmo partido/coligação não poderá ser contemplado mais de uma vez na divisão do horário eleitoral, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia. Demais, a divisão do tempo a dois candidatos concorrentes ao cargo de governador pela mesma agremiação, sem dúvida alguma, geraria insegurança jurídica e confundiria todo o eleitorado.

Nesse proceder, o art. 16-A da Lei nº 9.504/97 deve ser interpretado de forma restritiva, ou seja, caberá ao Juiz Eleitoral definir, de imediato, qual dos candidatos com o mesmo número participará do horário eleitoral (analogia ao art. 32 da Resolução TSE nº 23.405/2014, Resolução TSE nº 23.235/2010 e Acórdão TRE-PR nº 44.145/2012).

Tal questão mostra-se complicada, pois envolve tanto decisões da Justiça Eleitoral quanto da Justiça Comum, mas o Juiz Eleitoral deve decidir, inclusive, analisando eventuais liminares deferidas pela Justiça Comum, antes de fazer a distribuição do Horário Eleitoral.

5. Reunião do plano de mídia no Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo – principais fatos e procedimentos; resistência ao uso de novas tecnologias

Agendada a reunião do plano de mídia em meados de junho de 2014, sobreveio o envio de convites aos partidos, coligações e emissoras de rádio e televisão para participarem do evento. Em suma, o convite definiu a data do evento (21/07/2014) e esclareceu que seria realizado sorteio da ordem de veiculação das propagandas para o primeiro dia do horário gratuito e definido o tipo de mídia a ser utilizado pelos partidos e coligações para a confecção das propagandas.

Não obstante todo o avanço tecnológico que se encontra à disposição da grande maioria da população o uso de e-mail, *Skype*, *Facebook Messenger*, *Line*, *WhatsApp*,

verificou-se, já no momento da convocação para participação da reunião do plano de mídia, resistência de uma das maiores empresas de televisão do país que não aceitava o envio de convite por e-mail, exigindo o envio do documento por fac-símile, tecnologia obsoleta, o que se mostra incongruente, dado o porte da empresa, e retrógrado, sobretudo em razão da modernidade dos serviços de telecomunicações.

Superados os entraves iniciais, no dia 21 de julho de 2014, realizou-se no Plenário deste Tribunal a reunião do plano de mídia.

Assim, passa-se à exposição dos principais pontos abordados no evento, em especial, das divergências surgidas em relação ao uso de novas tecnologias.

Foi realizado sorteio para a ordem de veiculação da propaganda eleitoral gratuita em bloco para o primeiro dia, para o rádio e televisão, iniciando-se pelo cargo de deputado estadual. Após a realização do sorteio, um representante do Partido Comunista Brasileiro – PCB ressaltou que sua agremiação não constou do rol de sorteados. Entretanto, verificou-se que o citado partido não havia registrado nenhuma candidatura para o cargo de deputado estadual, o que explica a ausência da agremiação naquela fase do sorteio.

Sobreveio sorteio para a ordem de veiculação dos demais cargos (deputado estadual, deputado federal, governador e senador).

Oportunamente, esclareceu-se que o sistema de Horário Eleitoral realiza um rodízio da ordem de veiculação, ou seja, a cada dia a propaganda veiculada por último, na véspera, será a primeira, apresentando-se as demais na ordem do sorteio (art. 50 da Lei nº 9.504/97 e art. 34 da Resolução TSE nº 23.404/2014). Ainda, que as sobras do dia, para cada período, decorrentes da distribuição do horário eleitoral gratuito em bloco, serão conferidas ao partido ou coligação que veiculará sua propaganda por último a cada dia, nos termos do art. 36, § 5º, da Resolução TSE nº 23.404/2014, critério inserido no programa informatizado do Tribunal Superior Eleitoral.

Em seguida, foi realizado sorteio para definição da ordem dos cargos para a veiculação da propaganda em inserções, repetindo-se a regra do rodízio de cargos.

Esclareceu-se que a distribuição do horário eleitoral gratuito mediante inserções é feito à base de 30 segundos, respeitando-se o tempo de 6 minutos para cada um dos quatro cargos, o que totalizará 24 minutos diários, ressaltando-se que o cargo presidencial é excluído, por incumbir ao colendo Tribunal Superior Eleitoral a sua distribuição. As inserções no rádio e na televisão serão calculadas à base de 30 segundos e poderão ser divididas em módulos de 15 segundos, ou agrupadas em módulos de 60 segundos - desde que dentro de um mesmo bloco de audiência, a critério de cada partido político ou coligação; em qualquer caso é obrigatória a identificação do partido político ou da coligação.

Os partidos políticos ou coligações que optarem por dividir ou agrupar inserções dentro do mesmo período de exibição deverão comunicar esta intenção às emissoras com, no mínimo, 48 horas de antecedência, para que elas possam efetuar as alterações necessárias em sua grade de programação.

Se dois ou mais partidos ou coligações optarem pela divisão das inserções no mesmo período de exibição, as primeiras inserções de 15 segundos serão veiculadas de acordo com a sequência original prevista no plano de mídia, sendo as outras inserções de 15 segundos veiculadas após o término da sequência original, observada, entre elas, a mesma ordem da primeira veiculação.

Ato contínuo, estabeleceu-se um rodízio entre as emissoras de televisão e rádio para a geração dos programas em bloco, que foi dividida em sete períodos, tanto para rádio quanto televisão, cabendo à emissora responsável pela última geração eventuais direitos de resposta concedidos após o término do período da propaganda eleitoral.

No que diz respeito aos tipos de fitas a serem utilizadas, constatou-se que poucas emissoras possuem sistema compatível com o tipo *XDCAN* e que algumas, como a rede Globo de Televisão, utilizam tão-somente referido sistema. Assim, definiu-se, como regra geral, que as fitas para gravação dos programas eleitorais para a televisão será do tipo *Beta*, gravada em *sp*, sistema analógico no canal 1, *dolby off*, exceto quando a emissora não for compatível com este sistema, caso em que será utilizado o tipo *XDCAN*.

No que concerne à mídia utilizada para veiculação dos programas de rádio, houve grande discussão entre os representantes dos partidos e das emissoras sobre o uso de compact-disc ou do correio eletrônico.

Em reuniões anteriores, em especial, nos anos de 2006 e 2010, prevaleceu o uso do compact-disc, um dos mais populares meios de armazenamento de dados digitais.

Entretanto, na reunião de 2014, parte dos representantes dos partidos sustentou que o uso de CD é muito oneroso às agremiações partidárias, já que, além dos custos com confecção da mídia e sua gravação, exige-se a contratação de funcionários para entregar o material em vários pontos da unidade federativa, somados aos gastos de transporte e alimentação, entre outros.

A título de exemplo, no banco de dados desta Justiça Especializada (Proc. 149-81.2011.6.26.0000), consta informação de que o Partido dos Trabalhadores-PT, na prestação de contas ordinária de 2010, gastou com fretes e transportes o importe de R\$ 244.887,40 (duzentos e quarenta e quatro mil, oitocentos e oitenta e sete reais e quarenta centavos). Assim, a adoção da entrega do material de propaganda eleitoral por meio de correio eletrônico, sem dúvida alguma, reduziria drasticamente os gastos com *office boys*, fretes e transportes, o que se extrai da prestação de contas mencionada.

Buscando utilizar novos recursos no horário eleitoral, foi proposto o uso do MP3/MP4 e seu envio por e-mail. Não obstante os argumentos expostos, muitos representantes de emissoras de rádio, principalmente do interior, ressaltaram dificuldades no uso do correio eletrônico, invocando instabilidade da internet. Pontuaram, ainda, que a ausência de assinatura digital fragiliza a segurança exigida para a transmissão de qualquer propaganda. Assim, concluíram que era necessário manter o uso do compact-disc.

Nesse proceder, em que pese o CD ser um meio de mídia já em desuso, ficou acordado na reunião do plano de mídia a coexistência de ambas as mídias, isto é, facultou-se a utilização do MP3 e seu envio por e-mail, desde que haja concordância da emissora, assumindo os partidos a responsabilidade pela qualidade do material e eventuais problemas na transmissão dos dados.

Uma sugestão para sanar as discussões seria a criação de banco de dados administrado pela Justiça Eleitoral, cabendo aos partidos, coligações e às emissoras de rádio e televisão a manutenção e atualização dos dados, o que viabilizaria o uso exclusivo do correio eletrônico, salvo em poucas localidades com falhas na internet, hipóteses excepcionais em que seria mantido o uso do CD. Na mesma linha, a fim de garantir a autenticidade da propaganda enviada, poderia ser adotada a certificação digital. Medidas simples como estas possibilitariam a prestação do serviço de modo mais organizado e seguro, reduzindo-se os custos.

Um ponto curioso da reunião, inclusive registrado em Ata, foi a recusa de grandes emissoras de rádio, entre elas CBN, USP, Record, Imprensa, Núcleo Bandeirantes de Rádio, Gazeta, Globo, Morada do Sol e Transamérica, que relutaram em receber o material de propaganda por e-mail. Veja, novamente se perpetrou a resistência ao progresso tecnológico e de pequeno porte. Os argumentos defendidos pelas emissoras de rádio do interior até que são sustentáveis, pois é natural que os novos sistemas e tecnologias tardem a chegar à cidades menores, sobretudo quanto ao acesso de internet banda larga. No entanto, os grupos de mídia situados nas grandes capitais, em especial, na cidade de São Paulo, metrópole de destaque mundial, não poderiam usar justificativa semelhante para recusar o uso do correio eletrônico.

No que se refere à propaganda em bloco, cujo material será entregue sempre pessoalmente, não se admitindo o envio por e-mail, acordou-se que eventuais problemas com as fitas seriam solucionados da seguinte forma: o responsável designado pelo partido ou coligação para a entrega da fita deverá aguardar a verificação do teste de exibição, porém as fitas que forem entregues depois das 20 horas e antes das 8 horas não serão verificadas na presença do entregador; caso a gravação extrapole o tempo fixado pela Justiça Eleitoral, a emissora fica autorizada a cortar a programação excedente; no sentido contrário, finda a gravação antes do tempo, a emissora o completará com a colocação da seguinte tarja – *“Horário reservado para a propaganda eleitoral gratuita”*; caso não haja entrega da fita, fica a emissora autorizada a veicular a gravação anterior, sem necessidade de consulta ao partido ou coligação; as gravações que apresentarem defeitos ou problemas na qualidade de áudio e vídeo serão normalmente exibidas.

As emissoras foram alertadas de que as gravações deverão ser conservadas pelos prazos constantes do art. 41, § 1º, da Resolução TSE nº 23.404/2014, ou seja, 20 dias depois de transmitidas pelas emissoras de até um quilowatt e pelo prazo de 30 dias pelas demais (Lei nº 4.117/62, art. 71, § 3º, com alterações do Decreto-Lei nº 236, de 28.2.67). Nos períodos respectivos, as gravações ficarão no arquivo da emissora à disposição da autoridade eleitoral competente, para servir como prova dos abusos ou dos crimes porventura cometidos (art. 41, § 7º, da Resolução TSE nº 23.404/2014).

Ficou esclarecido que as emissoras que tenham geradoras em outros estados não poderão retransmitir propagandas eleitorais de candidatos inscritos em outras Unidades da Federação, mesmo para os cargos de Senador e Deputado Federal, devendo, nessa situação, exibir a tarja – *“Horário reservado para a propaganda eleitoral gratuita”*. As mídias da propaganda em rede devem ser entregues na geradora designada, conter clquetes das respectivas propagandas e estar acompanhadas do mapa de mídia.

Em caso de substituição do plano de mídia, este poderá ser encaminhado via fac-símile às emissoras, nos mesmos horários estabelecidos na Resolução TSE 23.404/2014.

Ressaltou-se que, para as inserções, cada concorrente entregará o material diretamente nas emissoras, com exceção para a entrega das gravações às emissoras associadas, onde se acordou, por maioria dos partidos políticos e coligações, emissoras de rádio e televisão, que as propagandas serão entregues em mídia única na sede estadual da geradora (cabeça de rede) e serão reproduzidas por suas associadas, afiliadas e parceiras, vedada a quebra de praça. Assim, ficam as afiliadas, associadas e parceiras desobrigadas de receber material de propaganda em suas sedes.

As fitas deverão ser entregues pelos responsáveis indicados pelos partidos e coligações, nos locais e aos responsáveis indicados pelas emissoras, conforme relações a

serem disponibilizadas no site do Tribunal Regional Eleitoral. Estabeleceu-se, ainda, que os partidos e coligações identificariam os mapas de mídia com: 1) nome do partido ou coligação; 2) título ou número do filme a ser veiculado; 3) duração do filme; 4) dias e faixas de veiculação; 5) nome e assinatura da pessoa credenciada pelo partido ou coligação, e as claquetes deverão conter os quatro primeiros itens dos mapas de mídia. Por fim, acordou-se que, no caso de divergência entre o mapa e a claquete, prevalecerá o que constar da última.

Ressaltou-se que as emissoras deverão evitar ao máximo a transmissão de inserções em sequência, ou seja, coladas umas às outras, o que poderia descaracterizar a natureza da inserção.

No tocante às inserções, como prescreve a legislação, é vedada a utilização de gravações externas, montagens ou trucagens, computação gráfica, desenhos animados e efeitos especiais, bem como a veiculação de mensagens que possam degradar ou ridicularizar candidato, partido ou coligação. Em que pese a regra supracitada, no procedimento do Horário Eleitoral a cargo desta Corregedoria Regional Eleitoral, os partidos e coligações peticionaram em conjunto, em formato de termo de ajuste, e pugnaram pela flexibilização da legislação eleitoral, para que as propagandas eleitorais sejam produzidas com o uso moderado de recursos de computação gráfica e, além disso, seja permitida a gravação da propaganda fora de estúdio, desde que em locais fechados. O pedido mostrou-se plausível, sobretudo por que o próprio legislador tornou obrigatória a utilização da linguagem brasileira de sinais ou de legendas, o que somente é possível com o uso de recursos de computação gráfica. Ademais, a montagem de cenários para a produção da propaganda torna a campanha dispendiosa.

Por fim, com a finalidade de poupar nova vinda dos representantes das emissoras ao Tribunal, realizou-se o sorteio para definir quais as emissoras de rádio e televisão fariam a geração das propagandas caso haja segundo turno das eleições.

6. Conclusão

A reunião do plano de mídia é evento essencial à plena realização das Eleições e concretização da democracia, pois nesta fase do processo eleitoral são chamados os representantes dos partidos, coligações, emissoras e associações e são esclarecidas as principais regras relacionadas ao horário eleitoral, bem como aspectos práticos sobre o plano de mídia, tais como: tipo de mídia, modo de entrega dos materiais, entre outros, sempre visando à perfeita sintonia entre o candidato, o veículo de comunicação e o cidadão, sem dúvida, o principal destinatário dos serviços eleitorais.

O uso da tecnologia e as novas mídias já se mostrou eficaz nesta Justiça Especializada. Nunca é demais lembrar os benefícios proporcionados pelo uso da urna eletrônica. A apuração é realizada em horas, com rapidez e segurança. Aliás, o modo como ocorre a eleição é sinônimo de excelência no mundo, sendo exemplo de transparência e eficácia do processo democrático.

Nessa linha, impõe-se ainda mais o uso da tecnologia nos vários serviços prestados pela Justiça Eleitoral, entre eles, sem dúvida, aqueles relacionados ao horário eleitoral, sendo o principal exemplo o envio do material do horário por correio eletrônico, derrubando preconceitos e exigindo uma visão mais abrangente e profissional do serviço prestado.

Não é sem razão dizer, também, a necessidade do esforço concentrado de todos os atores do processo eleitoral, para, assim, propiciar o barateamento das campanhas e maior transparência nos gastos realizados com a propaganda eleitoral.

Referências bibliográficas

APROVADA resolução sobre horário gratuito de candidatos a presidente da República Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2014/Agosto/aprovada-resolucao-sobre-horario-gratuito-de-candidatos-a-presidente-da-republica>>.

CÂNDIDO, Joel J. *Direito eleitoral brasileiro*. 14. ed. Bauru: Edipro, 2009. p. 548-549.

CONSULTA TSE nº 755-35, Classe 10, relatora Ministra Nancy Andrighi.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 363.

LEI que altera distribuição de tempo de propaganda não vale para Eleições 2014. Disponível em: <www.tse.jus.br/noticias-tse/2014>.

LENZA, Pedro. *Direito eleitoral esquematizado*. 3. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2013. p. 477-479.

PEREIRA, Luiz Márcio. *Propaganda Política*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 257-258.

PSTU e PRTB questionam divisão do tempo de propaganda eleitoral. Disponível em: <www.conjur.com.br>.

RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 445-486.

Condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade

Ricardo Cunha Chimenti¹

Juiz substituto em segundo grau do TJSP

1. A autoridade e o cidadão

A natureza humana nos impõe, desde o nascimento, a dependência da autoridade, aqui entendida a pessoa à qual as normas naturais, sociais jurídicas atribuíram o poder de nos impor determinada conduta. Inicialmente, estamos sob a autoridade daquele que contribui em nosso parto, sob a autoridade dos pais e sob a autoridade dos professores ou responsáveis que garantem nossos primeiros anos de sobrevivência.

Fato é que aprendemos a confiar naqueles que detêm autoridade sobre nós, já que graças a essa subjetiva relação superamos as primeiras dificuldades de nossa existência e adquirimos boa parte dos nossos primeiros conhecimentos.

Por outro lado, é inegável que no curso da vida conquistamos nossos espaços e passamos a definir nossos destinos, conforme bem explicam, entre outros, a teoria mecanicista de sociedade e os estudos constitucionais que nos atribuem a titularidade do poder e explicam as técnicas de liberdades.

Nos termos do parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. E dentro de um País de grande dimensão territorial e população superior a 200 milhões de habitantes, é natural que prevaleçam os instrumentos da democracia representativa, por meio da qual confiamos a diversas autoridades preciosos valores, como a guarda de nossas liberdades e dos bens necessários à nossa subsistência.

Assim, de fato, titularizamos um poder que poucas vezes exercemos diretamente, enquanto as autoridades exercem poderes que não titularizam.

A democracia, pressuposto elementar do Direito Eleitoral, tem por base não só o voto do povo, mas também a liberdade de consciência, de culto, de religião e de trabalho.

O conceito de Kelsen, pelo qual a democracia é uma *técnica de liberdades*, é o que melhor traduz a democracia, pois um povo sem liberdade de informação e de manifestação, ainda que vote, jamais terá um governo verdadeiramente voltado para o bem-estar da maioria.

Conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello²: “A democracia exige, para seu funcionamento, um *minimum* de cultura política, que é precisamente o que falta nos

¹ O autor é professor da Escola Paulista da Magistratura, da Universidade Mackenzie e do Complexo Educacional Damásio de Jesus. Foi Juiz Eleitoral da 139ª Zona Eleitoral. Também atuou como Juiz Auxiliar da Corregedoria Nacional de Justiça, da Presidência do Superior Tribunal de Justiça, da Direção da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) e da Corregedoria Geral de Justiça do TJSP. É autor de obras jurídicas, entre elas “Direito Eleitoral”, Coleção Sinopses Jurídicas, Editora Saraiva.

² *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 15, p. 100.

países apenas formalmente democráticos”. Bem leciona o mestre que, sem a consciência de cidadania (existente nos países substancialmente democráticos), o povo “é presa fácil das articulações, mobilizações e aliciamento da opinião pública, quando necessária sua adesão ou pronunciamento, graças ao controle que os setores dominantes detêm sobre a mídia, que não é senão um dos seus braços”.

É certo que a *regra da maioria* “é o instrumento técnico capaz de obter o grau máximo da liberdade”, conforme afirma Celso Fernandes Campilongo³. Há sempre que se observar, porém, se o objetivo da maioria não foi manipulado por uma minoria detentora de técnicas de *marketing* e de amplos meios de comunicação direta (veículo de imprensa) e indireta (pelo aparelhamento dos serviços governamentais que atingem milhões de cidadãos).

Carmen Lúcia Antunes Rocha⁴ relembra que:

A participação política é direito fundamental, ostentada na Declaração dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas, de 1948, em cujo art. 21 se tem:

1.º Todo homem tem direito de tomar parte no governo do seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.

2.º Todo homem tem igual direito de acesso ao serviço público de seu país.

3.º 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 equivalente que assegure a liberdade do povo.

Direito Eleitoral é o ramo do Direito Público que visa regular o exercício da soberania popular. A democracia, portanto, é antecedente lógico do Direito Eleitoral.

2. As elegibilidades e as inelegibilidades como forma de proteção da sociedade

Infelizmente, sabemos que ainda não alcançamos o mínimo da cultura política referida acima por Celso Antônio Bandeira de Mello e, conseqüentemente, expressiva parcela dos cidadãos brasileiros são presas fáceis de manipulações e coações, algumas explícitas (como as propagandas eleitorais enganosas) e outras implícitas (como a disseminação do medo da perda de benefícios sociais de grande relevância caso um opositor vença as eleições).

A sociedade, contudo, possui líderes que não estão integrados à superada estrutura partidária que vigora no País, líderes que são conscientes desse ônus natural denominado liderança⁵ e que procuram, dentro do sistema constitucional vigente, construir medidas capazes de dificultar o acesso de pessoas socialmente nocivas à condição de autoridades.

³ *Direito e democracia*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

⁴ *República e federação no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 117.

⁵ Há interessante pesquisa do professor Luiz Marins sobre a liderança, fundada nas formações de voo dos gansos canadenses, no site Anthropol Consulting. Na história religiosa há interessante passagem bíblica sobre o ônus da liderança em Mateus 20,20-28.

Graças a tais lideranças informais, foram elaboradas e aprovadas duas importantes leis de iniciativa popular em matéria eleitoral. Uma, que permite a cassação do registro ou do diploma daquele que se elege por meio da compra direta ou indireta de votos (Lei 9.840/1999, de iniciativa popular e que instituiu o art. 41-A da Lei n. 9.504/1997, pertinente à captação irregular de sufrágio). E outra, que torna efetivamente inelegível quem praticou graves condutas antissociais, batizada Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010), lei de iniciativa popular que deu nova redação e novo alcance à denominada Lei das Inelegibilidades (LC 64/1990).

Em um momento em que a participação popular é estimulada, de forma natural ou artificial, pela doutrina conhecida como Novo Constitucionalismo Latino-Americano (de grande influência nos plebiscitos realizados na Venezuela, Bolívia e Equador), que no Brasil são retomadas as grandes manifestações de rua (junho de 2013, 15 de março de 2015, 13/03/2016 etc.), e que em parcela do mundo árabe se assiste a violentas manifestações com suposta origem religiosa, impossível deixarmos de destacar que no Antigo Testamento havia o Livro I Macabeus, de cujo Capítulo 3,43 se extrai um convite para que líderes transformem a fé em ação política e revolucionária contra a prepotência dos poderosos, nos seguintes termos: “disseram uns aos outros: Levantemos nossa pátria de seu abatimento e lutemos por nosso povo e por nossa religião”.

De volta ao direito positivo de nosso País (laico, porém teísta), na esfera constitucional as condições de elegibilidade expostas no § 3º do art. 14 da CF/1988 são as seguintes:

- 1º) a nacionalidade brasileira;
- 2º) o pleno exercício dos direitos políticos;
- 3º) o alistamento eleitoral;
- 4º) o domicílio eleitoral na circunscrição;
- 5º) a filiação partidária e

6º) a idade mínima de 35 anos para Presidente da República, Vice-Presidente da República e senador; a idade mínima de 30 anos para governador e vice-governador de Estado e do Distrito Federal; a idade mínima de 21 anos para deputado (federal, distrital ou estadual), prefeito, vice-prefeito e juiz de paz; e a idade mínima de 18 anos para vereador.

Quanto à *primeira condição* de elegibilidade (nacionalidade brasileira), observo que somente a Constituição Federal pode estabelecer hipóteses de nacionalidade originária, a nacionalidade dos natos. No Brasil de hoje, a nacionalidade originária (primária, involuntária) normalmente é fixada pelo critério do *jus soli*, mas conforme veremos abaixo são admitidas exceções que a conferem pelo critério do *jus sanguinis*.

A nacionalidade originária também é chamada primária ou involuntária, porque normalmente é atribuída em razão da condição de uma pessoa quando ela nasce (brasileiros natos).

A nacionalidade originária costuma ser atribuída às pessoas com base em dois critérios, de acordo com a legislação soberana de cada país. O primeiro funda-se no princípio de que será nacional todo aquele que for filho de nacionais (*jus sanguinis*). O segundo determina serem nacionais todos aqueles nascidos em seu território (*jus soli* ou *jus loci*).

Os países não costumam adotar, com exclusividade, qualquer dos sistemas, fato que permite a uma pessoa ser polipátrida (ter mais de uma nacionalidade, a exemplo do filho de italiano que nasce no Brasil) ou apátrida (não ter qualquer nacionalidade).

São brasileiros natos aqueles que nascem na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu próprio país. A exclusão não se aplica na hipótese de os pais estarem a serviço particular ou a serviço de terceiro país.

Quando um dos pais estiver no Brasil a serviço do seu governo e o outro for brasileiro, o filho aqui nascido poderá optar pela nacionalidade originária brasileira, conforme explicita o art. 2º da Lei n. 818/1949.

Também são brasileiros natos os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro (nato ou naturalizado) ou mãe brasileira (nata ou naturalizada), desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil. Por exceção, nessa hipótese adota-se o critério do *jus sanguinis*, combinado com o requisito de que ao menos um dos pais esteja no país do nascimento da criança a serviço da República Federativa do Brasil.

A formalização pode se dar mediante o registro do menor em repartição consular do Brasil, mas este ato não é obrigatório.

Por fim, são considerados brasileiros natos os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira. Com a ECR n. 3, de 7.6.1994, não mais se exige residência no Brasil antes da maioridade ou o registro em repartição diplomática brasileira no exterior.

A aquisição da nacionalidade provisória ocorre com a simples residência no Brasil, confirmando-se após a manifestação da opção perante a Justiça Federal (art. 109, X, da CF). Para a formalização dessa condição provisória, caso a pessoa venha a residir no Brasil durante a menoridade, seu genitor brasileiro deverá manifestar a opção.

Até que atinja a maioridade, o menor será considerado brasileiro nato. Atingida a maioridade, a condição de brasileiro nato fica suspensa até que seja formalizada a opção.

A naturalização, também conhecida como nacionalidade secundária ou adquirida, sempre depende de requerimento do interessado. Sua concessão é faculdade exclusiva do Poder Executivo Federal, inexistindo direito público subjetivo à naturalização ou inconstitucionalidade na regra que atribui exclusivamente ao Poder Executivo Federal a possibilidade de concedê-la ou não (observar a seguir entendimento diverso quanto à naturalização quinzenária). A entrega do certificado de naturalização pelo juiz competente constitui o momento da efetiva aquisição da nacionalidade brasileira.

A naturalização ordinária (art. 12, II “a”, 2ª parte da CF) é aquela que pode ser reconhecida (exige-se, relembro, o deferimento de pedido expresso) aos estrangeiros originários de países de língua portuguesa (não só aos portugueses, mas também a angolanos, timorenses, moçambicanos e outros) que tenham idoneidade moral e residência no Brasil por um ano ininterrupto. Não há mais a exigência da sanidade física exigida pelo art. 140 da CF/1967.

A naturalização extraordinária (quinzenária, art. 12, II “b”, da CF) é reconhecida aos estrangeiros de qualquer nacionalidade ou mesmo aos apátridas residentes na República Federativa do Brasil há mais de 15 anos ininterruptos e sem condenação penal.

Antes da ECR n. 3/1994, o prazo exigido era de 30 anos (denominava-se naturalização trintenária).

A lei somente pode estabelecer distinções entre brasileiros natos e naturalizados quando a diferenciação for autorizada pela Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988 explicita as seguintes distinções:

- o inc. I do art. 5º não permite a extradição do brasileiro nato, mas nas hipóteses em que estabelece, autoriza a do naturalizado;
- o brasileiro naturalizado pode perder a nacionalidade se praticar atividades nocivas aos interesses nacionais. O nato, não (inc. I do § 4º do art. 12 da CF);
- o § 3º do art. 12 e o inc. VII do art. 89 da CF explicitam cargos e funções que só podem ser ocupados por brasileiros natos;
- o art. 222 da CF prevê que a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País. O § 1º do artigo, na redação da EC n. 36/2002, autoriza participação de estrangeiros em até 30% do capital total e do capital votante dessas empresas, mas caberá aos brasileiros (natos ou naturalizados há mais de dez anos) a gestão das atividades e a escolha da programação.

Dos cargos eletivos por votação direta, **são privativos de brasileiros natos os de Presidente e Vice-Presidente da República.**

Relembro que existem outros cargos privativos de brasileiro nato (Presidente da Câmara dos Deputados; Presidente do Senado Federal; Ministro do STF; a carreira diplomática, oficial das Forças Armadas e o cargo de Ministro da Defesa), mas tais cargos não são providos por meio de eleição popular. É também privativa de brasileiro nato a função de membro do Conselho da República, na forma do art. 89, VII, da CF.

Para ser Senador, Deputado Federal ou Estadual, Vereador, Governador, Prefeito ou juiz de paz (há previsão de sua eleição no art. 98 da CF, com mandato de quatro anos), exige-se apenas a condição de brasileiro (nato ou naturalizado).

Quanto à **segunda condição** de elegibilidade (pleno exercício dos direitos políticos), há que se observar se o interessado não está submetido a alguma das hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos, que são denominadas “Direitos Políticos Negativos” e que estão explicitadas no artigo 15 da Constituição Federal.

A **terceira condição** de elegibilidade é o alistamento eleitoral, já que somente pode ser eleito quem ao menos pode votar (embora nem todos que podem votar sejam elegíveis).

O alistamento eleitoral e o voto são obrigatórios para os brasileiros maiores de 18 anos, e facultativos para os analfabetos, para os que têm entre 16 e 18 anos (até a data da votação) e para os que têm mais de 70.

No que pertine aos inalistáveis (os que não detêm capacidade eleitoral ativa), inicialmente há que se observar que a Constituição Federal de 1988 adota o sistema de sufrágio universal, o qual outorga o direito de se alistar e votar à grande maioria daqueles que detêm a capacidade civil e preenchem os requisitos básicos previstos na Constituição, sem limitações decorrentes do grau de instrução, do poder econômico, do sexo ou da convicção religiosa.

São inalistáveis os menores de 16 anos (até a data da eleição), os estrangeiros, os conscritos (aqueles que, regularmente convocados, prestam o serviço militar obrigatório ou serviço alternativo) e os privados definitiva ou temporariamente dos seus direitos políticos.

A Constituição do Império (1824) adotou o sufrágio censitário, estabeleceu um primeiro limite mínimo de renda líquida anual (cem mil réis) para votar nas eleições das assembleias paroquiais, e impôs um segundo limite mínimo de renda líquida anual (duzentos mil réis) ainda maior para que o interessado pudesse votar para deputados, senadores e membros dos conselhos de província (arts. 92 e 94).

As Constituições de 1891 (art. 70), 1934 (art. 107) e de 1937 (art. 117) vedaram o alistamento eleitoral dos mendigos.

Já as Constituições de 1891 (art. 70), de 1934 (art. 107), de 1937 (art. 117), de 1946 (art. 132) e de 1967 (art. 142) vedaram o alistamento eleitoral dos analfabetos, proibição que subsistiu desde o início da forma republicana de governo até a Emenda Constitucional n. 25, de 1985.

As mulheres adquiriram o direito de votar pelo Código Eleitoral de 1932, regra constitucionalizada em 1934 (art. 108, que obrigava o alistamento e o voto das mulheres que ocupassem funções públicas remuneradas). Somente em 1946, passou a vigorar o alistamento obrigatório também para mulheres, desde que alfabetizadas.

A CF/1988 adota o sufrágio universal e, sobretudo nas eleições para Presidente da República, segue o princípio da igualdade do valor do voto de cada cidadão (*one person, one vote*).

A **quarta condição** de elegibilidade (domicílio eleitoral) é que o interessado tenha domicílio eleitoral na circunscrição perante a qual pretende ser eleito.

O art. 9º da Lei n. 9.504/97 impõe que o candidato tenha domicílio eleitoral na circunscrição da eleição no mínimo um ano antes da votação. E de acordo com o art. 86 do CE, nas eleições presidenciais a circunscrição será o País; nas eleições federais e estaduais, o Estado; e, nas municipais, o respectivo município.

A **quinta condição** de elegibilidade é a filiação partidária.

O prazo de filiação partidária deferida pelo partido atualmente exigido é de pelo menos seis meses antes das eleições, nos termos do art. 18 da Lei Federal n. 9.096/95 e do art. 9º da Lei n. 9.504/97, na redação da Lei n. 13.165/2015. Para os magistrados, membros do Ministério Público que não fizeram a opção do art. 29, § 3º, do ADCT, e membros dos Tribunais de contas, os quais não podem manter qualquer participação político-partidária (inclusive filiação) durante o serviço ativo, exige-se a filiação partidária (que pressupõe a prévia aposentadoria ou a exoneração) no prazo de seis meses antes das eleições (art. 13 da Res. TSE n. 22.156/2006 e art. 1º, II, a, 14, da LC n. 64/90, elaborados quando o prazo geral de filiação era de um ano).

Quanto aos membros do Ministério Público, há que se observar, ainda, as mudanças impostas pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que passou a vedar, sem exceções, a participação político-partidária dos membros do Ministério Público (art. 128, § 5º, II, e, da CF).

Para os que ingressaram antes da Emenda Constitucional n. 45/2004 há que se admitir a participação político-partidária, desde que licenciados na forma delineada na Resolução n. 20.559 do TSE e nas ADIns 1.371/DF e 1.377/DF. Ao julgar o RO 1.070/2006,

o TSE reconheceu a **elegibilidade dos Membros do Ministério Público** que ingressaram na carreira **antes de 1988** e, a qualquer tempo, fizeram a **opção** prevista no art. 29, § 3º, do ADCT.

Não é proibida a filiação partidária aos defensores públicos, que podem exercer atividade político-partidária. Sujeitam-se os defensores públicos à regra geral de filiação, ou seja, até um ano antes do pleito no qual pretendam concorrer (Recurso Ordinário n. 1.248, acórdão TSE de 19-10-2006).

Em relação aos militares reformados, sem referência sequer ao prazo de seis meses de desincompatibilização, merece destaque a seguinte conclusão:

Consulta – Militar que passa à inatividade após o prazo limite de filiação partidária (art. 18 da Lei 9.096/95) – Elegibilidade. Se a passagem para a inatividade ocorrer depois do prazo de um ano para a filiação partidária, mas antes da escolha em convenção, deve o militar, ao se tornar inativo, no prazo de quarenta e oito horas, filiar-se a partido político (Res.-TSE n. 20.615).

O militar federal ou estadual, enquanto em **serviço ativo**, não pode estar filiado a partidos políticos (inciso V do § 3º do art. 142 e art. 42, § 1º, ambos da CF/88). Assim, para poder candidatar-se, deve ser agregado (suspender o exercício do serviço ativo) desde o registro da candidatura até a diplomação (Res.-TSE n. 19.978/97 e art. 82, XIV, da Lei n. 6.880/80). Portanto, não há que se exigir filiação partidária prévia, sendo suficiente o registro da candidatura (Ac.-TSE 11.314/90 e Res.-TSE n. 19.509/96).

De acordo com o § 8º do art. 14 da CF, o militar alistável (exclui o conscrito, ou seja, aquele que cumpre o serviço militar obrigatório) é elegível nos seguintes termos:

- a) se contar com **menos de dez anos de serviço militar**, deve afastar-se definitivamente da atividade, conforme decidiu o STF ao julgar o RE 279.469/RS (j. em 16-3-2011);
- b) se contar com **mais de dez anos de atividade**, o militar será temporariamente agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade, que será remunerada caso o militar preencha os requisitos para ser reformado (espécie de aposentadoria do militar). Caso não seja eleito, o militar que tinha mais de dez anos de serviço ao lançar sua candidatura voltará a exercer suas funções militares.

Nos termos da LC n. 64/90 e da Resolução n. 18.019/92 do TSE, sob pena de inelegibilidade, o servidor militar da ativa deve-se afastar (afastamento remunerado) no mínimo três meses antes do pleito, qualquer que seja a eleição.

A **sexta condição** de elegibilidade prevista no art. 14 da CF é a idade mínima (§ 2º do art. 11 da Lei n. 9.504/1997).

A idade mínima, condição de elegibilidade que é adquirida gradativamente, deve estar preenchida no dia da posse, salvo quando fixada em dezoito anos, hipótese em que será aferida na data-limite para o pedido de registro (§ 2º do art. 11 da Lei n. 9.504/97 na redação da Lei n. 13.165/2015). Não há idade máxima limitando o acesso aos cargos eletivos.

O § 10 do art. 11 da Lei n. 9.504/97, na redação da Lei n. 12.034/2009, traz que as condições de elegibilidade (à exceção da idade tratada no § 9º) e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade. A partir do REsp eleitoral n. 809.82, j. de 26/08/2014, o TSE alterou a sua jurisprudência e passou a considerar que as condições de elegibilidade (inclusive a quitação de eventual multa eleitoral) devem ser aferidas até o final da tramitação do pedido de registro pelas instâncias ordinárias. Observou-se, para tanto, que ao vislumbrar o descumprimento de alguma condição o juiz deve determinar a notificação do interessado a se manifestar (artigos 27, § 7º, I e art. 44, parágrafo único, ambos da Resolução TSE 23.405/2014).

Lei ordinária pode estabelecer condições de elegibilidade. As inelegibilidades, contudo, somente podem ser estabelecidas por norma constitucional ou por lei complementar editada na forma do art. 14, § 9º, da CF (cf. ADIn-MC 1.063).

3. As causas de inelegibilidade previstas na CF

De acordo com o § 4º do artigo 14 da CF/1988 são inelegíveis para qualquer cargo (inelegibilidade absoluta) os inalistáveis (ver no tópico anterior apontamentos sobre o alistamento eleitoral) e os analfabetos.

3.1 Os analfabetos

Infelizmente, ante o baixo padrão educacional do Brasil, considera-se analfabeto aquele que não consegue redigir uma pequena frase que lhe é ditada ou ler um pequeno artigo.

Ante a ausência de maior explicitação quanto à extensão do analfabetismo para fins de inelegibilidade, analfabetos funcionais têm sido considerados elegíveis. Analfabeto funcional é aquele que sabe transformar letras em sons e sons em palavras. Contudo, não é capaz de compreender o sentido de um texto escrito.

A ausência de comprovante de escolaridade junto ao pedido de registro da candidatura autoriza o juiz a aferir, por outros meios (que preservem a dignidade do examinado), a condição de alfabetizado (art. 28, § 5º, da Res.-TSE n. 21.608/2004, art. 29, § 2º, da Res.-TSE n. 22.717/2008 e art. 27, § 8º, da Resolução TSE n. 23.373/2011). Não se pode, contudo, presumir o analfabetismo apenas pelo fato de o candidato ter descumprido ordem judicial de se submeter à realização de teste de escolaridade, quando existirem outros elementos capazes de comprovar a alfabetização (Recurso Especial Eleitoral n. 96-71, Ituaçu/BA, rel. Min. Marco Aurélio, em 23-4-2013) necessária ao deferimento do registro de candidatura.

3.2 A inelegibilidade relativa dos parentes do chefe do Poder Executivo

A CF/1988 também traz hipóteses de inelegibilidade **relativa** (alcança apenas alguns cargos), que pode ser decorrente da idade (e é superada aos 18, 21, 30 ou 35 anos

cf. explicitamos no item 2) ou de relação de parentesco com o chefe do Poder Executivo (denominada inelegibilidade reflexa).

Quanto ao parentesco, o art. 14, § 7º, da CF estabelece que o cônjuge (incluindo-se no conceito aqueles que vivem em união estável, inclusive as homoafetivas) e os parentes, consanguíneos ou afins (afins são os parentes do cônjuge), até o 2º grau ou por adoção, do Presidente da República, de governador, de prefeito ou de quem os haja substituído nos seis meses anteriores ao pleito, não podem concorrer a qualquer cargo eletivo na circunscrição em que o chefe do Poder Executivo exerce seu mandato. Se o parente ou cônjuge já for titular de mandato eletivo pode concorrer à reeleição, ou seja, pode concorrer para o mesmo cargo que já ocupa.

Nos termos da Súmula Vinculante 18/2009 do STF, “a dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no § 7º do art. 14 da CF”.

Os parentes e o cônjuge, porém, são elegíveis para quaisquer cargos fora da jurisdição do respectivo titular do mandato e mesmo para cargo de jurisdição mais ampla, ainda que não haja desincompatibilização do chefe do Poder Executivo.

De acordo com a Resolução TSE n. 20.931, de 20-11-2001, que abranda o alcance da Súmula 6 do próprio TSE, o cônjuge e os parentes do chefe do Executivo são elegíveis para o mesmo cargo do titular, quando este for reelegível (não estiver exercendo o segundo mandato consecutivo) e tiver se afastado definitivamente até seis meses antes do pleito.

Também é possível a eleição de cônjuge ou parente até o segundo grau do chefe do Executivo para “cargo eletivo diverso”, no mesmo território, desde que haja a desincompatibilização definitiva do chefe do Executivo seis meses antes do pleito.

4. Inelegibilidades decorrentes da lei

Lei complementar pode estabelecer outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta (§ 4º do art. 9º da CF).

Lei ordinária pode estabelecer condições de elegibilidade. As inelegibilidades, contudo, somente podem ser estabelecidas por norma constitucional ou por lei complementar editada na forma do art. 14, § 9º, da CF (cf. ADIn-MC 1.063).

A principal norma ora vigente sobre o tema é a LC n. 64/90 (conhecida como Lei das Inelegibilidades), que foi alterada pela LC n. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa). As causas de inelegibilidade infraconstitucionais hoje estão previstas no seu art. 1º, nos seguintes termos:

O art. 1º, I, a, da LC n. 64/90 reitera disposição constitucional no sentido de que são absolutamente inelegíveis (inelegíveis para qualquer cargo) os *inalistáveis e os analfabetos*.

O art. 1º, I, b, da LC n. 64/90 estabelece que os *parlamentares* federais, estaduais ou municipais que hajam perdido seus mandatos por *falta de decoro (ética) ou por violação dos impedimentos previstos no art. 55 da CF* (ou congêneres da Constituição

do Estado ou da Lei Orgânica do Distrito Federal ou de um município), ficam inelegíveis para as eleições realizadas durante o período do mandato para o qual se elegeram e nos oito anos subsequentes ao término da legislatura (período de quatro anos que corresponde ao mandato de um deputado). Foi o caso dos então Deputados Federais José Dirceu e Roberto Jeferson, que no julgamento político do caso denominado “Mensalão”, sob a acusação de falta de decoro, tiveram, no ano de 2005, seus mandatos cassados pela Câmara dos Deputados.

O art. 1º, I, c, da LC n. 64/90 trata da inelegibilidade dos **chefes do Poder Executivo Estadual, Distrital e Municipal**. Dita o dispositivo que ficam inelegíveis o governador e o vice-governador de Estado e do Distrito Federal, e o prefeito e o vice-prefeito, que perderem seus cargos eletivos por **infringência a dispositivo da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município**, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente e nos oito anos subsequentes ao término do mandato para o qual tenham sido eleitos.

A perda do cargo eletivo fundada nessa alínea “c” em regra decorre de condenação pelos denominados crimes de responsabilidade, também identificados como infrações político-administrativas.

Referidas infrações são julgadas pelo **Poder Legislativo**, no caso de Prefeitos (artigos 4º a 6º do Decreto-Lei 201/1967), ou pelo **Tribunal Especial**, se Governador, conforme previsto na Lei n. 1.079/1950 e confirmado pelo STF em 12/02/2015, no julgamento das ADI 4.971, 4792 e 4800.

O **Presidente da República** condenado por **crime de responsabilidade** (art. 85 da CF/198 e Lei n. 1.079/1950) **pode sofrer duas penas**: a desinvestidura (cassação do mandato) e a inabilitação para o exercício de qualquer função pública (inclusive as eletivas) por oito anos a contar da condenação, nos termos do art. 52, parágrafo único, da CF/88.

O processo capaz de impor o impedimento do agente para a continuidade do mandato é o **impeachment**, próprio para as infrações político-administrativas. O sentido usual que é reservado para tal expressão é dúplice, e tanto pode significar o **processo próprio para a repressão das infrações político-administrativas** como também tem o sentido de **sanção aplicável em razão das infrações político-administrativas**.

Em razão do sistema instituído pela Lei nacional n. 1.079/1950, qualquer cidadão é parte legítima para apresentar a acusação perante a Câmara dos Deputados.

A Constituição Federal **exemplifica** crimes de responsabilidade do Presidente da República no seu art. 85, enquadrando na tipificação os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal, em especial contra a probidade na Administração, o livre exercício dos Poderes Legislativo, Judiciário e do Ministério Público, o cumprimento das leis e das decisões judiciais, o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais, a segurança interna do País, ainda que na forma tentada (v. LC n. 90/1997), e a Lei Orçamentária.

Pelo sistema imposto pelos arts. 51, I, 52, I, e 86, todos da CF, o processo de impedimento por crime de responsabilidade tem duas fases.

1ª fase (comparável à pronúncia nos crimes sujeitos a júri): a Câmara dos Deputados, pelo voto ostensivo e nominal de 2/3 dos seus membros, admite a acusação e autoriza a instauração do processo (a Câmara dos Deputados atua como um Tribunal de Pronúncia).

2ª fase tem início no momento em que o Senado Federal, pelo voto da maioria simples dos seus membros (cf. ADPF/STF 378, j. de 16/03/2016), admite a denúncia, instaura o processo pelo crime de responsabilidade e passa a atuar como um Tribunal de Julgamento.

Iniciada a segunda fase do processo por crime de responsabilidade (instauração pelo Senado), o Presidente da República ficará provisoriamente suspenso de suas funções. Caso em cento e oitenta dias o julgamento junto ao Senado não esteja concluído, cessa o afastamento do Presidente da República, sem prejuízo do seguimento do processo.

O julgamento por crime de responsabilidade junto ao Senado Federal será presidido pelo presidente do STF (que não vota), e a condenação depende de 2/3 dos votos (ostensivos e nominais) de todos os membros do Senado Federal. A decisão será explicitada mediante resolução do Senado.

Mesmo com a renúncia, o processo segue para que se julgue a inabilitação política, conforme precedente denominado “Caso Collor”.

Caso o ato ensejador do impeachment seja um fato típico penal, a condenação pelo crime de responsabilidade não afasta a possibilidade de condenação pelo crime comum, que reflexamente também impõe a perda do cargo (art. 15, III, da CF/1988).

Quando se pensa em **atentado contra a probidade na administração** há que se observar que o julgamento é político e que não se exige fundamentação para o voto parlamentar (que é aberto). Ainda assim é importante que se tenha em mente os parâmetros da Lei n. 8.429/1992 e da Lei n. 12.846/2013, já que ambas visam reprimir atos ímprobos e atos nocivos contra a administração pública, comissivos ou omissivos.

A alínea *d* **impõe a inelegibilidade daqueles contra os quais haja** 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 (antes da Lei da Ficha Limpa eram três anos) seguintes.

No julgamento do Recurso Especial Eleitoral n. 10-62, j. de 27-8-2013, foi decidido, por maioria, que condenação por abuso de poder econômico ou político em sede de ação de impugnação de mandato eletivo não enseja a inelegibilidade desta alínea. A relatora vencida e outros dois ministros, contudo, concluíram que a alínea *d* não condiciona o reconhecimento de inelegibilidade às condenações proferidas exclusivamente em ações de investigação judicial eleitoral (AIJEs), pois a única diferença entre a ação de impugnação de mandato eletivo e a ação de investigação judicial do art. 22 da LC n. 64/90 é o prazo de ajuizamento, tendo ambas, entre suas finalidades, a apuração do abuso de poder.

Já a **alínea e** estabelece causas de inelegibilidade decorrente de condenação criminal (transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado).

A **condenação criminal transitada em julgado**, enquanto durarem seus efeitos, é causa de suspensão dos direitos políticos (ativos e passivos — art. 15, III, da CF), efeito automático da condenação e que abrange crimes dolosos, culposos e contravenções penais. À frente trataremos das inelegibilidades decorrentes das **condenações por órgão colegiado**, ainda que não transitadas em julgado.

Em síntese, desde o trânsito em julgado da condenação por qualquer crime ou contravenção, o condenado fica com os seus direitos políticos ativos e passivos suspensos, enquanto durarem os efeitos da condenação.

Cumprida ou extinta a pena, em regra cessa a suspensão, independentemente de reabilitação criminal ou da reparação dos danos civis (Súmula 9 do TSE). O interessado precisa tão somente comprovar a cessação do impedimento junto ao cartório eleitoral, nos termos do art. 52 da Resolução TSE n. 21.538/2003, e requerer novamente a sua inscrição (art. 81 do CE).

A autoridade que impuser a um cidadão maior de 18 anos a privação dos direitos políticos providenciará para que o fato seja comunicado ao juiz eleitoral competente ou ao TRE da circunscrição em que residir o réu. Observado o art. 51 da Resolução TSE n. 21.538/2003, o juiz eleitoral tomará as providências necessárias para a inclusão dos dados nos cadastros eleitorais.

Para o TSE (Agl 3.547/2003) e para o STF (RE 179.502/SP), a suspensão dos direitos políticos, enquanto durarem os efeitos da condenação (art. 15, III, da CF), dá-se em decorrência de crime doloso, culposo ou contravenção.

O TSE já decidiu que o art. 15, III, da CF é norma autoaplicável e que os direitos políticos permanecem suspensos durante o cumprimento do *sursis* (suspensão condicional da pena) e de outros benefícios posteriores à sentença condenatória definitiva (Acórdão 15.338/99). Contra: TAMG – RT 754/713.

A suspensão condicional do processo (*sursis processual*), prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/95, dá-se antes da condenação definitiva. Por isso, não acarreta a suspensão dos direitos políticos.

Por outro lado, de acordo com o § 4º do art. 1º da LC n. 64/90 (na redação da LC n. 135/2010), que amplia a interdição da capacidade eleitoral passiva, “a inelegibilidade prevista na alínea e do inciso I deste artigo não se aplica aos crimes culposos e àqueles definidos em lei como de menor potencial ofensivo, nem aos crimes de ação penal privada”.

Os condenados pelos crimes especificados na alínea e do inciso I do art. 1º da LC n. 64/90 ficam **inelegíveis** desde a **condenação transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado** e por mais oito anos além do cumprimento da pena, sanção suplementar que não se aplica aos condenados por crimes culposos, crimes de menor potencial ofensivo, contravenções penais e crimes de ação penal privada.

Os crimes que geram o prolongamento da inelegibilidade para além do cumprimento da pena são: contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais, os previstos na lei que regula a falência, por crimes eleitorais para os quais a lei comine pena privativa de liberdade, por tráfico de entorpecentes e drogas afins, contra o meio ambiente e a saúde pública; de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; racismo, tortura, terrorismo e hediondos; de redução à condição análoga à de escravo; contra a vida e a dignidade sexual, e praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando.

Entre os órgãos colegiados cuja condenação antes mesmo do trânsito em julgado gera a inelegibilidade está o Tribunal do Júri, conforme decidiu o TSE no julgamento do RO 169.795, j. em 2-12-2010, e do REsp Eleitoral n. 611-03, DJe de 13-8-2013.

Aquele que se elegeu enquanto estava sendo processado, poderá perder o mandato caso seja definitivamente condenado criminalmente.

Na hipótese de **condenação criminal de deputado federal, estadual ou distrital, ou senador**, ainda há discussão se a perda do mandato decorrente de condenação criminal dependerá de manifestação da Casa Legislativa respectiva, pela maioria absoluta de seus membros, em votação aberta (§ 2º do art. 55 da CF, na redação da EC 76/2013). A inelegibilidade, porém, é imediata.

Observe-se que as condenações criminais de João Paulo Cunha, Pedro Henry e Waldemar Costa Neto (processo criminal do Mensalão – AP 470), Natan Donadon (Deputado Federal – Ação Penal 396) e Ivo Cassol (Senador – Ação Penal 565) geraram grandes polêmicas. Todos os julgamentos se deram antes da EC 76, quando a manifestação da casa legislativa era secreta.

No caso do Mensalão, por 5 X 4, em 17/12/2012, o STF deliberou que desde a condenação pelo STF os condenados estavam impedidos de exercer o mandato. À casa legislativa caberia tão somente formalizar a cassação do mandato.

Contudo, no julgamento da Ação Penal 565, em 8 de agosto de 2013, o STF estabeleceu que caberia ao Senado deliberar sobre a perda do mandato de Senador condenado criminalmente a mais de quatro anos de pena privativa de liberdade.

Quanto a Natan Donadon, no julgamento em 26-10-2013 da questão de ordem suscitada no processo, se conclui novamente que, determinada a suspensão dos direitos políticos, a suspensão ou a perda do cargo são medidas decorrentes do julgado e imediatamente exequíveis após o trânsito em julgado da condenação criminal, sendo desimportante para a conclusão o exercício ou não de cargo eletivo no momento do julgamento.

Vereador condenado criminalmente por sentença transitada em julgado perde o mandato independentemente de deliberação da Câmara Municipal (*Informativo STF n. 162*).

O fato de estar em curso pedido de revisão criminal é insuficiente para afastar a suspensão dos direitos políticos (REspe 0013924).

A inelegibilidade é imposta desde a condenação criminal pelo órgão colegiado (ou desde o trânsito em julgado da decisão do juiz singular) e subsiste por mais oito anos a partir do cumprimento da pena.

A apresentação da certidão criminal de 2o grau fornecida pela Justiça Estadual do domicílio eleitoral do candidato é indispensável ao deferimento do pedido de registro de candidatura, por imposição expressa da alínea b do inciso II do art. 26 da Res.-TSE n. 23.221/2010 (AgRg n. RO 288.334/RJ, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. em 23-11-2010).

Pela alínea *f*, os que forem **declarados indignos do oficialato**, ou com ele incompatíveis, ficam inelegíveis pelo prazo de oito anos.

Estabelece o § 3º do art. 142 que:

Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

[...]

VI – o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de

caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra;

VII – o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior.

O art. 42 da CF estende a regra aos oficiais da Polícia Militar.

A alínea g tipifica como causa de inelegibilidade a **rejeição de contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas 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, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da CF, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição.

Para os fins do art. 1º, I, g, da LC n. 64/90 não é imprescindível que a ocorrência de ato doloso de improbidade administrativa seja reconhecida por meio de provimento judicial. Nesse sentido, o Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral n. 295-33, DJe de 13-3-2013. Acórdão de Tribunal de Contas pode trazer nota de improbidade.

Da fundamentação de um acórdão proferido por Tribunal diverso a justiça eleitoral pode concluir que o caso é de conduta dolosa de improbidade administrativa, ainda que tal circunstância não esteja expressa na parte dispositiva do julgado (Recurso Ordinário no 2373-84, São Paulo/SP, rel. Min. Luciana Lóssio, em 23.9.2014).

Por outro lado, ao julgar o Recurso Especial Eleitoral n. 205-33, j. de 27 de agosto de 2013, o TSE decidiu que:

Afastada pela Justiça Comum, em sede de ação civil pública, a prática de ato de improbidade em relação aos mesmos fatos que ensejaram a rejeição de contas pelo Tribunal de Contas, não há falar na incidência da inelegibilidade da alínea g do inciso I do art. 1º da LC n. 64/90, que pressupõe a rejeição de contas por decisão irrecurável proferida pelo órgão competente, decorrente de irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa.

Os chefes do Poder Executivo têm as suas contas julgadas pelo Poder Legislativo.

O controle externo dos recursos públicos dos Estados é feito pelas Assembleias Legislativas com o auxílio dos TCEs. O julgamento das contas do governador do Estado, por exemplo, é feito pela Assembleia Legislativa.

No que pertine às contas municipais, o art. 31 da CF estabelece que a fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

Desde a vigência da Constituição Federal de 1988, é vedada a criação de tribunais, conselhos ou órgãos de contas municipais (art. 31, § 4º, da CF). Aqueles existentes até então, a exemplo do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, foram mantidos (art. 31, § 1º, da CF) e auxiliam as respectivas Câmaras Municipais no controle externo das contas públicas. Também é possível a criação de um Tribunal de Contas para auxiliar na fiscalização das contas de todos os Municípios de um Estado (ADIn 154 e RDA 185/127).

Nos municípios onde não há Tribunal de Contas, o controle externo é feito pelas Câmaras Municipais dos Vereadores, com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado respectivo.

O parecer emitido pelo Tribunal de Contas, em relação às contas dos prefeitos, só não prevalece se derrubado por voto de 2/3 (chamado maioria qualificada) dos membros da respectiva Câmara Municipal (art. 31, § 2º, da CF). Uma vez votado e não obtido o referido *quorum*, não se pode proceder à nova votação, sob pena de violação ao § 2º do art. 31 da Constituição.

O TSE firmou o entendimento de que não incide a inelegibilidade do art. 1º, I, g, da LC n. 64/90, caso não haja decisão do Órgão Legislativo Municipal desaprovando as contas do chefe do Executivo, mesmo que o Tribunal de Contas haja emitido parecer pela desaprovação (Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral n. 190-51/CE. Relator: Min. Dias Toffoli, que ressaltou a sua divergência. *DJe* de 25-3-2013). Por meio do RE 729.744, o tema foi classificado para ser julgado como assunto que possui repercussão geral junto ao STF.

Quanto às contas relativas a verbas decorrentes de convênios, a orientação jurisprudencial do TSE é diversa. Entende o TSE que em relação às contas atinentes a convênios, cabe ao Tribunal de Contas decidir e não somente opinar, nos termos do artigo 71, VI, da Constituição Federal (AgR-REspe n. 2321/PI, PSESS de 8-11-2012, Rel. Min. Laurita Vaz).

No mesmo sentido, o TSE decidiu que a desaprovação de contas por pagamento da remuneração de professores com recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef) em percentual inferior ao disposto no art. 7º da Lei n. 9.424/96 consubstancia irregularidade insanável e ato doloso de improbidade administrativa, e atrai a inelegibilidade prevista na alínea g do inciso I do art. 1º da LC n. 64/90. Reiterou, ainda, que, para essa Justiça especializada, compete ao Tribunal de Contas do Estado analisar os recursos do Fundef aplicados pelo chefe do Executivo Municipal, não sendo necessário julgamento dessas contas pelo Poder Legislativo (Recurso Especial Eleitoral n. 101-82, j. de 11-12-2012).

Igualmente é importante lembrarmos que o TSE assentou sua jurisprudência no sentido de que a decisão do Tribunal de Contas da União pela irregularidade das contas de prefeito em razão do descumprimento na forma de aplicação de verbas federais, prevista no convênio firmado com o governo federal, enseja a inelegibilidade da alínea g do inciso I do art. 1º da LC n. 64/90, independentemente de os recursos terem sido aplicados em fins públicos. O Plenário asseverou que a celebração de convênios tem por finalidade o alcance de metas específicas e o atendimento de necessidades pontuais. Desse modo, a verba derivada desses ajustes é de natureza essencialmente vinculada, devendo ser aplicada rigorosamente nos termos estabelecidos.

Afirmou, ainda, que a falta de conhecimento técnico do prefeito sobre os percentuais nutricionais aplicáveis ao objeto do convênio não afasta o dolo, pois compete a ele apenas cumprir as regras inscritas no ajuste. Salientou-se que, na linha da jurisprudência daquele Tribunal Superior, o dolo fica caracterizado quando o administrador deixa de observar os comandos constitucionais, legais ou contratuais vinculados à sua atuação. Desse modo, o Plenário conclui que o desvio na aplicação das verbas oriundas do convênio caracterizou irregularidade insanável, que atrai a inelegibilidade prevista na alínea g do inciso I do art. 1º da LC n. 64/90. Assim, o Tribunal Superior Eleitoral, por

unanimidade, deu provimento ao recurso, indeferindo o pedido de registro de candidatura (Recurso Especial Eleitoral n. 143-13, Ibiá/MG, rel. Min. Henrique Neves da Silva, em 6-12-2012).

Não pode haver mera revogação, por critérios de oportunidade e conveniência, do decreto legislativo que aprecia as contas de chefe do Poder Executivo, o que afrontaria o § 2º do art. 31 da Constituição. Nesse sentido, a Consulta TSE n. 54.093/DF, de 6-5-2010.

O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, afirmou que a desaprovação de contas decorrente da inobservância de normas financeiras na gestão de consórcio público atrai a inelegibilidade da alínea g do inciso I do art. 1º da Lei Complementar n. 64/1990. Na espécie, o pretense candidato ao cargo de deputado federal teve seu registro indeferido em razão de suas contas referentes ao período em que presidiu consórcio intermunicipal terem sido rejeitadas pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, competente para o julgamento nos termos do que dispõem os arts. 71, inciso VI, e 75 da Constituição Federal de 1988 (Recurso Ordinário n. 703-11, São Paulo/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, em 18.11.2014).

Portanto, em relação às contas prestadas pelo chefe do Poder Executivo, o Tribunal de Contas emite parecer prévio. O julgamento das contas, porém, compete ao Poder Legislativo (no âmbito federal ao Congresso Nacional – art. 49, IX, da CF). Cabe ao Tribunal de Contas apenas a emissão de parecer prévio, salvo quando se tratar de contas atinentes a convênios, pois, nesta hipótese, compete à Corte de Contas decidir e não somente opinar. Nesse sentido: TSE, AgRg no RO 249.184/BA, rel. Min. Marcelo Ribeiro, em 6-10-2010.

Essencialmente o TSE entende que a competência para julgar contas de governo das prefeituras é do Poder Legislativo municipal; e as contas de gestão, por sua vez, são julgadas pelo Tribunal de Contas (RO eleitoral n. 975-87, DJ de 19/02/2015).

A inelegibilidade do art. 1º, I, g, da LC n. 64/90 somente surte efeitos a partir da irrecorribilidade da decisão de rejeição de contas pelo órgão competente, e não a partir da publicação desta. Se a decisão de rejeição de contas de candidato se tornou irrecorribil somente após o prazo para impugnação do registro de candidatura, é de reconhecer configurada causa de inelegibilidade infraconstitucional superveniente, que pode ser arguida em sede de recurso contra expedição de diploma, com base no art. 262 do Código Eleitoral. (AgRg no REspe 950.098.718/MA, rel. Min. Arnaldo Versiani, DJe de 7-12-2010).

De acordo com a Súmula Vinculante 3 do STF, “nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”.

De acordo com a alínea h do art. 1º da LC n. 64/90, também são ***inelegíveis os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso, por ação ou omissão, do poder econômico ou político***, e que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por

órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos oito anos seguintes.

Há regras próprias para a apuração do abuso de poder de autoridade nos artigos 19 e 22, XIV, da LC n. 64/1990.

Pela alínea i são igualmente inelegíveis os que, em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, que tenham sido ou estejam sendo objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial, hajam exercido, nos doze meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade.

O questionamento de tal hipótese de inelegibilidade sempre exige ativa participação dos legitimados ativos para a respectiva impugnação, já que não se exige certidão cível para o registro de uma candidatura. Nesse sentido, a Representação TSE n. 154.808/GO, rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 26-11-2010.

De acordo com o Ac.-TSE n. 22.739/2004, este dispositivo não é inconstitucional ao condicionar a duração da inelegibilidade à exoneração de responsabilidade, sem fixação de prazo.

Conforme tive oportunidade de expor no livro *Direito Eleitoral*, 5. ed., Saraiva, Coleção Sinopses Jurídicas, 2014, p. 104:

A alínea j impõe a condição de inelegível aos que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral (art. 299 do CE), por captação ilícita de sufrágio (art. 41-A da Lei n. 9.504/97), 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.

Incide a causa de inelegibilidade prevista na alínea j do inciso I do art. 1º da Lei Complementar n. 64/1990, acrescida pela Lei Complementar n. 135/2010, em face da decisão do Tribunal Regional Eleitoral – confirmada pelo Tribunal Superior Eleitoral – que julgou procedente a investigação judicial e reconheceu a prática de captação ilícita de sufrágio.

O fato de o Tribunal Regional, à época, não ter reconhecido a inelegibilidade da alínea d do inciso I do art. 1º da LC n. 64/1990 não impede o reconhecimento da inelegibilidade da alínea j, em decorrência da condenação por captação ilícita de sufrágio ter sido imposta na mesma ação de investigação judicial eleitoral (TSE, AgRg no RO 78.847/RO, rel. Min. Arnaldo Versiani, j. em 28-10-2010).

Transitada em julgado condenação por captação ilícita de sufrágio, é de se reconhecer a inelegibilidade da alínea j do inciso I do art. 1º da Lei Complementar n. 64/90, acrescentada pela Lei Complementar n. 135/2010, ainda que a condenação somente tenha imposto a respectiva multa, em virtude de a candidata não haver sido eleita (TSE, RO n. 171.530, j. em 2-9-2010).

Pela alínea *k* são 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 o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar 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 oito anos subsequentes ao término da legislatura.

É necessário que se verifique se a Representação era apta para a instauração do processo, mesmo que ao final este não venha a ser instaurado.

A renúncia para atender à desincompatibilização com vistas à candidatura a cargo eletivo ou para assunção de mandato não gerará a inelegibilidade prevista na alínea *k*, a menos que a Justiça Eleitoral reconheça fraude ao disposto na LC n. 64/90 (art. 2º, § 5º, da LC n. 64/90).

A alínea *l* dita que são inelegíveis 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.

A conjunção aditiva “e” sugere que a inelegibilidade por 8 anos após o cumprimento da pena exige condenação fundada nos arts. 9º e 10 da Lei n. 8.429/92. Mas a interpretação finalística da LC n. 135/2010, que inseriu a alínea *l* no art. 1º, I, da LC n. 64/90, autoriza, também, a interpretação de que a inelegibilidade incide sobre aqueles que foram condenados pela prática de ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito.

Conforme bem leciona José Jairo Gomes⁶:

A conjuntiva e no texto da alínea l deve ser entendida como disjuntiva ou, pois é possível cogitar de lesão ao patrimônio público por ato doloso do agente sem que haja enriquecimento ilícito. Cuida-se de falsa conjuntiva.

Contudo, o Tribunal Superior Eleitoral, acompanhando a divergência iniciada pela Ministra Rosa Weber, reafirmou sua jurisprudência no sentido de que para a incidência da causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, *l*, da LC n. 64/90, é necessária não apenas a condenação à suspensão dos direitos políticos por ato doloso de improbidade administrativa, mas, também, que tal ato tenha importado em lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, ainda que de terceiros (Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral n. 32-42, Caucaia/CE, redatora para o acórdão Min. Rosa Weber, em 14-2-2013). No mesmo sentido o Recurso Especial Eleitoral n. 1.541-44/SP, DJe de 3-9-2013 e o REsp Eleitoral n. 1.541-44, j. de 6-8-2013, com dois votos vencidos.

⁶ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 217.

O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, assentou que a condenação por improbidade administrativa proferida por órgão colegiado atrai a inelegibilidade prevista na alínea *l* do inciso I do art. 1º da Lei Complementar n. 64/1990, quando esta Justiça especializada concluir, a partir do acórdão condenatório, ter havido a prática de ato doloso, ainda que não seja essa a qualificação adotada na decisão do órgão colegiado (Recurso Ordinário n. 2373-84, São Paulo/SP, rel. Min. Luciana Lóssio, em 23.9.2014).

De acordo com o dicionário de vocabulário jurídico de De Plácido e Silva, probó e probidade advêm do latim *probus, probitas*: o que é reto, leal, justo, honesto, mas se refere também à *maneira criteriosa de proceder*⁷. O dicionário etimológico da língua portuguesa de Antônio Geraldo da Cunha⁸ probó refere-se a quem apresenta caráter íntegro, o que significa dizer, em sentido inverso, que ímprobo é quem falta com a integridade. Neste sentido, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁹ destacam ainda uma origem mais remota: *probus* quer dizer o que brota bem (*pro + bho* – da raiz *bhu*, nascer, brotar).

Improbidade administrativa, enfim, define-se como o comportamento que viola a honestidade e a lealdade esperadas no trato da coisa pública, seja na condição de agente público ou de parceiro privado. Improbidade administrativa representa a desconsideração da lealdade objetivamente assumida por quem lida com bens e poderes cujo titular último é o povo.

Os atos de improbidade administrativa estão previstos na Lei n. 8.429/92 em três espécies. Os atos que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º), os que causam lesão ao erário (art. 10, que apresenta inclusive algumas tipificações culposas e, por isso, incapazes de gerar a inelegibilidade aqui prevista) e os que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).

Pela alínea *m* são inelegíveis 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. Não basta a propositura da ação judicial, sendo necessária decisão judicial (provisória ou definitiva) que suspenda ou anule a sanção.

Uma vez caracterizada a hipótese de exclusão do exercício profissional prevista na alínea *m*, eventuais irregularidades, ilegalidades ou violação de garantias constitucionais que tenham sido verificadas no curso do procedimento adotado pelo órgão competente constituem matéria própria a ser analisada perante o respectivo órgão competente do Poder Judiciário, o qual poderá, inclusive, se for o caso e se estiverem presentes os requisitos próprios, suspender os efeitos do ato de exclusão. Não cabe, contudo, à Justiça Eleitoral proceder à anulação do ato no processo de registro de candidatura, no qual o órgão profissional competente não é parte e, por isso, não é sequer ouvido (Recurso Especial Eleitoral n. 344-30, Itabuna/BA, rel. Min. Henrique Neves da Silva, em 19-2-2013).

⁷ De Plácido e Silva, *Vocabulário jurídico*, II, p. 454.

⁸ CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. p. 522.

⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 109.

Pela alínea *n* são inelegíveis 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 do § 7º do art. 14 da CF***, antes analisado, pelo prazo de oito anos após a decisão que reconhecer a fraude.

São inelegíveis, pela alínea *o*, os que forem ***demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial***, pelo prazo de oito anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário.

Na verdade, a demissão pode ser anulada ou convertida em pena diversa também na esfera administrativa, hipóteses que também afastam a inelegibilidade, ainda que formalizadas após o pedido de registro da candidatura. Conforme foi analisado, o § 10 do art. 1º da Lei n. 9.504/97 dita que as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ***ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade***.

De acordo com a alínea *p* são também inelegíveis ***a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral***, pelo prazo de oito anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22 da LC n. 64/90.

São ainda inelegíveis pela letra *q* os ***magistrados e os membros do Ministério Público que forem aposentados compulsoriamente por decisão sancionatória, que tenham perdido o cargo por sentença ou que tenham pedido exoneração ou aposentadoria voluntária na pendência de processo administrativo disciplinar***, pelo prazo de oito anos.

A aposentadoria compulsória que acarreta a inelegibilidade é a sancionatória, e não aquela imposta por idade ou por problemas de saúde.

A perda do cargo do magistrado vitalício depende do trânsito em julgado de sentença judicial.

Nos termos do art. 26-C da LC n. 64/90, ***o órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas d, e, h, j, l e n antes analisadas poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida***, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso. A prática de atos manifestamente protelatórios por parte da defesa, ao longo da tramitação do recurso, acarretará a revogação do efeito suspensivo.

O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, assentou que a ***concessão de liminar, até a data da diplomação***, suspendendo os efeitos de condenação por improbidade administrativa, causa do indeferimento de candidatura, constitui fato superveniente a permitir o registro do candidato. Destacou-se no julgamento que, estando em curso o processo eleitoral e não havendo trânsito em julgado da decisão de indeferimento do registro de candidatura, cabe conhecer provimento judicial liminar deferido após as eleições, que afasta a causa de indeferimento do registro do candidato. Enfatizou, ainda, que o conhecimento de fatos supervenientes ao pedido de registro tem sido admitido por aquele Tribunal nas hipóteses de reconhecimento de inelegibilidade, motivo

pelo qual haveria razão para conhecê-los nos casos de afastamento da inelegibilidade (Embargos de Declaração com efeitos modificativos no *Recurso Ordinário n. 294-62, Aracaju/SE, rel. Min. Gilmar Mendes, em 11.12.2014*).

Por fim há que se observar que Segundo decidiu o TSE ao julgar o Respe 21332, j. de 26/06/2016, a revogação da liminar após a diplomação não gera a imediata perda do mandato. A via própria para a desconstituição do diploma decorrente da inelegibilidade de seu detentor é a AIME ou o RCED.

Fundamentalidade dos direitos políticos: elegibilidade e inelegibilidade

*Richard Pae Kim*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Resumo: Neste trabalho são examinadas as condições de elegibilidade, a partir da compreensão e reconhecimento da fundamentalidade do direito de ser eleito, bem como da questão dos princípios e as regras. Bem compreendidas as condições – e o momento de sua aferição – de elegibilidade, passa o artigo a analisar cada uma das hipóteses de inelegibilidade fixadas pelo conjunto normativo (arts. 14 e 15 da CF/1988). São fixados os principais casos de inelegibilidade, sem se olvidar que o descumprimento das condições de elegibilidade não pode ser confundido com as causas de inelegibilidade. Não se pretendeu, no entanto, detalhar neste trabalho cada uma das inovações trazidas pela Lei da Ficha Limpa, mas abordar de forma panorâmica algumas das consequências trazidas às hipóteses de restrições aos direitos políticos.

Palavras-chave: elegibilidade, inelegibilidade, direitos políticos, direito fundamental.

Sumário: 1. Direitos políticos e elegibilidade: distinção entre condições de elegibilidade e a inelegibilidade – 2. A fundamentalidade do direito de ser eleito e a questão dos princípios e as regras: conformação da elegibilidade – 3. Momento de aferição das condições de elegibilidade – 4. Inelegibilidade, seu conceito e o momento de aferição – 5. Espécies de inelegibilidade: 5.1 Inelegibilidade dos inalistáveis e dos analfabetos; 5.2 Inelegibilidade nos casos de reeleição e pela ausência de desincompatibilização para a reeleição; 5.3 Inelegibilidade pelo descumprimento dos prazos de desincompatibilização; 5.4 Inelegibilidade reflexa por motivos de vínculo familiar (parentesco por consanguinidade, por adoção, por afinidade até o segundo grau e pelo matrimônio ou união afetiva ou mesmo homoafetiva); 5.5 Inelegibilidade pela má gestão e situação de liquidação de estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro; 5.6 Inelegibilidades fixadas pela Lei da Ficha Limpa e um panorama sobre suas implicações; – 6. Referências bibliográficas.

¹ Doutor e Mestre em Direito pela USP. Pós-doutorado em políticas públicas pela UNICAMP. Professor do Curso de Mestrado em Direito na UNIMEP. Professor dos cursos de pós-graduação da Escola Paulista da Magistratura. Conselheiro e Coordenador Pedagógico do curso de pós-graduação em Direito Eleitoral e Direito Processual Eleitoral da Escola Judiciária Eleitoral Paulista – TRE-SP. Juiz Auxiliar de Gabinete no Supremo Tribunal Federal.

1. Direitos políticos e elegibilidade: distinção entre condições de elegibilidade e a inelegibilidade²

Não temos a pretensão de tratar sobre a evolução histórica do direito de participação política do cidadão brasileiro. Entretanto, não há como deixar de salientar que somente com a proclamação da República em nosso país é que passaram a ser considerados eleitores todos os cidadãos brasileiros no gozo dos seus direitos civis e políticos que soubessem ler e escrever, sepultando a partir daí os privilégios eleitorais do período monárquico.

Os direitos políticos do cidadão, como se sabe, implicam não só o direito de votar, decorrente da capacidade eleitoral ativa, mas também de ser votado, conhecido como capacidade eleitoral passiva. Pelo sistema constitucional brasileiro, como veremos a seguir, não há como se confundir condições de elegibilidade com hipóteses de inelegibilidade inata, eis que os Tribunais Superiores já assentaram que a nossa Lei Fundamental separou os dois institutos (elegibilidade e inelegibilidade).

A *elegibilidade* é a aptidão plena decorrente do preenchimento das condições impostas pela Constituição Federal para receber votos, ou seja, para participar de um certame eleitoral e de ser escolhido. Entretanto, não basta apenas o preenchimento das *condições de elegibilidade*, requisitos positivos. Para que o cidadão adquira o direito subjetivo público de ser elegível, de ter reconhecida a sua elegibilidade, deve também preencher os requisitos negativos, ou seja, não pode ser inelegível, não pode ser alcançado por qualquer das hipóteses de *inelegibilidade* descritas na Constituição Federal e nas normas infraconstitucionais.

Incomoda-nos o fato de a maioria das obras nacionais enfocar muito mais as situações de inelegibilidade. Entretanto, não há como deixar de se entender isso, na medida em que as controvérsias quanto às condições de elegibilidade são em menor grau, eis que se encontram melhor definidas na Constituição Federal e na legislação eleitoral.

A elegibilidade, ou seja, o direito de ser elegível, passa a existir com o preenchimento das condições de elegibilidade (condições positivas) pelo cidadão e a ausência de hipótese de inelegibilidade (condições negativas).

As condições de elegibilidade encontram-se previstas no art. 14, § 3º, da CF/1988, quais sejam: (a) a nacionalidade brasileira (inc. I) – brasileiros natos ou naturalizados, observando-se o disposto nos incs. I e II do art. 12 da CF/1988³; (b) o pleno exercício dos direitos políticos (inc. II) – que implica a ausência de qualquer das hipóteses de perda ou de suspensão de direitos políticos, que decorre do efetivo alistamento válido e da ausência de qualquer uma das situações de perda ou de suspensão dos direitos políticos

² Parte deste trabalho foi originalmente publicado com título diverso: “Elegibilidade, condições de elegibilidade, inelegibilidade e a Lei da Ficha Limpa: fundamentalidade dos direitos políticos e a moldura constitucional”, na obra coletiva *Direito eleitoral e processual eleitoral: temas fundamentais*. Coord. Walter de Almeida Guilherme, Richard Pae Kim e Vladimir Oliveira da Silveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 – p. 97/132. Foram realizadas as modificações necessárias para a proposta desse tema.

³ Os cargos de Presidente e de Vice-Presidente da República são privativos ao brasileiro nato, titular da nacionalidade primária (cf. art. 12, § 3º, da CF/1988), enquanto os demais cargos eletivos podem ser disputados e ocupados também por brasileiros naturalizados – nacionalidade secundária (cf. art. 12, II, da CF/1988). Também devem ser observados os termos do Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980) e do Tratado de Reciprocidade entre Brasil e Portugal (Dec. 70.391/72).

previstas no art. 15 da CF/1988⁴; (c) o alistamento eleitoral (inc. III) – e conforme estabelece o art. 9º da Lei das Eleições, para que o eleitor possa se candidatar, o tempo de alistamento na circunscrição deve ser de, no mínimo, um ano; (d) o domicílio eleitoral na circunscrição (inc. IV) – não se devendo olvidar que os requisitos estão previstos no art. 55 do Código Eleitoral no caso de transferência de domicílio⁵; (e) a filiação partidária (inc. V) – há pelo menos um ano antes da data fixada para o primeiro turno das eleições, ou seja, primeiro domingo de outubro, sendo o termo inicial o próprio dia fixado para as eleições, nos termos do art. 18 da Lei Orgânica dos Partidos Políticos e conforme resposta à consulta n. 731/2001 do TSE; (f) e as idades mínimas, fixadas no inc. VI, dependendo de cada cargo público eletivo, devendo-se ter como referência a data da posse, e não do registro de candidatura, como estabelece o art. 11, § 2º, da Lei 9.504/1997 e conforme entendimento do TSE (REsp 22.900/MA, j. 20.09.2004).⁶

Há que se salientar que, no caso dos militares, a Constituição Federal deu tratamento especial a este grupo, posto que em seu art. 142, § 3º, V, estabeleceu que “o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos”. Entretanto, ao mesmo tempo, no seu art. 14, § 8º, restou estabelecido que:

O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições; I – se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade; II – se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

Ou seja, não excluiu o militar da possibilidade de ter o direito de participar como candidato das eleições. Diante desse quadro constitucional, o TSE:

Interpretando construtiva e prospectivamente a Constituição, entende que a filiação partidária não é exigível do militar da ativa que pretenda concorrer a cargo eletivo, bastando o pedido de registro de candidatura após prévia escolha em convenção partidária (TSE, Res. 22.156/2006, art. 12, § 1º). Não é necessário, neste caso, que o militar-candidato esteja filiado a partido, sendo suficiente que tenha cidadania ativa, ou seja, que esteja inscrito como eleitor, e tenha seu nome escolhido na convenção realizada pela agremiação pela qual pretende concorrer.⁷

⁴ “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I – cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II – incapacidade civil absoluta; III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV – recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.”

⁵ O domicílio eleitoral é único, nos termos dos arts. 42 e 55, §§ 1º e 2º, do Código Eleitoral. No caso de transferência do domicílio eleitoral, há que se respeitar o prazo de um ano de inscrição primitiva e também o requisito da residência no novo domicílio há pelo menos três meses da data do requerimento e da entrada no pedido de transferência até 150 dias antes da data das eleições. O TSE, inclusive, tem exigido o vínculo afetivo no referido domicílio: “Para o Código Eleitoral, domicílio é o lugar em que a pessoa mantém vínculos políticos, sociais e econômicos. A residência é a materialização desses atributos”. (TSE, Ac. 4.769, j. 02.10.2004, rel. Min. Humberto Gomes de Barros)

⁶ Não há como ser levada em condição a situação do menor de 18 anos de idade, emancipado, conforme julgado pelo TSE, REsp 20.059/TO, j. 03.09.2002.

⁷ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 124.

O direito de sufrágio, consistente na capacidade eleitoral ativa (direito político positivo) e na capacidade eleitoral passiva (direito político de ser eleito), será efetivamente atendido, desde que inexistente condição negativa de elegibilidade, ou seja, de inelegibilidade, como veremos nos tópicos seguintes deste trabalho que, desde já se salienta, não pretende esgotar a temática e tampouco adentrar, de forma detalhada, nas mudanças trazidas pela Lei da Ficha Limpa, diante da proposta deste artigo e da amplitude das questões controvertidas trazidas por essa Lei Complementar nº 135/10.

2. A fundamentalidade do direito de ser eleito e a questão dos princípios e as regras: conformação da elegibilidade

Como adverte Walber de Moura Agra, infelizmente:

Não existe ainda uma precisão conceitual para a terminologia neoconstitucionalismo. Esse neologismo nasceu pela necessidade de exprimir algumas qualificações que não poderiam ser devidamente explicadas pelas conceituações vigentes no constitucionalismo, no juspositivismo ou no jusnaturalismo.⁸

O neoconstitucionalismo ou o direito constitucional de nova geração veio a se desenvolver na Europa, na segunda metade do século XX. No Brasil, acabou por se configurar com a promulgação da Constituição de 1988, uma carta dirigente e fundada em princípios definidores de direitos já afirmados anteriormente e acrescidos dos novos direitos, como é o caso, por exemplo, do direito do consumidor e de uma tutela fundada na democracia e na solidariedade.

Esse fenômeno teve início com a Constituição Alemã de 1949, em especial, pela criação do Tribunal Constitucional Federal que acabou sendo instalado em 1951, e depois, pelas Constituições da Itália de 1947 (embora a sua Corte Constitucional somente tenha sido instalada em 1956), de Portugal no ano de 1976 e, ainda no continente europeu, da Espanha em 1978, que passaram a tratar em seus respectivos textos de diversos princípios e regras, cujo conteúdo jurídico passou a irradiar, com força normativa, todo o sistema jurídico, repercutindo não apenas aos três poderes, mas principalmente sobre as relações entre o Estado e os particulares e, também, nas relações entre particulares.

O neoconstitucionalismo tem insistido e potencializado com proveito teórico, todo um sistema de princípios que vem sendo inserido nas Constituições contemporâneas. A alternativa que propõe Ronald Dworkin, a um modelo de regras mencionado anteriormente por Hart, tem evoluído para um sistema centralmente constituído pelos princípios. Robert Alexy, quando contrapõe os termos “legalismo” e “constitucionalismo”, reconhece que aquele, diferente deste, enaltece as normas e rechaça princípios e valores, propondo assim uma mudança de paradigmas, a fim de que deixemos aquele sistema juspositivista puro de Kelsen e passemos a tratar, diante dos novos ordenamentos constitucionais, as normas como valores fundamentais na ciência do Direito. Zagrebelsky,

⁸ AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e a superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008. p. 435.

na mesma sintonia, conclui que distinguir os princípios das regras significa, de um modo geral, distinguir a Constituição da lei, buscando com isto oficializar o que hoje já se entende como verdade a força normativa das constituições⁹.

Para Luigi Ferrajoli, o neoconstitucionalismo traz a renúncia à epistemologia de Kelsen e propõe uma ciência, dentro do novo sistema, que o professor italiano denomina “jurídica funcional”, diante do novo paradigma constitucional que traz um “papel crítico e construtivo”, além de descritiva do “ser” do direito, além de ser prescritiva de seu “dever ser” jurídico.¹⁰

Ronald Dworkin, por sua vez, sustenta que no direito estão os princípios que estabelecem o seu real conteúdo e que estes princípios podem e devem ser definidos como exigências de justiça, de equidade, ou de outra dimensão da moral. E podem ser assimilados aos direitos individuais, salientando que os juízes que deverão se utilizar dos argumentos principiológicos a fim de que os direitos do indivíduo possam se sobrepor aos objetivos coletivos e contra a ação estatal, evidentemente se ilegais, inconstitucionais.¹¹

No caso, não há dúvida de que a elegibilidade é um direito fundamental. Cuida-se de um direito subjetivo porque os direitos políticos são direitos públicos subjetivos fundamentais conferidos ao cidadão que propicia a sua participação nos negócios políticos do Estado. Ao contrário dos direitos individuais, consistentes em direitos de defesa, e dos direitos sociais, que são direitos a prestações positivas, os direitos políticos são direitos de participação (*status activus*) decorrentes do princípio democrático de direito, conforme as definições dadas por Jellinek no final do século XIX e utilizadas pela doutrina contemporânea.¹²

A nossa Constituição Federal não tratou de forma sistemática os direitos políticos. Pelo contrário. Veja-se que disciplinou de forma separada no seu Título II os direitos políticos, os direitos de nacionalidade e as normas relativas aos partidos políticos. Não fez referência aos direitos fundamentais políticos, embora implícitas as suas qualidades no art. 14, § 1º, inciso I, da CF, *verbi gratia*. Voltou a se referir sobre os direitos políticos no art. 68, § 1º, inciso II, ao proibir a delegação legislativa sobre nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais, além de outras menções dispersas sobre a matéria no seu corpo e acrescidas pela EC nº 32/01. Essa cisão entre os direitos de nacionalidade, de cidadania, direito ao sufrágio e a elegibilidade, direitos partidários e direitos eleitorais, foi arbitrária, tendo ressaltado Rogério do Nascimento que:

A realização do projeto comunitário de convivência independente e duradoura passa pela criação de uma ordem de status que atribua a condição de sujeito de direitos aos membros atuais e futuros do ente coletivo (tema da nacionalidade), pelo reconhecimento entre esses membros, da condição de parceiros de direito em uma associação livre, merecedores de proteção e dotados de meios jurídicos e materiais para reivindicar esta proteção (tema da cidadania). Esta condição prévia de pessoas de direito é indissociável do reconhecimento

⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madri: Trotta, 1995.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2006. p. 61.

¹¹ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2002. p. 80-83.

¹² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leandro. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 55.

*do direito fundamental de participar, em igualdade de condições, da legislação e da investidura no poder de executar e fiscalizar a execução das normas (tema de direitos políticos), que por sua vez se materializam no processo eleitoral mediado pelos partidos políticos.*¹³

Os enunciados normativos constitucionais poderiam, sem dúvida alguma, ter sistematizado e capitulado adequadamente os direitos fundamentais políticos de forma a evitar debates mais acalorados na doutrina e nos tribunais a respeito da qualidade quanto à fundamentalidade de cada um dos espectros ligados à atuação política ativa ou passiva do cidadão, assim como daqueles ligados às atividades partidárias.

Ao tratar sobre a sua teoria dos direitos fundamentais, o professor Robert Alexy trouxe grande contribuição sobre a distinção entre princípios e regras e desenvolveu o conceito de mandados de otimização (ALEXY, 2008), salientando que princípios são normas que exigem algo que seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes e que, definidos desta forma, devem ser realizadas por completo¹⁴. As regras, embora devam também ser aplicadas de forma completa, não admitem a realização da ponderação, mas da sua subsunção, diante do raciocínio amplamente divulgado e aceito sobre o do “tudo ou nada”. É sabido que essa técnica ainda se encontra em discussão, inclusive na doutrina brasileira, capitaneada pelos escritos do jurista Humberto Ávila, que vê a possibilidade também de se ponderar, em determinadas situações, os conflitos existentes entre regras.

O sistema jurídico, composto por princípios e regras, possibilita ao intérprete da lei escolher entre os significados possíveis da norma. Um primeiro momento desse processo é o instante da interpretação da norma, quando se deve criar *uma moldura* dentro da qual “existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme o direito todo o ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em

¹³ NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Direitos políticos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 732-733.

¹⁴ Parece-nos muito oportuna a colocação do professor Virgílio Afonso da Silva, que esclarece não residir o problema na existência de diversas definições sobre “os princípios” e tampouco o caso de se discutir qual definição é a mais correta, mas de escolher o sentido e os efeitos dentro do sistema jurídico do que se deve considerar como “princípio”. E, isto fica mais claro quando o autor justifica a sua colocação, da seguinte maneira, ao analisar as definições de princípios por autores como Robert Alexy, Celso Antônio Bandeira de Mello, J. J. Canotilho, Vital Moreira: “Mas, se se parte, por exemplo, da definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que expressa bem o que o jurista brasileiro costuma entender por princípio, é preciso rejeitar a distinção de Alexy. Isso porque o conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito que não faz referência à fundamentalidade da norma em questão. Como visto acima, uma norma é um princípio não por ser fundamental, mas por ter a estrutura de um mandamento de otimização. Por isso, um princípio pode ser um ‘mandamento nuclear do sistema’, mas pode também não o ser, já que uma norma é um princípio apenas em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade. O mesmo vale para as regras. Pode haver regras que sejam disposições fundamentais do sistema, mas isso é irrelevante para sua classificação. Isso fica claro quando alguns autores, a despeito de usarem distinção de Alexy como ponto de partida, elaboram classificação de princípios constitucionais que inserem, na categoria dos princípios, normas que, se coerentes com a forma de distinção proposta por Alexy, deveriam ser consideradas como regras. Nesse sentido, posicionei-me em artigo dedicado ao problema, nos seguintes termos: ‘(...) falar em princípio do *nulla poena sine lege*, em princípio da legalidade, em princípio da anterioridade, entre outros, só faz sentido para as teorias tradicionais. Se se adotam os critérios propostos por Alexy, essas norma são regras, não princípios. Todavia, mesmo quando se diz adotar a concepção de Alexy, ninguém ousa deixar esses ‘mandamentos fundamentais’ de fora das classificações dos princípios para incluí-los na categoria das regras’” (SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 36). Por isto é que entendemos que está mais do que na hora de se construir uma teoria mista, em que tenhamos os princípios não só como mandados de otimização, mas que contenham elementos vinculados a uma fundamentalidade. Buscaremos tratar sobre isto num outro trabalho.

qualquer sentido possível”, mas que ficam bem delimitados os seus limites e conteúdos¹⁵. É o que se tem denominado discricionariedade do legislador ou “margem de ação” do parlamento.

No instante da aplicação da norma, portanto, o Juiz, o destinatário do sistema interpretativo e verdadeiro autor da interpretação autêntica, nos moldes do pensamento de Kelsen, possui a liberdade para escolher, entre os vários significados possíveis, aquele que seja o mais apropriado para o caso concreto – não o único e o correto, mas o mais adequado à hipótese.

A tese sobre uma “Constituição moldura” de Bockenford, mesmo tendo recebido algumas críticas, no nosso entender se mostra adequada, pois explica a questão da validade das normas dentro de um sistema limitado pela própria Lei Fundamental. Embora os críticos a essa teoria vejam dificuldades na sua aplicação quando se adota a teoria externa de restrição dos direitos fundamentais, não parece existir dúvida de que a própria Constituição, embora estabeleça princípios de direitos individuais que devam ser aplicados de forma maximizada, traça, muitas vezes, os limites para esta restrição a possibilitar que o próprio legislador infraconstitucional, ou mesmo o administrador regulador, não se afaste dos parâmetros impostos pela lei maior. Isso fica também mais evidente nos direitos fundamentais sociais, quando os destinatários das obrigações constitucionais devem parametrizar as suas ações positivas, instituindo as políticas públicas de acordo com os ditames constitucionais pré-estabelecidos.

É evidente que o sistema normativo é dinâmico, mas não nos parece ser possível nos afastarmos da ideia de que a Constituição fixa os limites dos direitos, inclusive do que é restringível¹⁶ a garantir os núcleos constitucionais de uma determinada ação ou de um direito, em especial, no caso dos direitos fundamentais. Portanto, temos que, de um lado, os direitos fundamentais devem ter a máxima efetividade, mas por outro, a própria Constituição pode delimitar o máximo de sua restringibilidade.

Essa discussão nos parece importante para sustentarmos que, embora faça algum sentido a doutrina classificar as espécies de condições de elegibilidade ou condições de inelegibilidade como sendo constitucionais e infraconstitucionais, a interdependência entre as condições fixadas pela Constituição Federal e as regras infraconstitucionais são evidentes. Os princípios e as regras constitucionais e infraconstitucionais, em unidade válida dentro do sistema jurídico, constituirão os direitos políticos de cada cidadão. Desse modo, a elegibilidade de um indivíduo será determinada por todo o sistema (regime jurídico das condições de elegibilidade e hipóteses de inelegibilidade), e não somente pelos princípios e regras constitucionais.

Isto pode ser facilmente concluído pelas observações que fizemos no primeiro item deste trabalho, quando tratamos das condições de elegibilidade e salientamos que as normas constitucionais devem ser lidas em conjunto com as normas infraconstitucionais, ou seja, os incisos do art. 14, § 3º, da CF/1988 devem ser aplicados observando-se o teor das normas infraconstitucionais. E se estas estão sob o manto de validade da Constituição, devem ser sempre aplicadas como limites ou como elementos conformadores do direito discutido concretamente.

¹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 466.

¹⁶ É o que em sede doutrinária o Min. Gilmar Mendes denomina limites dos limites (Schranken-Schranken), que cuidam da preservação do núcleo essencial do direito (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 239).

3. Momento de aferição das condições de elegibilidade

Em regra, de acordo com a dicção do art. 11, § 10, da Lei 9.504/1997 (Lei das Eleições), inserido pela Lei 12.034/2009, as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura. E, de acordo com a mesma norma, devem ser ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao pedido que afastem a inelegibilidade.

Entretanto, sabemos que essa regra não é absoluta, mas admite variações na sua aplicação, na medida em que, por exemplo, a Lei das Eleições, em seu art. 9º, estabelece que o alistamento eleitoral, domicílio eleitoral e a filiação partidária, devem ser aferidos com base no próprio dia do pleito.

Em relação à idade do candidato ao cargo a ser exercido, o momento de sua aferição será na ocasião da posse, conforme estabelece o art. 11, § 2º, da Lei 9.504/1997 (Lei das Eleições). É a hipótese do candidato que é eleito para o cargo de vereador. A sua idade de 18 anos deve ser verificada.

As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade são aferidas durante o processo administrativo-judicial de registro da candidatura, conforme se extrai da Consulta 1.147/2010, tendo como relator o Min. Arnaldo Versiani, cujo trecho parcial, abaixo transcrito, revela a extensão deste ato:

Por isso, desde logo, adianto que considero irrelevante saber o tempo verbal empregado pelo legislador complementar, quando prevê a inelegibilidade daqueles que “forem condenados”, ou “tenham sido condenados”, ou “tiverem contas rejeitadas”, ou “tenham tido contas rejeitadas”, ou “perderem os mandatos”, ou “tenham perdido os mandatos”. Estabelecido, sobretudo, agora, em lei, que o momento de aferição das causas de inelegibilidade é o da “formalização do pedido de registro da candidatura”, pouco importa o tempo verbal. As novas disposições legais atingirão igualmente a todos aqueles que, repito, “no momento da formalização do pedido de registro da candidatura”, incidirem em alguma causa de inelegibilidade, não se podendo cogitar de direito adquirido às causas de inelegibilidade anteriormente previstas.

O TSE decidiu recentemente sobre esse tema:

As inelegibilidades da LC 135/2010 incidem de imediato sobre todas as hipóteses nela contempladas, ainda que o respectivo fato ou condenação seja anterior à sua entrada em vigor, pois as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro de candidatura, não havendo, portanto, falar em retroatividade da lei. O prazo de inelegibilidade em hipóteses de crime contra o patrimônio público começa a fluir após a prescrição da pretensão executória (TSE, AgRg no RO 56641/TO, Min. Hamilton Carvalhido, DJe 23.02.2011).

Bem por isso que José Jairo Gomes, ao especificar as distinções da doutrina com base na concepção civilista do vocábulo termo, observa que o referido vocábulo deve

ser o evento futuro e certo para aferição da condição da elegibilidade, dando, inclusive, como exemplo, a impossibilidade de se admitir o registro de candidatura de interessado que esteja com seus direitos políticos suspensos por condenação criminal com trânsito em julgado e terá a provável extinção de punibilidade antes mesmo da data da eleição. Isto porque esse evento depende de decisão judicial e, por alguma razão, por exemplo, alguma hipótese de interrupção do cumprimento da pena, essa pena poderá não ser extinta antes da eleição¹⁷. Teríamos, na hipótese um evento incerto que causaria insegurança no sistema e a possibilidade de realização da eleição de um “candidato inelegível”.

Aliás,

As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas a cada eleição. O reconhecimento ou não de determinada hipótese de inelegibilidade para uma eleição não configura coisa julgada para as próximas eleições (TSE, REsp 36.038/AL, Min. Henrique Neves, DJe 15.09.2011, p. 28-29).

4. Inelegibilidade, seu conceito e o momento de sua aferição

Com o devido respeito a algumas críticas, parece-nos ainda atual e adequado o conceito de inelegibilidade apresentado pelo Min. Moreira Alves, no sentido de que as inelegibilidades são impedimentos ao registro e participação como candidato em determinada eleição, que devem ser observados caso não tenham já sido afastados por quem preencheu os pressupostos de elegibilidade ou, caso supervenientes ao registro, ou ainda, se os impedimentos forem de natureza constitucional, devem servir de fundamento à impugnação de sua diplomação, caso tenha sido eleito.¹⁸

Assim, entendemos ser suficiente concluir que a inelegibilidade cuida-se de impedimento à elegibilidade do candidato ou à sua permanência, enquanto diplomado, no cargo que tenha assumido.

Há que se entender que algumas classificações de inelegibilidade que encontramos na doutrina não fazem muito sentido, mesmo porque não trazem em si consequências jurídicas distintas. É o caso das classificações, por exemplo: quanto à forma; que distingue inelegibilidades *lato sensu* da *stricto sensu*; quanto à espécie; que separa as situações de falta de condições de elegibilidade, de incompatibilidades e de inelegibilidade propriamente dita; entre outras.

Também não se vê sentido em classificar as inelegibilidades como sendo constitucionais e infraconstitucionais, na medida em que, como salientado no item anterior, o conteúdo do direito à elegibilidade ou os impedimentos ao seu exercício decorrem da conformação das normas infraconstitucionais com aquelas constitucionais que lhes dão validade. Também não há como deixar de se salientar que o art. 14, § 9º, da CF/1988 fixou, após a ECR 04/1994, de forma expressa, que somente a lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger

¹⁷ GOMES, José Jairo. Op. cit., 2011, p. 142-143.

¹⁸ ALVES, José Carlos MOREIRA. Pressupostos de elegibilidade e inelegibilidades. In: REZEK, José Francisco. *Estudos de direito público em homenagem a Aliomar Baleeiro*. Brasília: UnB, 1976. p. 225-232.

a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida progressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. Portanto, no nosso entender, todas as hipóteses de inelegibilidade são constitucionais, em obediência à moldura constitucional. Cuida-se, no caso, de norma de eficácia contida, pois restringe os direitos políticos fundamentais.

Aliás, para reforçar esse argumento, não há como deixar de salientar que o art. 11 e os incisos da Lei 9.504/1997¹⁹, portanto, lei ordinária, complementam os dispositivos constitucionais que tratam das condições de elegibilidade ao fixarem os documentos exigidos para o registro de candidatura. E o descumprimento dessas regras levará fatalmente o indeferimento do registro. Portanto, o sistema (constituído de normas constitucionais e infraconstitucionais) é que definirá as condições de elegibilidade e os casos de inelegibilidade, o que em tese impediria a necessidade da referida classificação.

Entretanto, embora não se consiga aceitar, sob os argumentos doravante delineados, a necessidade da distinção entre inelegibilidades constitucionais e infraconstitucionais (legais), não há como se negar que a doutrina e a jurisprudência mantêm a classificação, como salientado por José Jairo Gomes:

*A distinção que se faz entre inelegibilidades constitucionais e legais não é cerebral, apresentando inegável relevância prática. Basta dizer que não há preclusão quanto às primeiras, as quais podem ser arguidas na fase do registro de candidatura ou posteriormente, antes ou depois das eleições. A arguição posterior pode ser feita no RCED (CE, art. 262, I). Já as inelegibilidades legais sujeitam-se à preclusão se não forem levantadas na fase de registro de candidatura. Ultrapassado esse momento, não mais poderão ser discutidas, salvo se supervenientes.*²⁰

A classificação mencionada por Pinto Ferreira (1999, p. 178) e Alexandre de Moraes (2002, p. 546), deixa claro que o caráter absoluto ou relativo da inelegibilidade está relacionado ao grau de transitoriedade e não está relacionado com determinada característica pessoal daquele que pretende se candidatar, mas consiste em restrições à elegibilidade para certos pleitos eleitorais e determinados mandatos, em especial, por estarem previstas em norma infraconstitucional, o que autorizaria a fixação de um prazo preclusivo, razão pela qual a doutrina e a jurisprudência tem sustentado ser constitucional o disposto no art. 3º da LC 64/1990, que dispõe que:

¹⁹ “I – cópia da ata lavrada em livro aberto, rubricado pela Justiça Eleitoral, da realização da convenção em que o candidato foi escolhido; II – autorização do candidato, por escrito; III – prova de filiação partidária, há pelo menos um ano antes das eleições; IV – declaração de bens, assinada pelo candidato; V – cópia do título eleitoral ou certidão, fornecida pelo cartório eleitoral, de que o candidato é eleitor na circunscrição ou requereu sua inscrição ou transferência de domicílio no prazo de um ano antes das eleições; VI – certidão de quitação eleitoral; VII – certidões criminais fornecidas pelos órgãos de distribuição da Justiça Eleitoral, Federal e Estadual; VIII – fotografia do candidato, nas dimensões estabelecidas em instrução da Justiça Eleitoral, para constar no painel da urna eletrônica; IX – se for candidato a Prefeito, ou a Governador de Estado e ou a Presidente da República, terá que apresentar as propostas que defende. [Incluído pela Lei 12.034/2009.]”

²⁰ GOMES, José Jairo. Op. cit., 2011, p. 131.

Caberá a qualquer candidato, a partido político²¹, coligação ou ao Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da publicação do pedido de registro do candidato, impugná-lo em petição fundamentada. § 1º A impugnação, por parte do candidato, partido político ou coligação, não impede a ação do Ministério Público no mesmo sentido.

O TSE tem consolidado o entendimento de que nas hipóteses de inelegibilidade infraconstitucionais, haverá preclusão caso a impugnação não seja ofertada no prazo previsto no art. 3º da LC 64/1990, a saber:

Registro de candidatura. Perda de mandato (art. 1º, I, b, da LC 64/1990). Impugnação não oferecida no prazo previsto no art. 3º da LC 64/1990, a que se sujeita, também, o Ministério Público. Conhecimento de ofício da matéria. Inviabilidade, na espécie, por se tratar de causa de inelegibilidade infraconstitucional. Precedentes. Recurso provido. Sujeita-se o Ministério Público ao prazo do art. 3º da LC 64/1990, para o oferecimento de ação de impugnação de registro de candidatura. Não se conhece de ofício de matéria relativa a causa de inelegibilidade infraconstitucional (TSE, REsp Eleitoral 20.178, j. 17.09.2002, rel. Min. Raphael de Barros Monteiro Filho, RJTSE vol. 14, t. IV, p. 186).

Registro. Quitação eleitoral. Não apresentação de contas de campanha relativas à eleição de 2008. Averiguada a ausência de prestação de contas alusivas ao pleito de 2008, reconhece-se a falta de quitação eleitoral do candidato. A apresentação de contas de campanha preterita apenas após o pedido de registro de candidatura em eleição subsequente enseja o reconhecimento da falta de quitação eleitoral do candidato, dada a manifesta extemporaneidade do cumprimento da respectiva obrigação legal. O art. 11, § 10, da Lei 9.504/1997 expressamente estabelece que as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro de candidatura. Agravo regimental não provido (TSE, AgRg em REsp Eleitoral 107.745, j. 15.09.2010, rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares).

A matéria relativa à duplicidade de filiação partidária é infraconstitucional e deve ser arguida em impugnação ao registro de candidatura, sob pena de preclusão, não podendo posteriormente ser suscitada em recurso contra expedição de diploma. A jurisprudência da Casa tem interpretado restritivamente o art. 262, I, do Código Eleitoral, admitindo o recurso contra expedição de diploma tão somente nas

²¹ “Registro de candidatura. Eleições 2010. Senador. Legitimidade recursal. Mérito. Aplicação imediata da LC 135/2010. Causa de inelegibilidade. Art. 1º, I, d e h, da LC 64/1990. Configuração. Partido integrante de coligação não possui legitimidade para atuar isoladamente no processo eleitoral, nos termos do art. 6º, § 4º, da Lei 9.504/1997. Não possui legitimidade para recorrer da decisão que deferiu o pedido de registro de candidatura a coligação que não o impugnou. Incide, pois, à espécie, o disposto na Súmula 11 do C. TSE: ‘No processo de registro de candidatos, o partido que não o impugnou não tem legitimidade para recorrer da sentença que o deferiu, salvo se se cuidar de matéria constitucional’ (...) A coligação que não impugnou o pedido de registro de candidatura não pode ingressar no feito na qualidade de assistente, em razão do disposto na Súmula 11/TSE. Precedentes.” (TSE, RO 60.283, j. 16.11.2010, rel. Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior).

hipóteses de inelegibilidade. Agravo regimental a que se nega provimento (TSE, AgRg em REsp Eleitoral 25.394, j. 04.04.2006, rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, DJ 12.05.2006, p. 144).

Registro – Impugnação – Extemporaneidade – Recurso. A via recursal não pode ser eleita como uma segunda oportunidade a impugnação ao registro, uma vez ocorrida esta última a destempo. A hipótese é semelhante à relativa à ausência de impugnação. Pertinência do verbete n. 11 que integra a súmula da jurisprudência predominante desta corte: “No processo de registro de candidatos, o partido que não o impugnou não tem legitimidade para recorrer da sentença que o deferiu, salvo se se cuidar de matéria constitucional” (TSE, REsp Eleitoral 11997, j. 02.08.1994, rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, RJTSE vol. 6, t. III, p. 265).

A *contrario sensu*, portanto, a jurisprudência e a doutrina tem firmado entendimento de que somente as inelegibilidades expressamente previstas nos arts. 14 e 15 da CF/1988 podem ser arguidas a qualquer tempo (exceto aquelas estabelecidas por lei complementar nos termos do § 9º). Assim, as inelegibilidades emanadas diretamente da Constituição podem ser arguidas por meio de impugnação ao registro da candidatura e caso ultrapassada a fase do processo eleitoral, sem qualquer alegação, ainda poderão ser apresentadas perante a Justiça Eleitoral pelo recurso contra a diplomação, com fundamento no art. 262, I, do Código Eleitoral.

5. Espécies de inelegibilidade

Na medida em que os efeitos da inelegibilidade são sempre os mesmos - impedimento do cidadão de participar e de assumir (ou de se manter em) cargo eletivo, dependendo sempre do caso concreto, e porque podemos observar que a única classificação que faz sentido decorre das razões da inelegibilidade, passaremos a analisar cada uma das hipóteses de inelegibilidade fixadas pelo conjunto normativo, sem adentrarmos, como já salientado, nas inúmeras hipóteses específicas trazidas pela Lei da Ficha Limpa, diante da proposta deste artigo. Vejamos, assim, os principais casos de inelegibilidade, não se devendo olvidar que o descumprimento das condições de elegibilidade não pode ser confundido com as causas de inelegibilidade.

5.1 Inelegibilidade dos inalistáveis e dos analfabetos

Estas hipóteses estão expressamente previstas no art. 14, § 4º, da CF/1988. São inelegíveis os menores de 16 anos, os estrangeiros, os conscritos e os privados temporariamente dos seus direitos políticos. Por sua vez, os analfabetos são inelegíveis conforme este dispositivo constitucional e a alínea *a* do inc. I do art. 1º da LC 64/1990, que regulamentou § 9º do referido art. 14.

A jurisprudência tem permitido a candidatura ao semialfabetizado, ou seja, daquele que tem condições de escrever e até de ler um bilhete (TSE, AC 13.379, de 24.09.1996, rel. Min. Nilson Naves). Portanto, a *contrario sensu*, somente o analfabeto funcional é que será considerado inelegível. Assim, há a possibilidade de verificação de alfabetização,

pelo Juiz eleitoral durante a fase do registro de candidatura, restando vedado o constringimento do exame coletivo.

O TSE, inclusive, vem entendendo que o candidato, ainda que tenha ocupado cargo eletivo anteriormente, se não comprovar ser ele alfabetizado e não passar no referido exame, deve ser considerado inelegível (TSE, AC 13.060, j. 16.09.1996, rel. Min. Nilson Naves).

5.2 Inelegibilidade nos casos de reeleições e pela ausência de desincompatibilização para a reeleição

Os Chefes do Poder Executivo, conforme dicção do art. 14, § 5º, da CF/1988, no caso de se candidatar à reeleição ao mesmo cargo, além dos que os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos, poderão ser reeleitos para um único período subsequente. Portanto, a regra atinge também os Vices para a sua reeleição ao mesmo cargo, para um único mandato. Caso o Vice tenha substituído ou sucedido o Chefe do Executivo nos seis meses anteriores ao pleito eleitoral, poderá mesmo assim concorrer ao mandato eletivo como Chefe do Executivo, pois não se trata de reeleição ao mesmo cargo (TSE, Ac 17.568, de 03.10.2000). A impossibilidade de um terceiro mandato ao mesmo cargo também fica evidente, mesmo para o caso de transferência de domicílio, por exemplo, do Prefeito para um outro município. O caso dos chamados prefeitos “itinerantes” já tem sido objeto de julgamentos nos Tribunais Eleitorais, inclusive pelo TSE, que deixou bem claro que não se pode, mediante prática de ato formalmente lícito (mudança de domicílio eleitoral), alcançar finalidades incompatíveis com a Constituição: a perpetuação no poder e o apoderamento de unidades federadas para a formação de clãs políticos ou hegemonias familiares, pois o princípio republicano nos obriga a interpretar que somente é possível eleger-se para o cargo de prefeito municipal por duas vezes consecutivas, tão somente (TSE, REsp 32.539, j. 17.12.2008, rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira).

Hoje, estranhamente, os Chefes do Executivo só devem se desincompatibilizar, ou seja, devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito, nos termos do art. 14, § 6º, da CF/1988, *caso pretendam concorrer a outros cargos*. Embora essa regra não faça referência aos Vices, mesmo porque com a desincompatibilização dos Chefes haveria a necessidade lógica de o Vice vir a assumir o cargo do titular, o fato é que essa regra também acaba sendo aplicada parcialmente a estes, também por conta do que estabelece o art. 1º, § 2º, da LC 64/1990 (Lei de Inelegibilidades), com exceção ao próprio cargo de Prefeito, Governador ou de Presidente da República (cf. Res. 20.889/2001 do TSE).

Nos casos de mandato “tampão” ou de assunção interina do mandato político de Chefe do Poder Executivo pelo respectivo Presidente do Poder Legislativo, o TSE já decidiu pelo afastamento de hipótese de inelegibilidade. Vejamos o seguinte julgado:

Registro de candidatura – Candidato que, presidente da Câmara Municipal, ocupou interinamente o cargo de prefeito na eleição suplementar – Elegeu-se – Reelegeu-se nas eleições 2000 – CF/1988, art. 14, § 5º. A interinidade não constitui um “período de mandato antecedente” ao período do “mandato tampão”. O “período de

mandato tampão” não constitui um período de “mandato subsequente”, ao período de interinidade. O período de interinidade, assim como o “mandato tampão” constituem frações de um só período de mandato. Não houve eleição para um terceiro mandato (TSE, REsp Eleitoral 18.260, j. 21.11.2000, rel. Min. Nelson Jobim).

5.3 Inelegibilidade pelo descumprimento dos prazos de desincompatibilização

Incompatibilidade é o impedimento que decorre do exercício de cargo, emprego ou funções públicas do agente que, embora no exercício do gozo de seus direitos públicos, o torna impossibilitado de se candidatar para evitar comprometimentos no exercício eficiente e moral de atuar junto à Administração Pública. Para que este agente possa se candidatar, o sistema eleitoral exige que se desincompatibilize. E o art. 1º, II a VII, da LC 64/1990 estabelece os casos de inelegibilidade caso a desincompatibilização não ocorra nos meses anteriores à data da eleição, que variam de três a seis meses.

Tudo dependerá do cargo a que o candidato pretenda se eleger. Não haverá espaço para descrevermos e tratarmos com detalhe cada uma das hipóteses de desincompatibilização, que dependendo do seu vínculo com o Estado, poderá ser definitiva ou temporária. É o que a doutrina denomina inelegibilidades legais relativas em função do cargo.²²

Isto serve, inclusive, para ocupantes de cargos de livre nomeação, demissíveis *ad nutum*, bastando o afastamento de fato (TSE, RO 541, j. 03.09.2002, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, red. designado Min. Fernando Neves). Entretanto, os ocupantes de cargo de comissão, por tempo certo, ou seja, os que, servidores públicos, estatutários ou não, dos órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos Territórios, inclusive das fundações mantidas pelo Poder Público, têm o direito à percepção dos seus vencimentos integrais (cf. art. 1º, II, I, da LC 64/1990 – Lei de Inelegibilidades), ressalvada a hipótese prevista no art. 1º, II, b, da Lei de Inelegibilidades, ou seja:

Os que tenham exercido, nos seis meses anteriores à eleição, nos Estados, no Distrito Federal, Territórios e em qualquer dos poderes da União, cargo ou função, de nomeação pelo Presidente da República, sujeito à aprovação prévia do Senado Federal,

Que reclama afastamento definitivo (cf. Res. 14.355, de 31.05.1994, rel. Min. Pádua Ribeiro).

²² Vide interessante resumo de inelegibilidades, com os prazos de desincompatibilização, elaborado por Thales Tácito Cerqueira e Camila Albuquerque Cerqueira (*Direito eleitoral esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 658-662) e a tabela de desincompatibilização para prefeito (disponível em: <<http://www.tre-sp.gov.br/legislacao/desincompatibilizacao/2012.pdf>>, acesso em: 15 maio 2012).

5.4 Inelegibilidade reflexa por motivos de vínculo familiar (parentesco por consanguinidade, por adoção, por afinidade até o segundo grau e pelo matrimônio ou união afetiva ou mesmo homoafetiva)

O art. 14, § 7º, da CF/1988, ao estabelecer 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,

Buscou evitar o “nepotismo eleitoral” a instituição de dinastias políticas e o uso indevido da máquina administrativa.

Esse dispositivo deve sempre ser aplicado de forma conjunta e sistemática com os §§ 5º e 6º do art. 14 da CF/1988.

É fato que o Chefe do Executivo, caso esteja no seu primeiro mandato e se desincompatibilize seis meses antes da eleição, acaba por liberar o seu parente para fins de sucessão a este mandato eletivo. Caso contrário, não será possível a sua sucessão. Na hipótese de ter sido reeleito o Chefe do Executivo para o segundo mandato, o seu parente não poderá candidatar-se ao cargo de Vice deste cargo, ainda que tenha havido ocorrido o afastamento definitivo, diante da possibilidade de vir a substituir ou de suceder o titular, violando, assim, a intenção da regra constitucional (TSE, Res. 20.931, de 20.11.2001, rel. Min. Garcia Vieira).

O TSE deu nova interpretação à sua Súmula 6, ao decidir que “o cônjuge e os parentes do chefe do Executivo são elegíveis para o mesmo cargo do titular, quando este for reelegível e estiver afastado definitivamente até seis meses antes do pleito” (vide art. 13 da Res. 21.608/2004 do TSE).

Pela leitura rápida do dispositivo constitucional, poderíamos concluir que a inelegibilidade de parentes vincularia apenas aos cargos de Chefe do Executivo e não a outros cargos. Entretanto, o TSE tem dado interpretação restritiva ao termo jurisdição, entendido como “circunscrição eleitoral” e tem considerado inelegíveis todos os cônjuges e os parentes: do Presidente da República para qualquer cargo no território nacional; do Governador para o cargo de Governador, Vice-Governador, Senador, Deputado Federal e Deputado Estadual no Estado de jurisdição do titular, bem como para Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador em todos os municípios de seu Estado; e, do Prefeito, para o cargo de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador no município de jurisdição do titular.²³

A inelegibilidade dos parentes por consanguinidade e por adoção vai até o segundo grau (pais, avós, filhos – inclusive os adotivos –, netos e irmãos), assim como o parentesco por afinidade (sogro, sogra, sogro-avô, sogra-avó, genro, nora, genro-neto, nora-neta, cunhado e cunhada) e como cônjuge, deve ser entendido também a companheira

²³ CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, C. A. Op. cit., p. 634.

e até mesmo a união afetiva e homoafetiva, em que no nosso entender, haja a prova da constituição de família (TSE, Ac 24.564/2004) e não de simples namoro.

Não se poderá ampliar para os “afins dos afins”, pois os afins dos cônjuges não são afins entre si, podendo, por exemplo, o concunhado do Prefeito vir a concorrer ao Poder Executivo Municipal na mesma circunscrição.

No caso de viuvez, uma vez que tenha sido dissolvida a sociedade conjugal em virtude da morte, não subsiste a inelegibilidade da mulher do Prefeito (TSE, Ac 12.685, de 22.08.1992, rel. Min. José Cândido). E, no caso de ter havido a dissolução da sociedade conjugal durante o exercício do mandato, não afasta a regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da CF/1988 (STF, RE 568.596/MG, j. 01.10.2008, rel. Min. Ricardo Lewandowski).

Na hipótese de dois irmãos ocuparem cargos em um município, um como vereador e outro como Prefeito, entendemos ser viável o edil concorrer à reeleição, pois não há impedimento do irmão vereador concorrer à reeleição diante do que prevê o § 7º do art. 14 da CF/1988 (vide RE 409.459 do STF – rel. Gilmar Mendes).

5.5. Inelegibilidade pela má gestão e situação de liquidação de estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro

Ainda temos dentro do rol de inelegibilidades a hipótese da alínea *i*, cujo texto não sofreu alterações pela Lei da Ficha Limpa e reconheceu a inelegibilidade aos que:

Em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, que tenham sido ou estejam sendo objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial, hajam exercido, nos 12 (doze) meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade.

A essas instituições não se aplica o disposto na Lei 11.101/2005 e a inelegibilidade só cessará quando cumpridas todas as obrigações remanescentes a serem atendidas pelos liquidantes e as responsabilidades pessoais dos destinatários desta norma.

5.6. Lei da Ficha limpa e panorama sobre suas implicações

A LC 135/2010, que alterou as causas de inelegibilidade, aplica-se aos processos em tramitação iniciados, ou mesmo já encerrados, antes de sua entrada em vigor, nos quais tenha sido imposta qualquer condenação a que se refere esta nova lei complementar, pelo efeito da retroatividade. A incidência da nova lei a casos pretéritos não diz respeito à retroatividade de norma eleitoral, mas, sim, à sua aplicação aos pedidos de registro de candidatura futuros, posteriores à entrada em vigor, não havendo que se perquirir de qualquer agravamento, pois a causa de inelegibilidade incide sobre a situação do candidato no momento de registro da candidatura. Exsurge da nova lei que a incidência de causas de inelegibilidade em face de condenações por órgão colegiado, sem exigência de trânsito em julgado, resulta da necessidade de exigir dos candidatos vida pregressa compatível para o exercício de mandato.

Pela dicção do art. 11, § 10, da Lei 9.504/1997, inserido pela Lei 12.034/2009:

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

Há que se respeitar, no entanto, um limite temporal que é a diplomação. Portanto, o trânsito em julgado de uma sentença ou acórdão, ou mesmo o julgamento de órgão colegiado de decisão condenatória, de qualquer das hipóteses previstas no art. 1º, I, d e e, da Lei de Inelegibilidades, por exemplo, após a diplomação, não poderão autorizar a cassação do mandato do candidato sob pena de afastar o resultado da decisão do povo, detentor do Poder, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da CF/1988, sendo este um dos princípios fundamentais (Título I) de nosso País.

Como as questões sobre inelegibilidade podem ser conhecidas até o termo acima mencionado²⁴, da mesma maneira, as questões relativamente à elegibilidade, também podem sê-las. Isso significa que, caso o candidato venha a ser absolvido em processo judicial ou mesmo administrativo²⁵ – dependendo da hipótese de inelegibilidade arguida em processo de impugnação de registro de candidatura – durante o andamento do pleito eleitoral, até a fase da diplomação, deve ser reconhecido o seu direito à plena participação na respectiva eleição, se ainda for tecnicamente possível. É evidente que isso só será cabível caso as condições de elegibilidade tenham sido cumpridas e exista a possibilidade de reconhecimento, por meio de instrumento processual específico, a sua elegibilidade superveniente.

Como se sabe, os instrumentos jurídicos existentes no sistema eleitoral para se analisar a existência ou não da inelegibilidade de um candidato são as a AIRC – Ação de Impugnação de Registro de Candidato (art. 3º da LC 64/1990); a AIJE – Ação de Investigação Judicial Eleitoral (arts. 19 a 22 da LC 64/1990); e o RCED - Recurso Contra Expedição de Diploma (art. 262, I, do Código Eleitoral).

Tendo em vista que o Colendo TSE tem como consolidado, como já mencionado, o entendimento de que nas hipóteses de inelegibilidade infraconstitucionais, haverá preclusão caso a impugnação não seja ofertada no prazo previsto no art. 3º da LC 64/1990, ou seja, por meio de impugnação ao registro de candidatura (RJTSE 14/186), não haverá, no nosso entender, como se reconhecer a elegibilidade por fatos ou elementos jurídicos supervenientes se não estiver em andamento este processo. Entretanto, se esta ação tiver sido definitivamente decidida, com o reconhecimento da inelegibilidade pelo alcance da Lei da Ficha Limpa, o candidato não terá como participar da eleição sob este caráter, ainda que posteriormente tenha sido beneficiado por um julgamento de absolvição por um Tribunal Superior ou em uma revisão administrativa, por exemplo.

²⁴ “Inelegibilidade do art. 1º, I, d, da LC 64/1990. Condenação do candidato por abuso de poder político e de autoridade. Julgamento ocorrido após a formalização do pedido de registro de candidatura. Conhecimento de ofício pelo acórdão do Tribunal Regional Eleitoral, que julgou as ações de impugnação ao registro de candidatura. Impossibilidade. Condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade que devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura. Atendimento à norma do art. 11, § 10, da Lei 9.504/1997.” (TSE, RO 174.202/MT, j. 15.12.2010, Min. Carmen Lúcia)

²⁵ Conforme já decidido pelo TSE, a prolação de sentença que anula o ato de demissão afasta a incidência da cláusula de inelegibilidade capitulada no art. 1º, I, o, da LC 64/1990 (TSE, REsp 245.472, j. 15.09.2011, rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, DJe 20.10.2011, p. 60).

Também não há que se olvidar que o novo art. 26-C da Lei de Inelegibilidades possibilitará que o órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas *d*, *e*, *h*, *j*, *l* e *n* do inc. I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão. Este será uma garantia de que aquele que, conseguindo comprovar o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, consiga garantir a sua participação nas eleições e caberá obrigatoriamente à Justiça Eleitoral acatar a decisão, eventualmente, até de outra jurisdição. A lei fixou a competência específica para decidir sobre este pedido, não podendo a autoridade judicial eleitoral que tiver competência para julgar o pedido de registro de candidatura ou da impugnação ao registro assumir para si autoridade para decidir o pedido de suspensão dos efeitos da inelegibilidade.

Ainda, no entender deste autor, embora o art. 26-C da Lei de Inelegibilidades tenha em sua última parte afirmado que o interessado poderá, em caráter cautelar, buscar a suspensão de sua inelegibilidade “desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso”, não poderá ter negada a apreciação do pedido junto ao órgão judicial competente (em especial, caso tenha sido escolhido em Convenção do partido político a que se encontra filiado para ser candidato em determinada eleição, pois a partir daí teríamos consolidado o efetivo interesse jurídico de participar como candidato).

Basta analisarmos a hipótese em que este candidato tenha contra si condenação em ação de improbidade administrativa mantida ou decretada pelo Tribunal de Justiça de um Estado federado, antes mesmo da entrada em vigor da Lei da Ficha Limpa e não tenha sido julgado ainda o recurso especial pelo STJ. Nesse caso, como evidentemente não requereu quando da interposição do recurso a suspensão da inelegibilidade, nada obstará que ele solicitasse junto ao STJ a análise do referido pleito. Acreditamos que este seja o entendimento a garantir não só o direito subjetivo do candidato de exercer o direito de petição como também de ter respeitado o direito político que preencha os requisitos do art. 26-C, primeira parte.

Muitos argumentarão que esse dispositivo pode transformar em tábua rasa o sentido da Lei da Ficha Limpa e violar o princípio geral da segurança jurídica, inclusive das eleições. Entretanto, na ponderação dos princípios, no nosso entender, há que prevalecer como resultado do sopesamento a garantia dos direitos fundamentais individuais.

É evidente que o direito de participar de uma eleição, como candidato, só poderá ser exercido se este conseguir a tutela cautelar de suspensão da inelegibilidade, obter a comunicação oficial à Justiça Eleitoral competente para decidir a questão do registro de candidatura e conseguir que a decisão consistente no deferimento da candidatura seja proferida até o momento em que operacionalmente seja possível inserir o seu nome, como candidato, no Sistema de Candidaturas (ou seja, até que o sistema se encontre aberto), desde que ainda não tenha sido decidido definitivamente pelo indeferimento do registro de sua candidatura pela Justiça Eleitoral.

Haverá, ainda, quem possa argumentar que em havendo a possibilidade prática de ser inserido o nome do candidato nas mídias e antes destas serem incluídas nas urnas eletrônicas haverá, até o referido momento, o interesse jurídico do(a) candidato(a) de ver efetivado o seu direito de participar da eleição. Não há que se olvidar, no entanto, que pelo que dispõe os arts. 56 a 60 da Res. 23.221/2010 do TSE, possível se faz a

substituição do candidato que tiver seu registro indeferido, inclusive por inelegibilidade, além das demais hipóteses previstas na Lei 9.504/1997, art. 13, *caput*; LC 64/1990, art. 17; Código Eleitoral, art. 101, § 1º. Com fundamento nesses dispositivos legais, poderíamos concluir, por analogia, que operacionalmente, poderá o candidato, aprovado em Convenção e que esteja com as suas condições de registro sub judice, buscar o deferimento do registro pela obtenção do reconhecimento de sua elegibilidade até a data em que for possível, pelo calendário eleitoral, a inserção de seu nome nas mídias e estas nas urnas eletrônicas. O texto do novo art. 13, § 3º da Lei 9.504/1997, alterado pela minirreforma eleitoral, Lei nº 12.891/13, não aplicado para as eleições majoritárias de 2014 por decisão do Tribunal Superior Eleitoral, aparentemente estabeleceu o prazo referido ao estabelecer que:

Tanto nas eleições majoritárias como nas proporcionais, a substituição só se efetivará se o novo pedido for apresentado até 20 (vinte) dias antes do pleito, exceto em caso de falecimento de candidato, quando a substituição poderá ser efetivada após esse prazo.

A minirreforma, ao que parece, adotou essa interpretação. Entretanto, o prazo não parece ser suficiente para a normalidade do processo eleitoral, pois ainda assim poderá haver uma desestabilização do processo de escolha, violando a segurança jurídica e criando-se com isto manobras políticas a tomar de surpresa não só a população como também os adversários dos candidatos substituído e substituto, seja porque existem os outros prazos fixados pela Lei 9.504/1997 e pela Lei 12.034/2009 a serem obedecidos, seja porque necessário um prazo adequado para o convencimento político do eleitor.

Ademais, a substituição tem como legitimado ativo o partido ou a coligação e, assim, há que se dar a oportunidade para que o partido possa fazer a melhor opção, de garantir que aquele que tenha efetivas condições de ser eleito, com o preenchimento de todos os pressupostos constitucionais e infraconstitucionais, possa exercer o mandato caso eleito. Melhor seria que a substituição só viesse a ser possível com um prazo superior a trinta dias anteriores à data do pleito.

Também não há que se olvidar que mantida a condenação de que derivou a inelegibilidade ou revogada a suspensão liminar mencionada no *caput* do art. 26-C da LC 64/1990 (Lei de Inelegibilidades), serão desconstituídos o registro ou o diploma eventualmente concedidos à parte recorrente (§ 2º) e os votos daquele que conseguiu participar da eleição como candidato devem ser considerados nulos. Assim, espera-se que seja aplicado, com absoluta cautela, este dispositivo inserido pela LC 135/2010.

Sobre a sustação dos efeitos da decisão que suspende direitos políticos e os aspectos do julgamento, o entendimento do TSE:

Condenação por ato doloso de improbidade administrativa. Inelegibilidade. Art. 1º, inc. I, alínea I, da LC nº 64/90. Suspensão. Art. 26-C da LC nº 64/90. O candidato obteve, nos termos do art. 26-C da LC nº 64/90, provimento liminar proferido pelo Presidente da Seção de Direito Público do TJSP o qual sustou os efeitos da decisão que o condenou à suspensão dos direitos políticos por ato doloso de improbidade administrativa, razão pela qual não incide a causa de inelegibilidade prevista na alínea I do inc. I do art. 1º da LC nº 64/90. Este Tribunal,

ao apreciar a questão de ordem na Ação Cautelar nº 1420-85, definiu que a regra do art. 26-C, caput, da LC no 64/90 – a qual estabelece que o órgão colegiado do tribunal competente poderá suspender, em caráter cautelar, a inelegibilidade – não exclui a possibilidade de o relator, monocraticamente, decidir as ações cautelares que lhe são distribuídas. Tal entendimento foi reafirmado no julgamento do REspe nº 527-71/SP, rel. Min. Dias Toffoli, PSESS em 13/12/2012, ao se assentar que ‘a concessão de efeito suspensivo pelo Presidente da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça ao recurso especial interposto contra o acórdão do TJ que manteve a condenação por improbidade administrativa é apto para suspender a inelegibilidade, a teor do art. 26-C da LC nº 64/90’. De igual modo, esta Corte também já julgou que, ‘independentemente de a questão ter sido tratada expressamente na decisão liminar’, seria possível afastar a inelegibilidade nos termos do art. 26-C da LC nº 64/90. (TSE, AgR-REspe nº 687-67/SP, da relatoria do Min. Arnaldo Versiani, PSESS no dia 30/10/2012).²⁶

Se os efeitos de decisão de TSE estão suspensos por força de cautelar deferida por esta Corte Superior, dada a plausibilidade e relevância da questão relativa à nulidade de investigação judicial, por ausência de citação de vice-governador, não há como se reconhecer efeitos que possam decorrer da respectiva decisão colegiada, até mesmo para fins de eventual inelegibilidade do art. 1º, I, j, da LC nº 64/90, dada a condenação por captação ilícita de sufrágio. O § 2º do art. 26-C da LC nº 64/90 expressamente estabelece que o deferimento do registro, na hipótese de concessão de cautelar sustando os efeitos da condenação, fica condicionado ao deslinde do recurso interposto contra a decisão colegiada ou à manutenção da liminar concedida, razão pela qual, nessas hipóteses, deve o pedido de registro ser deferido sob condição.²⁷

É evidente que muitas batalhas nos tribunais e na doutrina serão travadas em virtude da promulgação da Lei da Ficha Limpa, mas não temos qualquer dúvida de que o grande avanço alcançado não pode vir a retroagir, pois, nas palavras do Min. Luiz Fux:

Nesse caso, impende prestigiar a solução legislativa, que admitiu, para o preenchimento do conceito de vida pregressa do candidato, a consideração da existência de condenação judicial não definitiva, a rejeição de contas, a renúncia abusiva ou perda de cargo, até porque a previsão do art. 14, § 9º, vigente, estabeleceu disposição constitucional – portanto, de mesma hierarquia do art. 5º, LVII – que veicula permissivo para que o legislador complementar estabeleça restrições à elegibilidade com base na vida pregressa do candidato, desde que direcionadas à moralidade para o exercício do mandato”.

Esperamos que todos, inclusive os partidos políticos venham a entender a importância desta lei no processo de moralização de nossa política.

²⁶ (TSE, AgR-Respe nº 28152, ac. 21/03/2013, rel. Min. Henrique Neves, DJE 13/5/2013).

²⁷ (TSE, AgR-RO nº 125963, ac. 28/10/2010, rel. Min. Arnaldo Versiani, PSESS, 28/10/2010).

Referências Bibliográficas

AGRA, Welber de Moura. Neoconstitucionalismo e a superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2008.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, José Carlos Moreira. Pressupostos da elegibilidade e inelegibilidades. In: REZEK, José Francisco. *Estudos de Direito Público em homenagem a Aliomar Balleiro*. DF: UnB, 1976.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2001.

CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, C. A. *Direito eleitoral esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Elegibilidade e inelegibilidades*. São Paulo: Dialética, 2004.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, L. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2006.

FERREIRA, Pinto. *Código Eleitoral comentado*. São Paulo: Saraiva, 1999.

GUILHERME, Walter de Almeida; KIM, Richard Pae; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da (Coord.). *Direito eleitoral e processual eleitoral: temas fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KIM, Richard Pae. Elegibilidade, condições de elegibilidade, inelegibilidade e a Lei da Ficha Limpa: fundamentalidade dos direitos políticos e a moldura constitucional. In: GUILHERME, Walter de Almeida; KIM, Richard Pae; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da (Coord.). *Direito eleitoral e processual eleitoral: temas fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 97/132.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo; TAVARES, A. R. *Vade-mécum: integrado com resoluções, súmulas e jurisprudência*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MENDES, Antônio Carlos. *Introdução à teoria das inelegibilidades*. São Paulo: Malheiros, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Direitos Políticos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 723-739.

CAGGIANO, Mônica Herman (Org.). *Ficha Limpa: impacto nos tribunais: tensões e confrontos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial*. Coimbra: Coimbra, 2000.

RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. Niterói: Impetus, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; RIPARI, Vanessa Toqueiro. A cidadania regional americana e o ordenamento jurídico brasileiro. *Diálogos & Debates*, ano 9, n. 4, ed. 36, p. 22-28, 2009.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber Moura. *Elementos de direito eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madri: Trotta, 1995.

Breves reflexões sobre o controle jurisdicional dos meios de comunicação no âmbito eleitoral¹

*Flávio Luiz Yarshell*²
Advogado

1. Um tema objetivamente complexo

No cenário da Justiça Eleitoral, poucos temas são tão (objetivamente) complexos quanto aquele relativo às formas de controle dos meios de comunicação. Tratá-lo de forma dogmática é um grande desafio; porém, mais difícil ainda é examiná-lo sob a ótica da experiência concreta dos tribunais.

Essa complexidade resulta de diferentes circunstâncias.

Primeiro, as situações surgidas nesse contexto levam ao confronto de valores que, conquanto igualmente essenciais para o convívio democrático, são também (quando menos) potencialmente colidentes: liberdade de comunicação, liberdade de expressão, direito à informação, igualdade, privacidade, honra e imagem. Ao mesmo tempo em que o processo eleitoral – tomado em seu significado mais amplo e não aquele estritamente jurisdicional – depende da mais ampla divulgação de informações, da pluralidade do debate e da crítica, ao mesmo tempo, a atividade desenvolvida para tanto pode violar direitos individuais e, mais do que isso, colocar em risco a legitimidade do pleito por interferir de forma indesejável na formação e captação da vontade popular expressa nas urnas. No conflito de valores de primeira grandeza, a ponderação é incontornável. Mas ela não está – nem poderia estar – imune a problemas. No limite, as decisões envolvem componentes políticos ou até mesmo ideológicos, sem que isto se confunda com preferências partidárias - aliás, nem é possível confundir os conceitos na realidade brasileira, dado que coerência ideológica decididamente não é o ponto forte de nossas agremiações partidárias.

Outra circunstância que parece tornar complexo o tema é a potencial relação entre meios de comunicação, de um lado, e abuso do poder econômico e político, de outro. Embora os conceitos possam ser apartados - e a regra inserta no § 10 do art. 14 da Constituição Federal é disso um bom exemplo, com repercussões teóricas e práticas relevantes -, fato é que o poder econômico e político também atua pelos veículos de comunicação. Estes últimos, embora possam ser tratados com autonomia, podem também ser braços poderosos do poder. Aliás, isso tende a acontecer com mais intensidade quanto maior a força econômica e política, quando então a captação do sufrágio não aparece sob a forma mais grosseira da pura e direta compra de votos, mas mediante formas mais sofisticadas, que usam o direito à informação como forma de justificar atividades que, na realidade, tendem a captar sufrágio de forma abusiva.

¹ O presente artigo foi originalmente elaborado para integrar obra coletiva, em homenagem ao Desembargador Antonio Carlos Mathias Coltro – ainda no prelo na data em que este foi encaminhado para a presente publicação.

² Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo e Brasília.

É paradoxal: a liberdade é absolutamente indispensável para preservar a legitimidade do pleito, mas ela pode ser invocada como salvaguarda para a prática de condutas nocivas ao convívio democrático. Portanto, sem negar valores como a liberdade de expressão, é preciso ser realista e considerar que veículos de comunicação também se relacionam com o poder econômico e político. Pessoas que trabalham com informação podem estar constituídas sob a forma de empresas, que buscam lucro, que almejam patrocínios, enfim, que disputam mercado e, eventualmente, mais do que isso. Ignorar essas possíveis ligações seria ingênuo; presumi-las invariavelmente nocivas ao processo eleitoral seria indevido³.

Mas, não bastasse tudo isso, o tema tem-se tornado ainda mais complexo por transformações ocorridas nos próprios meios de comunicação. Hoje, a clássica distinção – relativamente segura, por determinar regimes jurídicos mais claramente diferenciados – entre imprensa escrita, de um lado, e televisão e rádio, de outra – foi superada pela realidade da internet e dos múltiplos canais de comunicação que aí se contém. Isso se refletiu na legislação, mas a velocidade e o dinamismo desse fenômeno mundial apresentam situações que a lei nem sempre consegue alcançar, mesmo num sistema em que se atribui ao Tribunal Superior Eleitoral o poder (ainda que limitado) de regulamentar as eleições, com mais agilidade do que faria o Legislador.

Desse modo/Dessa maneira, é preciso considerar as transformações pelas quais tem passado a imprensa, no contexto da colheita e da divulgação de informações por indivíduos e por redes sociais, que fizeram surgir conceitos como os de jornalismo “cidadão” ou “colaborativo”, e expressões como “wikijornalismo”, “open source” e outras. Fala-se – e esta não é a sede adequada para confirmar a exatidão da assertiva – que jornalistas perderam o monopólio da voz. De fato, é possível imaginar o quanto não mudou a vida dos editores dos jornais, televisões e rádios. Essa “revolução” escancara o problema da credibilidade da informação, muito relevante no âmbito eleitoral. Mais do que isso, a ampliação dos canais de disseminação de informação coloca em xeque a capacidade estatal de decidir e de dar efetividade a suas decisões – ou seja, coloca em xeque o poder do Estado. Portanto, a relação daqueles tradicionais veículos com os canais existentes na internet torna seguramente mais complexo o tema do controle estatal – e, dentro dele, do controle jurisdicional – dos meios de comunicação em seu conjunto.

2. Balanço atual: saldo em prol da liberdade de comunicação

Um exame do que aconteceu de mais relevante nos últimos anos, no terreno ora examinado, autoriza concluir o que está adiantado acima: no confronto entre diferentes valores – que se complementam, mas que também se repelem em alguma medida – o saldo é decididamente favorável à liberdade de comunicação. Tal é o que se extrai, de modo geral, do sistema normativo e das decisões dos tribunais.

³ Fenômenos análogos ocorrem com os profissionais que lidam com *saúde* e *justiça*, por exemplo. Tal como a *informação*, esses são valores buscados pela sociedade. Mas eles acabam se associando de alguma forma à atuação empresarial, voltada para o lucro. E, embora o mal não esteja aí, é fato que o controle ético e jurídico de tais atividades, nessas circunstâncias, é reconhecidamente mais difícil.

Nesse contexto, duas ocorrências bem ilustram a assertiva e parecem justificar a conclusão adiantada.

O primeiro episódio remonta ao período que antecedeu as eleições de 2008. Naquela oportunidade, dois importantes veículos da imprensa escrita – um jornal e uma revista – publicaram entrevistas com os então principais pré-candidatos à Prefeitura da cidade de São Paulo. Naturalmente, o conteúdo permitia identificar o cargo almejado e os entrevistados falaram largamente sobre seus planos e projetos, se eleitos. Diante disso, o Ministério Público promoveu representações fundadas na alegação de propaganda eleitoral antecipada, que foram acolhidas em primeiro grau, com a condenação não apenas dos pré-candidatos, mas igualmente dos veículos. A reação – não apenas jurídica – destes últimos foi rápida e contundente. Especialistas foram ouvidos e foram publicadas declarações sobre o equívoco jurídico que teria sido perpetrado; entre outros, falaram membros da Magistratura, inclusive de tribunais superiores. O Ministério Público também sofreu ataques, por ter vindo dele a iniciativa de reprovar as condutas.

A reação dos veículos produziu efeito e, antes mesmo que os recursos contra as decisões fossem julgados, o Tribunal Superior Eleitoral cuidou de editar Resolução – cujo conteúdo veio, depois, a ser positivado pela Lei 12.034/11 – para deixar claro, então, o que hoje está expresso no art. 36-A, inciso I, da Lei 9.504/97 (com nova redação dada pela Lei 12.891/13) – e assim também na Resolução editada para as eleições de 2014. A partir dali, consolidou-se o entendimento segundo o qual não configura propaganda eleitoral antecipada (permitida a cobertura de qualquer dos meios de comunicação) a participação de filiados a partido ou de “pré-candidatos” (expressão até então não aceita pela legislação, não ao menos no contexto da propaganda) em:

Entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico.

É certo que a celeuma então gerada envolvia dois conceitos distintos e que, embora pudessem se relacionar, comportavam – como comportam – regulação diversa. Uma coisa é definir o que seja *propaganda eleitoral antecipada*, tendo em vista que o sistema não tolera – e continua formalmente a não tolerar – que ela ocorra; outra coisa é saber se e como a cobertura de veículos de comunicação pode ser instrumento de propaganda antecipada. Portanto, uma coisa é o conteúdo do que se divulga; outra é a forma de veiculação desse conteúdo.

Não obstante, as coisas acabaram se confundido na medida em que as sanções, nesse episódio, não se limitaram aos candidatos – como até então vinha ocorrendo – e atingiram os veículos. Dessa maneira/Desse modo, para permitir que o meio de comunicação difundisse aquele conteúdo, era preciso alterar o conceito do que, até então, entendia-se por propaganda antecipada. Antes da referida ocorrência, divulgação (por qualquer veículo) que contivesse indicação de cargo, projeto de trabalho e pedido (ainda que implícito) de voto era tida como propaganda ilícita, porque antecipada. Mas, justamente para viabilizar a difusão da informação, foram jogados por terra aqueles dois primeiros

elementos, ficando apenas o terceiro, na medida em que se ressalvou ser ilegal o pedido de votos. Mas forçoso convir que essa ressalva – se não pode ser simplesmente acoimada de hipócrita – soa completamente irreal: quando alguém é entrevistado sobre projeto político para determinado cargo, não precisa dizer que pede votos; o pedido está contido e negar essa circunstância é como tapar o sol com a peneira.

É relevante observar que a revisão do conceito de propaganda antecipada, quando se considera a literalidade dos textos editados desde então, parece estar restrita à cobertura pelos veículos de comunicação, ou seja, alterou-se o conceito para se garantir a liberdade de atuação dos meios de comunicação. Tanto é assim, que está dito no texto legal vigente ser lícita a realização de encontros, seminários ou congressos, “*em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, discussão de políticas públicas, planos de governo ou alianças partidárias visando às eleições*”; mas é possível a divulgação dessas atividades “*pelos instrumentos de comunicação intrapartidária*” (art. 36-A, inciso II, da Lei das Eleições, com redação que lhe deu a Lei 12.891/13).

A busca de limitação resultante das expressões grifadas acima é evidente, mas, em boa medida, contém ambiguidade que torna difícil a missão do intérprete: afinal de contas, qual o conteúdo que a lei entende ilícito por ser antecipado? O que caracteriza o ilícito é o conteúdo ou o instrumento de sua difusão? Se, para argumentar, a lei admite a “divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se faça pedido de votos” (art. 36-A, inciso IV, com a redação atual), e permite “a manifestação e o posicionamento pessoal sobre questões políticas nas redes sociais” (idem, inciso V), como então identificar o conteúdo de propaganda? O que é, afinal de contas, propaganda depois das alterações advindas dos citados episódios?

Veja-se que a alteração - pensada para viabilizar a atuação dos meios de comunicação – chegou ao ponto de positivizar o conceito de “pré-candidato”. Mas, até por coerência, não parece possível admitir a existência desta figura exclusivamente para efeito de debates e entrevistas realizados ou cobertos pela mídia. Ou bem alguém é pré-candidato ou bem não é. Basta pensar, por exemplo, na extensão que o conceito há de ter sobre as figuras do art. 73 da Lei das Eleições, cujo *caput* – ao menos em sua literalidade – abarca apenas os candidatos, que, como tal, só assumem tal condição após os respectivos registros de candidatura perante a Justiça Eleitoral.

De qualquer modo, sem embargo de tais e tantas perplexidades, fato é que o episódio trouxe consigo uma clara mensagem de prestígio à liberdade dos meios de comunicação; o que, forçoso convir, foi um acerto, ainda que por vias oblíquas. As críticas duras – algumas delas desleais – feitas às decisões que impuseram as sanções não se ajustavam ao entendimento então vigente; contudo, tiveram o mérito de levar a abertura que não apenas garantiu o direito à informação, mas atenuou a distância entre o direito posto e a realidade das coisas. É preciso considerar que quanto mais o Estado se propõe a restringir a atuação dos agentes do processo eleitoral, deve considerar não apenas a capacidade de efetivar as regras que, para tanto, edita; mas que o risco de se tornar um partícipe do processo eleitoral tende a crescer.

Essa mesma mensagem foi ratificada ao ensejo de um segundo e relevante episódio, que foi o julgamento pelo STF da ação direta de inconstitucionalidade 4451, conhecida como a “ADIN dos humoristas”. Referida demanda buscou a declaração de inconstitucionalidade de normas supostamente proibitivas de sátiras de candidatos em

período eleitoral. O plenário do tribunal referendou, por maioria de votos, liminar que fora concedida singularmente e o fez para sustar a vigência do art. 45, II e da segunda parte do inciso III, além dos parágrafos 4º e 5º deste mesmo dispositivo da Lei das Eleições, “por arrastamento”. Houve três votos vencidos, que afastavam a declaração de inconstitucionalidade e preconizavam sua constitucionalidade mediante interpretação conforme.

Ali ficou registrado que “Não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas”; em dever negativo “que inclui a própria atividade legislativa, pois é vedado à lei dispor sobre o núcleo duro das atividades jornalísticas, assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação *lato sensu*”. Também foi destacado que:

A imprensa mantém com a democracia a mais entranhada relação de interdependência ou retroalimentação. A presente ordem constitucional brasileira autoriza a formulação do juízo de que o caminho mais curto entre a verdade sobre a conduta dos detentores do Poder e o conhecimento do público em geral é a liberdade de imprensa. A traduzir, então, a ideia-força de que abrir mão da liberdade de imprensa é renunciar ao conhecimento geral das coisas do Poder, seja ele político, econômico, militar ou religioso.

Mais do que isso, registrou o voto do relator – com registro na ementa do acórdão – que a Constituição teria, a seu ver, destinado “à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade”. Daí a qualificação da imprensa como sendo “a mais avançada sentinela das liberdades públicas”, como “alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência”, e dos jornalistas como profissionais que, a seu ver também, teriam “o mais desanuviado olhar sobre o nosso cotidiano existencial e os recônditos do Poder, enquanto profissionais do comentário crítico”. Daí também a assertiva de que “Pensamento crítico que é parte integrante da informação plena e fidedigna”, e de que “o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero”. A conclusão foi a de que a crítica jornalística, em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não ser suscetível de censura prévia. Isso porque “é da essência das atividades de imprensa operar como formadora de opinião pública, lócus do pensamento crítico e necessário contraponto à versão oficial das coisas”.

Sobre o julgado, convém expurgar o quê, preservada convicção diversa, nele existe de exagero, quase demagógico, em dadas passagens. A visão de que a imprensa atuaria como veículo rigorosamente imparcial – sempre na busca da verdade – não pode ser tida como universalmente correta. Há veículos e veículos a considerar. E, como foi dito acima, a informação – como a *saúde* e a *justiça* – é valor muito precioso, mas que exatamente por isso também está sujeito à manipulação ditada por interesses econômicos, políticos e eleitorais.

Também é preciso considerar, conforme bem destacaram os votos vencidos, que não era propriamente caso de se declarar a inconstitucionalidade de dispositivos legais que vigoraram por vários anos e que pautaram inúmeras eleições, sem que nenhum vício lhes fosse imputado; tampouco sendo o humorismo e sátira de políticos uma criação recente. Teria bastado afirmar a necessidade de interpretação conforme, porém mais importante do que isto, é preciso ter em mente que o acórdão, conquanto saudavelmente tenha reafirmado a liberdade de informação e de crítica, não esgotou todas as facetas de um problema potencialmente complexo. Principalmente, o acórdão não se ateve às questões que envolvem a interação entre jornais, rádio e televisão, de um lado, e internet, de outro lado.

De todo modo, o julgado reforça o que foi dito no título do tópico: felizmente, consideradas as respostas dadas pelo Judiciário brasileiro, o saldo é amplamente favorável à liberdade de comunicação, que envolve a divulgação da informação, o debate jornalístico e a crítica, ainda que sob a forma de sátira.

Isso, contudo, não deixa de sugerir certo paradoxo, quando se pensa que, paralelamente a isso, vigora a Lei da “ficha limpa”. Sua defesa contundente – feita por diferentes segmentos e expressa com vigor nos veículos de comunicação – parece trazer consigo a premissa de que as informações proporcionadas ao cidadão não são suficientes para que ele possa discernir os candidatos que, por seu passado, não estariam habilitados. Embora a filosofia geral da lei mereça encômios, o fato é que ela parte da premissa de que o cidadão precisa ser tutelado e que não é capaz, diante das informações que estão ao seu alcance, de tomar decisões de forma autônoma.

3. Controle dos meios de comunicação: o papel reservado à Justiça Eleitoral

No contexto acima analisado, o que se deseja determinar é de que forma o Judiciário deve exercer controle sobre os meios de comunicação, no período eleitoral, mais precisamente, em tudo o que disser respeito às eleições – afinal de contas, boa parte dos problemas que envolvem os veículos ocorre justamente no período que antecede a propaganda eleitoral autorizada pela lei.

Para tanto, é preciso considerar que a ideia de controlar os meios de comunicação parte de duas premissas: (a) referidos veículos efetivamente têm capacidade de interferir na formação da opinião pública e, mais do que isto, podem determinar a escolha do eleitor; (b) eles estão sujeitos à atuação do poder – seja econômico, seja político – e que, desse modo, poderiam atuar de forma a prejudicar a legitimidade do pleito. Como se percebe, são premissas cujo conteúdo escapa – ao menos em parte – do âmbito de competência exclusiva do jurista. Por isso, estudos que procurem maior exatidão nessa área precisam ocasionalmente se valer de subsídios de outras áreas do conhecimento.

Tomando-se a segunda dessas premissas, convém reforçar o que já foi dito: não há como sustentar uma visão linear e homogênea do que sejam “meios de comunicação”. Para além da tradicional distinção entre imprensa escrita e falada, a difusão da informação ganhou notável complexidade com os canais que a internet permite. Além disso, trabalhar com a ideia segundo a qual os meios de comunicação – já não apenas a imprensa – seriam invariavelmente uma “sentinela avançada” em defesa das liberdades

públicas (para usar a expressão empregada pelo STF na acima referida ação direta) soa, no mínimo, irreal. Num cenário em que, como já foi dito, o jornalista teria perdido o monopólio da palavra, é realmente difícil concebê-lo como “o mais desanuviado olhar sobre o nosso cotidiano existencial e os recônditos do Poder, enquanto profissionais do comentário crítico”.

Quanto à primeira das premissas acima indicadas, é preciso cuidado com certa ambiguidade que o ponto suscita.

De um lado, fala em prol de alguma forma de controle (estatal ou outro) a constatação de que os meios de comunicação têm papel relevante na gênese da opinião pública. Sobre isso, são conhecidos estudos que levaram à formulação de teorias como a da “espiral do silêncio”, fundada nas premissas de que (i) a sociedade tende a intimidar indivíduos que tenham opiniões dissonantes do grupo, sujeitando-os ao isolamento; (ii) o receio do isolamento leva à busca de uma atmosfera de consenso; (iii) isso afeta o comportamento público das pessoas, interferindo na sua decisão de expressar ou de ocultar suas opiniões pessoais. Além disso, é preciso considerar que os meios de comunicação participam diretamente na seleção dos assuntos a serem publicamente debatidos⁴. Naturalmente, a isso se soma o fator *credibilidade*: no Brasil, dados sugerem que o grau de confiança dos jornais impressos permanece superior ao do rádio e da televisão, e ganha de longe dos sites, redes sociais e blogs⁵.

De outro lado (e paradoxalmente), a busca de credibilidade e a identificação, pela população, de que isto se dá em relação a certos meios de comunicação (na verdade, nos tradicionais, verdadeiramente organizados sob a forma de atividade jornalística) mostram que não se deve subestimar a capacidade de entendimento e de escolha dos cidadãos. No sistema democrático, o voto é – ele mesmo – forma relevante de controle que está a cargo do povo. É preciso cuidado: controlar meios de comunicação a pretexto de assegurar a legalidade do pleito pode ser controlar indevidamente o próprio voto popular, num direcionamento que oscila entre o paternalismo e a indevida interferência do Estado – ainda que até involuntária – em prol de algum dos disputantes. É quando o juiz passa a interferir na disputa, como um partícipe sujeito a tentativas de manipulação numa disputa (política) cujas regras não são exclusivamente jurídicas.

Então, na certeza de que alguma forma de controle é imprescindível, é possível divisar duas diferentes maneiras de consumá-lo.

Há um controle que não está a cargo do Poder Judiciário, mas da própria sociedade, por diferentes mecanismos – reiterando-se que o próprio voto é uma forma de controle. É preciso dar maior importância a esse aspecto: quanto maior forem o *pluralismo* e a *transparência* nos meios de comunicação, maior a possibilidade de que os eventuais desvirtuamentos sejam contidos sem a intervenção do Judiciário. Isso

⁴ “Além dessa função fiscalizadora, também é comum encontrar na doutrina menção à função de *agenda setting* dos meios de comunicação de massa, como mais uma derivação da função de informar. Com efeito, tem-se entendido que cumpre aos *mass media* não apenas registrar “passivamente” os acontecimentos do dia a dia, mas também suscitar novas questões, formular indagações e provocar reflexões sobre temas de interesse coletivo. No exercício da função de *agenda setting*, os meios massivos de comunicação participam diretamente do processo de “construção” ou “criação” de notícias (*newsmaking*), uma vez que lhes cabe selecionar as informações a serem divulgadas e conferir-lhes a respectiva *dimensão* e *importância*. Em outras palavras, os *mass media* delimitam os temas a serem publicamente debatidos, ao estabelecerem (a) quais eventos, questões e matérias devem ser incluídos ou excluídos desse debate público e (b) qual a ênfase a ser conferida a tais eventos, questões e matérias perante a atenção do público receptor”. Cf. Helena Abdo, *Mídia e processo*, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 70-71.

⁵ Cf. *Folha de São Paulo*, 9 mar. 2014, Caderno Poder, p. A-6.

certamente não é suficiente, mas num ambiente de liberdade, essa pode ser uma forma mais adequada e, principalmente, legítima. A resolução dos conflitos pela própria sociedade é sempre mais desejável do que a solução adjudicada pelo Poder Judiciário. Não se trata de indevido liberalismo, mas da constatação de que, quanto maior o grau de maturidade de um dado grupo social, menor é a necessidade de intervenção do Estado na esfera individual. Afinal de contas, como já se disse com sabedoria, a saúde não está exatamente nos hospitais.

Com isso, volta-se ao relativo paradoxo acima apontado: se, por um lado, é certo que as diferentes facetas da internet tornaram o problema ora tratado ainda mais complexo, por outro lado é preciso considerar que a credibilidade continua a ser um dado muito relevante na formação da opinião pública; pelo contrário, no imenso universo de informações e dados veiculados em sites, redes sociais e blogs, mais do que nunca o que o destinatário busca é confiabilidade da informação. Nem o Ministério Público nem o Poder Judiciário devem subestimar a capacidade de discernimento do cidadão. Ela pode até ser politicamente pobre e fundada em um pragmatismo cruel: o destino do voto é dado em função da capacidade que este ou aquele candidato tenha, ao ver do eleitor, de proporcionar ou de garantir uma realidade concretamente favorável.

Há também o controle jurisdicional que, em certa medida, deve ser considerado subsidiário. Conquanto em matéria eleitoral não se costume falar – como em outros campos tem sido feito com ênfase – para meios alternativos de solução de controvérsias, a solução adjudicada pelo Estado, pelas razões acima indicadas, ainda deve ser vista como a última.

Na tentativa de sistematizar essa forma de controle – que será sempre feita no caso concreto, conforme, aliás, paradoxalmente reconheceu o STF ao julgar a acima mencionada ADIN – podem ser indicados os seguintes critérios:

- a) conforme já se ponderou, não se deve subestimar a capacidade de discernimento do eleitor ou, até mais do que isto, se deve respeitar suas escolhas. Embora reconhecido o poder de influência dos meios de comunicação, é preciso considerar que o eleitor muitas vezes tem razões pragmáticas para fazer sua escolha; num Estado marcadamente assistencial isto pode ser ainda mais claro. Assistencialismo é indesejável? Sim, porque indica falta de maturidade política e econômica dos cidadãos. Mas mudanças nessa estrutura não podem ser simplesmente feitas pela Justiça Eleitoral;
- b) o controle jurisdicional deve ser feito não apenas com imparcialidade – o que é evidente – mas com verdadeira independência. Aqui está o lado reverso da moeda: é preciso que eventual pressão oriunda dos meios de comunicação não dite as decisões judiciais. Episódios recentes em processo originário perante o STF mostraram o risco, mas também mostraram que não se trata de uma pressão inexorável;

- c) Na ponderação de valores deve prevalecer a legalidade proporcional⁶: no limite, entre o controle feito pela população por meio do voto, de um lado, e aquele que possa ser feito pelo Poder Judiciário, deve prevalecer o primeiro. No contexto aqui tratado, isso significa que, diante de eventual conflito, deve prevalecer o valor liberdade de comunicação, de divulgação e de acesso à informação e à crítica.

⁶ A propósito, ao decidir pela necessidade de serem aplicadas as proibições do art. 73 da Lei das Eleições sob a perspectiva de uma reserva legal proporcional, asseverou o Ministro Gilmar Mendes do TSE: “Como já tive a oportunidade de manifestar, creio (art. 5º, LIV, da Constituição Federal) que a intervenção do Tribunal Superior Eleitoral no processo eleitoral há de se fazer com o devido cuidado para que não haja alteração da própria vontade popular” (TSE - RESPE: 25086 SP, Relator Min. GILMAR FERREIRA MENDES, j. 31/05/2005, DJ 03/06/2005, página 139). No mesmo sentido: “A intervenção do Tribunal Superior Eleitoral no processo eleitoral há de se fazer de uma forma minimalista, com o devido cuidado para que não haja alteração da própria vontade popular” (TSE - RESPE: 25299 SC, Relator Min. GILMAR FERREIRA MENDES, j. 23/08/2005, DJ 26/08/2005, página 172).

A inaplicabilidade da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) nas representações eleitorais

Luiz Sílvio Moreira Salata¹
Advogado

O debate sobre o polêmico tema evoluiu substancialmente no ordenamento jurídico eleitoral após a edição da *Lei nº 12.034, de 29/09/2009 (minirreforma)*, com a introdução do art. 105-A no texto da *Lei nº 9.504/97 (lei geral das eleições)* vazado com a precisa redação: “Art. 105-A. Em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985”.

Cumpra anotar, no preâmbulo dos comentários, que a ementa da *Lei nº 7.347, de 24/07/1985* não fixa nenhuma questão voltada ao direito eleitoral na sua exegese: “Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências”, assim, por demais visível, não encontrar consignada no texto reproduzido qualquer vinculação da lei da ação civil pública com as disposições previstas na lei de regência das eleições.

Nesta quadra, importante destacar ainda, pois longínquo no tempo, a impossibilidade de proposta de ação civil pública no âmbito da Justiça Eleitoral, não encaixando no elenco do processo eleitoral a hipótese de instauração da medida, nem mesmo nos casos da prática de conduta vedada aos agentes públicos nas campanhas (*art. 73, da Lei nº 9.504/97*).

Evidente que no caso em tela, com a introdução do *art. 105-A, na Lei nº 9.504/97*, o legislador pretendeu definitivamente afastar do processo eleitoral os procedimentos previstos na lei da ação civil pública, trazendo uma substancial inovação quanto à proibição de Instauração do Inquérito Civil Público (ICP) e proposta do Termo de Ajuste de Conduta (TAC) nas representações eleitorais.

Por certo o legislador inspirou-se na óptica de que os mecanismos previstos na LIA tratam de absoluto comando do Ministério Público, mantendo no âmbito do direito eleitoral a nítida finalidade na produção antecipada de provas, para instrução de representações ou ações, sempre trazendo prejuízos aos envolvidos nas investigações preliminares, pois não possibilitado em nenhuma circunstância o exercício das garantias fundamentais asseguradas pela ampla defesa e contraditório, obedecida a cláusula do devido processo legal (*art. 5º LIV e LV, da Constituição da República*).

Nessa situação, não se pode olvidar que a doutrina processual pátria absorveu de imediato as cláusulas dispostas no texto fundamental, alçando em patamar superior as garantias dispostas, surgindo no direito brasileiro o fenômeno da constitucionalização do processo, restaurando os equívocos anteriores, através dos primados da *Carta Política de 1988*, colacionando as significativas ilustrações doutrinárias:

¹ Advogado. Conselheiro Seccional, Presidente da Comissão de Relações com Poder Legislativo e Vice-Presidente da Comissão de Direito Eleitoral, todos da OAB/SP.

Modificou-se o panorama com o advento da Carta Política de 5.10.1988. [...] Uma consequência natural do fenômeno consistiu no fato de que os processualistas brasileiros foram levados, mais que anteriormente, a examinar ou reexaminar problemas do processo – tanto civil quanto penal – à luz das diretrizes contidas na Constituição. Grande parte da literatura processual contemporânea revela a impregnação de valores constitucionais, a que se passou a dar maior peso na interpretação dos textos processuais. [...] A elevação de garantias processuais ao patamar constitucional, em 1988, tem óbvia significação, à luz das circunstâncias históricas. O país emergia de longo período de governos arbitrários, durante os quais não se pode dizer que fossem elas fielmente observadas. Era compreensível o cuidado de impregnar a nova Constituição de valores inerentes ao Estado de Direito que então se restaurava. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Estudos de direito processual constitucional – a constitucionalização do processo no direito brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 48 e 55).

Até então, era plenamente viável ao Ministério Público Eleitoral a instauração de procedimentos preparatórios com vários rótulos/com vários títulos, mas de igual finalidade na óptica de verdadeira investigação antecipada, para promover a colheita de provas necessárias à instrução das ações previstas no elenco do processo eleitoral.

Por certo, nessas precárias condições, sempre resultou em afronta a garantias constitucionais, pois o órgão do *parquet* não facultava a intervenção dos envolvidos na conduta tida como ilícita na seara da Justiça Eleitoral, sobretudo com vedação de participação de Advogado na apuração preliminar ou investigação antecipada, trazendo gravíssimas consequências para a defesa.

Nesse sentido, trago para escorar a posição os breves e excepcionais comentários:

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

A aperfeiçoar o princípio do devido processo legal, tanto em sua vertente forma quanto material, é dizer, como elementos concretizadores daquele princípio, segue a Constituição, nesse inciso, como que a especificá-lo, exigindo que nos processos, sejam eles administrativos ou judiciais, o princípio do contraditório e da ampla defesa devem ser respeitados. A meu sentir, não há que se falar em divisão do princípio da ampla defesa e do contraditório em dois, dado que se estabelecem em uma complementaridade circular, é dizer, o respeito ao contraditório somente se dá com o consequente respeito à ampla defesa, e vice-versa. (BONAVIDES, Paulo et al. Comentários a Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 218-219).

O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial criminal e civil ou em procedimento administrativo, inclusive militares, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso. (MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 364).

4.1 Direito de ampla defesa. Contraditório

A bilateralidade está inscrita no próprio conceito de justiça como observa Giorgio Del Vecchio (La Justicia, p. 72). É regra contida na parêmia audiatur altera pars, ninguém pode ser demandado sem ser ouvido. Isso vem de longe. O direito assegura ao indivíduo um direito processual de defesa, e não direito substantivo na resposta. (ROSAS, Roberto. Direito processual constitucional. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 48).

Dentro das inúmeras ocorrências havidas no curso das campanhas eleitorais, principalmente aquelas que culminaram com a cassação de mandatos eletivos obtidos pela consagração da soberania popular, em ações propostas pelo Ministério Público Eleitoral, acompanhadas de toda a sorte das provas coletadas em ICP e procedimentos correlatos, instaurados antecipadamente, passaram a incomodar a classe política (a própria destinatária da norma jurídica), de modo especial pelo conflito formado em face do indiscutível fator de desigualdade entre partes litigantes na contenda instalada na arena das Cortes Eleitorais.

Na esfera do processo legislativo, com início na tramitação da proposta originária, não constava no *Projeto de Lei nº 5.498/2009 (Relator: Dep. Flávio Dino, PCdoB/MA)* o texto envolvendo essa questão, cuja inclusão foi objeto da apresentação da *Emenda de Plenário nº 57, de autoria do Dep. Bonifácio Andrada (PSDB/MG)*, introduzindo a redação do *art. 105-A, no texto da Lei nº 12.034/09*, dispondo sobre a proibição do manejo dos mecanismos previstos na lei de regência da ACP em matéria eleitoral, firmando posição com contundentes ponderações apostas na justificativa:

O processo eleitoral é específico e precisa ser devidamente regulamentado e não pode ser alterado na prática do dia a dia, quer por parte do Juiz Eleitoral, quer por parte do Membro do Ministério Público. São comuns ocorrências em que o Ministério Público instala sindicâncias seguindo os procedimentos que se prevê na Lei de Ação Civil Pública ou certos tipos de inquéritos que na realidade representam providências ilegais e com graves repercussões no processo político eleitoral, mesmo que estes inquéritos não resultem em apuração de qualquer infração. Só o fato de se instalar uma sindicância contra um candidato já constitui uma providência que atinge de uma forma muito expressiva sua campanha eleitoral.

De imediato, o novel dispositivo trazido no bojo da minirreforma eleitoral compatibilizou-se com o núcleo das previsões contidas nos *art. 276 cc. art. 339*, ambos do Código de Processo Civil, aplicados supletivamente no processo eleitoral, no que refere a restrita e limitada permissibilidade da produção da prova exclusivamente perante o juízo natural da causa, não admitida em nenhuma hipótese sua elaboração fora dele:

Na relação entre contraditório e prova, aquele emerge como verdadeira condição de eficácia desta. Conforme já tive a oportunidade de assinalar, tanto será viciada a prova colhida sem a presença do juiz quanto aquela colhida sem a presença das partes. Daí, inclusive, se

pode afirmar que, ao menos em princípio, não têm eficácia probatória os elementos informativos se a respectiva colheita não contar com a possibilidade real e efetiva de participação dos interessados, em relação aos quais se pretende editar provimento de caráter vinculante que possa atingir a esfera jurídica de terceiros (Nesse sentido meu trabalho “O conteúdo de garantia do contraditório”, in Novas Tendências do Direito Processual, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, especialmente ns. 3.1 e 3.2, pp. 22-25.). (GRINOVER, Ada Pellegrini. Estudos de direito processual constitucional – princípios processuais e princípios de direito administrativo no quadro das garantias constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 175).

Por esse exato motivo, as provas têm de ser produzidas perante o juiz natural, e nenhum outro, sob pena de nulidade absoluta. Não pode ser convalidada a prova, por mais escorreita que tenha sido sua produção (e o procedimento observado nessa produção), se o juiz perante o qual ela foi produzida não era o juiz natural.

(BRAGHITTONI, R. Ives. O princípio do contraditório no processo. São Paulo: Forense Universitária, 2002. p. 58-59).

Ainda neste enfoque, importante observar, como acentuado no próêmio, que a produção da prova no seio do processo por óbvio depende obrigatoriamente do cumprimento das garantias fundamentais da ampla defesa e do contraditório com a completa obediência da cláusula do *due process of law*, sob pena de sua nulificação em razão da perfeita configuração de prova ilícita (art. 5º – LVI, da CR).

Nesta quadra, não se pode deixar de registrar no ponto nuclear do tema, nos tempos atuais, sobre inequívoca inaplicabilidade dos mecanismos contidos na Lei nº 7.347/85, como sustentação legal para gerar a produção antecipada de provas, em sede de ICP, trazendo por consequência a expansão do vício na amplitude do processo, absorvendo na hipótese a teoria de *fruits of the poisonous tree* maculando por derivação todo conjunto probatório.

Imperioso também destacar que a abrangência da norma em comento melhor aparelhou o ordenamento jurídico no ramo do direito eleitoral, para afirmar pressupostos ao Estado Democrático de Direito, fixados em *prima facie da Regra Matriz Pátria*, sobretudo quanto ao princípio da igualdade no elenco dos primados estabelecidos no art. 5º, caput, da CR, reafirmando a garantia fundamental como fator impeditivo o tratamento desigual perante a lei, extraído da doutrina o perfeito entendimento:

Dessa forma, o Princípio da Isonomia não é tão-somente uma limitação ao legislador. Demonstra-se ser referencial hermenêutico, a ser aplicado nos casos concretos, conforme explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho: É também um princípio de interpretação. O juiz deverá dar sempre à lei o entendimento que não crie privilégios, de espécie alguma. E, como o juiz, assim deverá proceder todo aquele que tiver de aplicar a lei. [grifo nosso] (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 282).

(PIVA, Otávio. Comentários ao art. 5o da Constituição Federal de 1988 e teoria dos direitos fundamentais. 3. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 50).

Nessa toada, evidencia com meridiana clareza que a introdução da norma no cenário eleitoral trouxe o necessário equilíbrio das partes litigantes no campo processual, de um lado, sempre atuando o representante do órgão do *parquet*, firmada a paridade de armas, afastado o despropósito em possibilitar o Ministério Público, em caráter unilateral, proceder a montagem das provas em procedimentos preparatórios previstos na lei da ação civil pública, visando à propositura de ações eleitorais.

Assim, o novato regramento introduzido na lei geral das eleições, com vigência a partir do certame de 2010, resultou em nova garantia no processo, não obstante sua exegese se encontre exposta na riqueza da doutrina especializada:

Por este art. 105-A, o legislador veda a aplicação do rito procedimental nela constante em matéria eleitoral. Isso significa que os feitos eleitorais, de natureza extrapenal ou criminal, a serem aforados em juízo eleitoral, serão processados, exclusivamente, por ritos constantes da própria lei eleitoral e nenhum outro. (CANDIDO, Joel J. Direito eleitoral brasileiro. 14. ed. São Paulo: Edipro, 2010. p. 688).

Com aprovação e vigência do dispositivo em comento, passaram os representantes do Ministério Público, atuando nos Tribunais Regionais a engrenarem uma simultânea movimentação, irredutíveis com aplicação da escorreita norma, sob argumento do exercício da função institucional, aparelhadas nas disposições do art. 129, III, da CR e art. 6º, VII, “a” e XIV cc. art. 7º, da LC nº 73/93 (Lei Orgânica do Ministério Público), que contempla sua privativa legitimidade na instauração do ICP e outros procedimentos correlatos, justificando não fazer sentido que investigações por inteiro fossem anuladas pelo rigor da lei.

No embalo das eleições gerais de 2010 convergiu para o Tribunal Superior Eleitoral um enorme volume de recursos especiais subscritos pelo MPE, versando sobre a matéria em foco, permanecendo intacto o entrave primitivo quanto à perfeita aplicabilidade do art. 105-A, da Lei das Eleições, cujo primeiro julgamento foi inaugurado após extenso debate centralizado no Plenário da alta Corte Eleitoral, por maioria de votos (5 x 2), fixada a diretriz da ilicitude da prova, cuja conclusão foi lavrada a ementa oficial:

INQUÉRITO – INSTAURAÇÃO – MINISTÉRIO PÚBLICO – TEOR DO DISPOSTO NO ARTIGO 105-A DA LEI Nº 9.504/1997. Tem-se a impossibilidade de o Ministério Público instaurar, no respectivo âmbito, inquérito voltado a levantar dados para instruir a representação eleitoral. (TSE – RO nº 4746-42/AM – Rel. desig.: Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, Rel. sorteado: Min. José Antônio Dias Toffoli – j. em 26/11/2013 – m.v. - DJe, de 06/03/2014). Mantido igual entendimento por reiterados julgamentos pretorianos: “1. O art. 105-A da Lei nº 9.504/97 estabelece que, para a instrução de ações eleitorais, o Ministério Público não pode lançar mão, exclusivamente, de meios probantes obtidos no bojo de inquérito civil público. 2. Ilícitas as provas obtidas no inquérito civil público e sendo essas o alicerce inicial para ambas as ALJEs, inarredável o reconhecimento da ilicitude por derivação quanto aos demais meios probantes, ante a aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.” (AgRgREspe nº 898-42/RN – Rel. Min^a

Laurita Hilário Vaz – j. em 28/08/2014 – v.u. – DJE de 16/09/2014 – p. 129/130); “Conforme assentado no acórdão embargado, é ilegal a instrução obtida de elementos colhidos em inquérito civil público, a teor do que dispõe o art. 105-A, da Lei nº 9.507/97” (EDAgRgRO nº 4968-10/AM - Rel. Min. José Antonio Dias Toffoli – j em 15/5/2014 - Dje, de 24/6/14)

Ademais, na extensão do entendimento estampado no repertório jurisprudencial especializado foi também apreciada a questão relativa ao pacto do termo de ajustamento de conduta (TAC), previsto nos arts. 5º e 6º, da Lei nº 7.347/85, irradiando por completo o posicionamento originário do Sodalício no que tange à impossibilidade na utilização do referido instrumento na seara do direito eleitoral trazendo o escorreito posicionamento:

Representação eleitoral. Descumprimento de termo de ajustamento de conduta. 1. A realização de termos de ajustamento de conduta previstos no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85 não é admitida para regular atos e comportamentos durante a campanha eleitoral, consoante dispõe o art. 105-A da Lei nº 9.504/97. [...] Recurso especial parcialmente provido para extinguir, sem julgamento do mérito, a representação, desprovido o pedido de reconhecimento de litigância de má-fé.

(TSE – REspe nº 322-31/RN – Rel. Min. Henrique Neves da Silva – j. em 08/05/2014 – v.u. – DJE, de 30/05/2014).

Não obstante aos inúmeros duelos travados nos estados nas eleições de 2010, o tema aqui tratado somente foi colocado sob o crivo do Tribunal Regional Paulista recentemente, em recurso oriundo do município de General Salgado (168ª Zona Eleitoral) contra decisão primária prolatada em sede de ação de investigação judicial eleitoral (AIJE), cassando os mandatos do Prefeito e Vice-Prefeito, eleitos no certame suplementar realizado em junho de 2013, sob fundamento da prática de conduta vedada, abuso de poder econômico, abuso do poder político e uso indevido de meio de comunicação social, com acolhimento de provas produzidas no inquérito civil público eleitoral instaurado pelo representante do órgão do *parquet*.

O apelo dos candidatos eleitos postulando a extinção da ação, sem resolução do mérito, veio acompanhado da arguição da preliminar, versada na nulidade do processo face a prova ilícita encartada na petição inicial, instrumentalizada através de inquérito civil público, assim ementado o acórdão:

RECURSO ELEITORAL – REPRESENTAÇÃO POR CONDUTA VEDADA A AGENTE PÚBLICO – ABUSO DE PODER ECONÔMICO, POLÍTICO E DE AUTORIDADE – USO INDEVIDO DE MEIO DE COMUNICAÇÃO SOCIAL – SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO – ELEIÇÕES SUPLEMENTARES, CASSAÇÃO DOS ELEITOS – PRELIMINAR DE ILICITUDE DA PROVA ACOLHIDA – REPRESENTAÇÃO EMBASADA TÃO SOMENTE EM INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO – POSSIBILIDADE VEDADA PELO ARTIGO 105-A DA LEI DAS ELEIÇÕES – TEMA ENFRENTADO PELO COLENDO TRIBUNAL

SUPERIOR ELEITORAL – RECURSO PROVIDO PARA ACOLHER A PRELIMINAR DO FEITO POR ILICITUDE DA PROVA E JULGAR EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, PREJUDICADO O EXAME DAS DEMAIS QUESTÕES SUSCITADAS.

(TRE/SP – RE nº 83-14/General Salgado – Rel. Des. Mário Devienne Ferraz – j. em 31/07/2014 – m.v. – DJE, de 12/08/2014). Obs.: O referido julgamento encontra-se intacto, mantida a integralidade da decisão regional, atualmente superada a instância extraordinária.

Para encerrar, deixo anotada a informação que tramita junto ao Supremo Tribunal Federal a ADI nº 4.352/DF – Rel. Min. Luiz Fux, proposta pelo PDT – Partido Democrático Trabalhista, tratando do exame de inconstitucionalidade de vários dispositivos contidos na *Lei nº 12.034/09*, entre eles o *art. 105-A*, cujo pedido inicial não contou com o beneplácito da liminar para suspensão de sua vigência.

Em conclusão, podemos afirmar que esse intrincado tema somente será definido com o julgamento pela Suprema Corte do recurso extraordinário admitido como representativo da controvérsia originário do Tribunal Superior Eleitoral e a decisão da ação direta de inconstitucionalidade.

Dos Sistemas Eleitorais. Efeitos. *Modus operandi*. Vantagens e Desvantagens

*Monica Herman Caggiano*¹
Professora

Palavras-chave: sistemas eleitorais; vantagens e desvantagens das técnicas eleitorais; eleições gerais de 2010 e 2014; eleições; voto; representação política; representação-decisão e representação-semelhança; eleitor-cidadão; eleições democráticas; partido político; inter-relacionamento entre sistema eleitoral, sistemas de governo e sistema de partidos.

Adentrando no século XXI – a era da sofisticação tecnológica, da comunicação pelas nuvens, do ambiente globalizado – o mundo, os homens, ou os mais conscientes deles, voltam a perscrutar o **espinhoso campo das fórmulas eleitorais, em busca do arranjo que melhor venha assegurar a representatividade, em território dotado de segurança e do sentimento de confiabilidade quanto aos detentores do poder político.**

Daí porque significativa parte do bloco da denominada Reforma Política girar em torno de propostas de remodelação das técnicas eleitorais hoje utilizadas para traduzir os votos colhidos nas urnas em assentos parlamentares ou na indignação do candidato vitorioso para os postos de chefia do Executivo.

Fato é que falar em sistema eleitoral, de rigor, implica no exame da equação aritmética. Uma operação utilizada para transformar – como registrado – votos em cadeiras parlamentares ou na indicação da candidatura vencedora no pleito eletivo. Muitas e das mais gamas variadas são as fórmulas idealizadas para este momento finalizador do processo eleitoral, ou seja, para traduzir o resultado das urnas, identificando as forças políticas que irão preordenar os trabalhos nos Parlamentos ou o vencedor na disputa pelo posto mais exponencial do Executivo (presidente, governador, prefeito).

Todas essas receitas, porém, privilegiam um determinado ângulo da representação política. Impõe-se, destarte, a sua adequação ao cenário ao qual se destine o padrão adotado, porquanto este deverá se acomodar e co-habitar com o regime de governo, com o sistema de governo, e com o sistema de partidos que o desenho institucional ostenta.

¹ Professora Associada do Departamento de Direito do Estado, da Universidade de São Paulo. Livre-Docente em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito/USP. Presidente da Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito/USP. Professora Titular de Direito Constitucional e Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Empresarial da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Assessora Especial do Governador do Estado de São Paulo (2006). Procuradora Geral do Município de São Paulo (1995-1996). Secretária dos Negócios Jurídicos do Município de São Paulo (1966). Procuradora do Município de São Paulo (1972-1996).

Pois bem, clássicas, neste peculiar escaninho, as equações eleitorais conhecidas no rol das duas principais vertentes: a dos **sistemas majoritários** – que gira em torno da ideia “*the first past the post*”, e a dos proporcionais – a exigir, na distribuição dos assentos parlamentares, proporcionalidade em relação ao número de votos obtidos por cada partido ou lista (coligação) de candidatos.

No entanto, clássicos também os efeitos e o *modus operandi* de cada um desses sistemas, como se depreende do quadro infra-apresentado que identifica significativo impacto: (a) no modelo representativo, (b) na produção da decisão política, (c) quanto à finalidade perseguida por cada uma dessas fórmulas eleitorais.

Sistemas eleitorais

Efeitos. *Modus operandi*

Sistema Eleitoral	Fórmula da Representação	Fórmula Decisória	Objetivo da Representação
Majoritário	Representação por maioria	A decisão é da maioria, marginalizando-se as minorias	Formação de maiorias estáveis, garantia de governabilidade
Proporcional	Representação proporcional	Vários setores sociais contribuem para a tomada da decisão política	Espelha de melhor forma as perspectivas do eleitorado

Em verdade a problemática a envolver sistemas eleitorais atende, de perto, a questão: **Quem ganha as eleições? E, portanto, quem decide? Quem estará no polo dos *decisions makers*?**

Ora, pelo prisma dos **sistemas majoritários**, alcança-se um determinado estilo de representação, a **representação da maioria**, o que produz como efeito imediato a marginalização das minorias, que são ignoradas, um quadro bipartidário, a formação de gabinetes estáveis e governos robustos, com maior potencial de imunidade diante de crises políticas. Mas a decisão política será produto da maioria governante.

No panorama dos métodos **proporcionais**, contudo, embora venham estes a **assegurar a representação de minorias**, retratando de forma mais fiel as expectativas dos múltiplos setores da sociedade, importam na viabilização de momentos de instabilidade governamental, em razão da pulverização partidária que trazem por efeito colateral. A representação atenderá ao princípio da proporcionalidade, ensejando a multiplicação dos partidos, sistemas pluripartidários e a pulverização dos Parlamentos.

Qual o melhor sistema? Não nos parece haver resposta plausível. Todos – as diversas técnicas que as duas grandes categorias congregam – oferecem vantagens e desvantagens. Estas serão apresentadas no quadro a seguir:

	Vantagens	Desvantagens
Sistema Majoritário	<ul style="list-style-type: none"> • simplicidade das cédulas; • vota-se em pessoas (normalmente representam também um partido) - v. uninominal; • os candidatos representam uma circunscrição, em especial; • favorece as candidaturas independentes; • assegura maiorias e governos fortes; <u>exceção</u>: fortes partidos regionais; • assegura um forte e importante papel à oposição e, portanto, uma alternativa para o Governo e <u>beneficia a alternância</u>; • as coligações são realizadas antes das eleições; • ao eleitorado se oferece um quadro eleitoral claro. 	<ul style="list-style-type: none"> • sub-representação dos partidos pequenos; <u>exceção</u>: robustez eleitoral a nível regional; • um partido pode obter a maioria das cadeiras com uma minoria de votos; exemplo: Inglaterra; • há, portanto, desperdício de grande parte dos votos do corpo eleitoral; • há dificuldades de formação de novos partidos. Estes não conseguem alcançar cadeiras parlamentares; • conduz ao bipartidarismo ou bipolarização, impondo a <u>política de adversários</u>; • quando praticado com um só partido a linha de oposição se processa no âmbito do próprio partido e não entre partidos;
Sistema Proporcional	<ul style="list-style-type: none"> • atribuição de cadeiras, proporcionalmente, ao número de votos obtidos; • reflete com maior fidelidade a realidade social e a diversidade de posturas e opiniões políticas; • a ideia força: todos têm voz na eleição de um governo e se tenta alcançar um <u>consenso social</u>; • produz governos de coligação, que buscam evitar a polarização e se apresentam mais flexíveis, abertos e tolerantes. 	<ul style="list-style-type: none"> • multiplicidade de partidos; • coligações infinitas, que podem conduzir a crises políticas; • governos instáveis e frágeis; • o poder de um partido sem maioria, impondo acordos para a governabilidade; • influência excessiva de um ou mais pequenos partidos; • complexidade para o eleitor, quadro que se ameniza com listas fechadas.

Os efeitos do sistema eleitoral adotado, destarte, não se limitam ao modelo decisional. Afiguram-se de amplo espectro, produzindo ingerência, como assinalado, nos mais diferentes escaninhos do cenário político. Assim, poderíamos ainda examinar o seu grau de influência sobre o valor do voto, a relação que se estabelece entre o voto e o resultado eleitoral, o nível de interferência dos líderes políticos, a independência do parlamentar e a expectativa de possibilidade de reforma do próprio sistema eleitoral acolhido. O próximo quadro visa ilustrar esses pontos de intercorrência:

Tipos de Sufrágio

Efeitos Políticos

	Sistema Majoritário	Sistema Proporcional
Elemento de incidência		
Valor do voto ⇔	desigual	igual
Relação entre o voto e o resultado eleitoral ⇔	direta e simples	indireta e complexa
Influência dos líderes políticos ⇔	elevada	nível mais baixo
Independência dos parlamentares ⇔	maior	menor
Expectativa de reorientação do sistema eleitoral ⇔	reduzida	mais acentuada

Ademais, não há que ignorar que o **sistema eleitoral tem forte relação com o sistema de governo instalado**. Nesse diapasão, clássica a observação de que os sistemas majoritários oferecem melhores condições de operabilidade ao parlamentarismo que apresenta índices de desempenho mais elevados em climas comandados pelas técnicas majoritárias e ambientes bipartidários, enquanto o sistema presidencial tem possibilidade de adaptação tanto aos modelos majoritários como também aos proporcionais.

Sistemas Eleitorais

Sistemas de Governo

Sistema Majoritário ⇔	Operabilidade melhor para o parlamentarismo
Sistema Proporcional ⇔	Atua com parlamentarismo ou presidencialismo. No sistema parlamentar, opera a pulverização do Parlamento

Tipos de Sufrágio

Quadro Partidário

Sistema Eleitoral	Sistema de partidos
Sistema Majoritário	Bipartidário ou de reduzido número de partidos
Sistema Proporcional	Pluripartidarismo Pulverização do quadro partidário

Exatamente, em razão desses canais de intercomunicação entre os sistemas eleitorais e as demais fórmulas empregadas para a conformação político-jurídica do Estado, é que dificilmente são acolhidas as duas grandes vertentes de técnicas eleitorais na sua pureza. Emergem, assim – principalmente para a constituição dos parlamentos (postos legislativos) – **os modelos mistos, construídos a partir de elementos extraídos de ambas as categorias.** Poder-se-ia abordar, pois, o tema, pela óptica dos modelos preponderantemente majoritários ou os de preponderância proporcional.

Pois bem, neste escaquinho – das receitas mistas – posiciona-se a técnica adotada no Brasil, desde 1932, ou seja, a fórmula do Quociente Eleitoral, acoplada ao Quociente Partidário e partilha das sobras pelo método da Maior Média. Configura uma receita preponderantemente proporcional², à qual foram adicionados elementos de claros reflexos majoritários: os fatores QE e QP e a repartição das cadeiras sobradas, privilegiando os partidos mais robustos, maiores, aqueles que, pelos respectivos QE e QP³, já foram prestigiados com maior número de cadeiras.

Em verdade, a receita em vigor, **nas suas três diferentes operações, está vocacionada ao prestígio da figura do partido político.** E, porque não dizer, **daquelas agremiações partidárias de maior densidade eleitoral,** porquanto na distribuição das sobras são os partidos com maior votação que acabam sendo contemplados com o maior número de cadeiras parlamentares restantes (as sobras).

Destarte, o sistema gira em torno da entidade – **partido político.** Retira da disputa as agremiações que não alcançaram o QE (quociente eleitoral), independentemente da boa votação que alguns de seus candidatos possam ter obtido. De outra parte, acaba contemplando com cadeiras parlamentares os partidos ou coligações que, no conjunto de candidaturas apresentadas, maior número de votos alcançaram. **E esta operação pode, por vezes, resultar na produção de verdadeiras ficções eleitorais,** a exemplo do caso PRONA⁴ que escandalizou os eleitores em 2002, com a deturpação verificada no grau de representatividade dos eleitos e, nas eleições gerais de 2010, com o caso Tiririca.

Os fenômenos PRONA e Tiririca, este último em 2010, demonstraram **os efeitos perversos para a representação de padrão proporcional aplicado com vinculação total ao quadro partidário.** E isto passou a impor um especial debruçar sobre os mecanismos da representação política preconizados pela Constituição, **reclamando até maior atenção**

² O modelo conhecido como *sistema proporcional* gira em torno da ideia de que o número de votos atribuídos a um partido deve ser proporcional ao número de cadeiras por este obtido, visando – numa perspectiva de assegurar equidade e justiça no campo da disputa eleitoral – conferir a cada uma das agremiações político-partidárias a sua real cota de participação no processo de distribuição das vagas do Legislativo. *Costuma-se atribuir a Thomas Hare*, advogado londrino, o mérito da introdução da ideia da proporcionalidade aplicável à esfera eleitoral. Na verdade, o sistema foi aplicado pela primeira vez na Bélgica, em 1899, com a adoção da proposta do professor de Direito e matemático Victor d'Hondt a subsidiar projeto de lei apresentado pelo Ministro da Justiça, Van den Heuven. V. nosso *Sistemas eleitorais x representação política*. Brasília, DF: Senado Federal, 1987. p. 149 e ss.

³ Código Eleitoral (Lei n. 4737/65), arts. 106, 107, 108 e 109. Ver o mecanismo do sistema do Quociente Eleitoral acoplado à técnica da maior média, para as sobras, no nosso *Sistemas eleitorais x representação política*, op. cit.

⁴ Pois bem, no episódio vivenciado pelo PRONA (eleições/2002), o partido conquistou seis cadeiras parlamentares (Câmara Federal) apoiado, apenas e tão só, na votação obtida pelo seu líder, Enéas (1.572.292). Os demais eleitos não detêm o menor nível de representatividade. Obtiveram um número de sufrágios absolutamente irrisório (*Amauri R. Gasques/18.409 votos, Irapuan Teixeira/672 votos, Elimar/483 votos, Ildeu Araújo/382 votos, Vanderlei Assis/275 votos*) e muito inferior à média de votos necessária para se eleger, i.e., de aproximadamente 100.000.

no tocante à necessidade de um novo esforço de reengenharia eleitoral e partidária, conduzindo à retomada dos debates acerca da Reforma Política⁵.

Nesta linha, não há que ignorar que, no bloco das mutações propostas, permanece inerte – porém sempre lembrada e enaltecida – a proposta do voto distrital, que, certamente, iria minimizar as possibilidades de ocorrência dessa espécie de desvio na representação política. Com efeito, a receita mais comentada e de permanente presença na agenda das diferentes Reformas Políticas examinadas pelo Congresso brasileiro, consiste no modelo alemão, conhecido como o do voto distrital misto. Opera pela previsão do provimento de 50% (*poderia ser qualquer outra porcentagem – 25%, 60%, 40%*) das cadeiras parlamentares pelo voto majoritário puro, sufrágio uninominal, votando-se no candidato e sagrando-se vitoriosos aqueles que, de per si, conquistarem o maior número de sufrágios. O restante das vagas seria distribuído pela técnica proporcional, sede em que deve se levar em consideração o número de votos obtidos pela legenda, procedendo-se à partilha dos assentos na conformidade do número de sufrágios conquistados pelo partido.

Frise-se que a fórmula germânica produziria como efeito colateral a redução drástica do número de partidos, reflexo direto e próprio da modelagem majoritária. Todavia, seria oportuno registrar que a modelagem distrital não se encontra imune a manobras que conduzam à deterioração e desvios. De confortável acomodação à técnica do *gerrymandering*⁶ ou à geometria eleitoral, pode levar a favorecimentos, notadamente da força política situacionista que promove o desenho ou o redesenho dos distritos. Foi o que ocorreu na Venezuela, na eleição parlamentar de 26 de setembro de 2010, quando o Presidente, pelo redesenho dos distritos eleitorais, obteve a maioria de modo manifestamente artificial.

Convém lembrar, contudo, que além da conhecida e debatida técnica do “voto distrital” – e esta encontra importantes simpatizantes em cenário político; mas, a cada nova legislatura, ingressa na pauta parlamentar por breves períodos para, a seguir, retornar à penumbra das gavetas do nosso Congresso – oportuno se nos afigura o exame mais detido do método misto, conhecido como voto único transferível, advogado, já ao final do século XIX, por Thomas Hare⁷. É que referido sistema autoriza uma valoração efetiva da vontade política expressa nas urnas pelo eleitor, abrindo, a seu favor, a possibilidade de indicar preferências: a primeira, a segunda, a terceira... Demais disso, viabiliza uma partilha das cadeiras entre os candidatos, mais democrática e com maior

⁵ A perspectiva de Reforma Política – quase que mítica entre nós, porquanto iniciou sua caminhada logo no início da década 90 (século XX) e continuou alimentando os debates políticos, emergindo como proposta promissora após cada pleito eleitoral - foi enterrada em 26 de maio de 2009, rejeitando-se o texto apresentado pelo Deputado Ibsen Pinheiro (PMDB-RS), designado para dar redação fina. O relator do projeto de Reforma foi o Deputado Ronaldo Caiado. Na ocasião foi aventada a hipótese de, por via de emenda constitucional, em 2011, voltarem ao debate proposições de reforma política, incluindo o financiamento público, o voto em lista fechada, o modelo distrital, etc. De fato, em fevereiro de 2011, nova Comissão para a Reforma Política foi constituída. E, por mais uma vez, as propostas foram merecedoras de arquivamento em 25.09.2013. Logo em seguida, todavia, parte das proposições, acrescida de projetos visando ao parcelamento das multas para candidatos e partidos e outros benefícios, a exemplo da exclusão de determinadas despesas da prestação de contas, tentou-se inserir na denominada minirreforma editada por via da Lei n. 12.891, de 11 de dezembro de 2013. O texto, por decisão do TSE, não se aplica às eleições gerais de 2014.

⁶ A técnica conhecida como *Gerrymander* penetra no elenco das medidas deflagradoras de desigualdades eleitorais oriundas de divisões geográficas. Idealizada por Elbridge Gerry, Governador de Massachusetts que, em 1842 dividiu o estado em distritos atendendo ao formato de uma salamandra com o escopo de priorizar os interesses do seu partido. Ver a respeito o nosso *Sistemas eleitorais x representação política*, cit. sup. p. 78.

⁷ O sistema do voto único transferível é aplicado na Irlanda e em Malta.

enfoque para a exigência da representatividade. Nesse contexto, o eleitor deve sufragar um só candidato; o seu voto, no entanto, é transferido para outro candidato de sua preferência, caso aquele que constou como primeira preferência tenha sido eleito ou, ainda, tenha obtido um número muito pequeno de votos, inferior ao exigido, e que não detém condições de se eleger.

A técnica se oferece, talvez, de maior complexidade. Prevê uma primeira operação, por intermédio da qual se define o quociente eleitoral (QE), e uma atividade sucessiva compreendendo operações complementares de mensuração e atribuição das preferências. No entanto, sua aplicação **evitaria a produção de bancadas de ficção**, sem qualquer consistência eleitoral e de questionável representatividade.

De qualquer forma, retomando os registros anteriores, não se deve afastar, entre outras, a relevante inter-relação das técnicas eleitorais com o quadro de partidos fixado e praticado. E, nesse domínio, **surge a proposta do partido regional** autorizando-se a formação de agremiações de densidade eleitoral em esfera regional, embora não atinjam grau de efetiva representatividade nacional. A medida concorreria para inviabilizar esta inflação de siglas partidárias – uma verdadeira anedota, pela artificialidade de sua constituição em termos nacionais – viabilizando a evolução natural e o desenvolvimento do grau de representatividade de cada uma dessas agremiações até alcançar o nível nacional. Aliás, é o tratamento outorgado aos partidos na Alemanha, e convive muito bem com o **voto distrital ou o duplo voto alemão**.

Enfim, de modo sucinto e bastante esquemático, este ensaio buscou oferecer uma **visão dos efeitos dos sistemas eleitorais sobre outros sistemas albergados pelo desenho institucional acolhido pela Constituição**. A sua conformização se afigura essencial para a funcionalidade da engrenagem na sua plenitude e, notadamente, para o atendimento e respeito aos princípios fixados no documento fundamental.

Merece atenção o fato de que tratar de sistemas ou fórmulas eleitorais importa **adentrar o delicado campo do direito de sufrágio**, um direito fundamental quer no seu polo ativo (*jus suffragii* – o direito de votar, participando da escolha dos representantes/governantes), quer no seu polo passivo (o direito de candidatura, também conhecido por *jus honorum*). É fundamental, ademais, por se constituir em indicador da única ação de participação concreta dos integrantes da comunidade social na produção da decisão política. Ora, a democracia – *demos* (povo) + *kratos* (governo) – impõe, para sua concretização, a interferência deste “demos” na fixação das normas e das políticas públicas pelas quais este há que ser governado. Sob esse prisma, portanto, não há como subtrair à sociedade o poder de escolha de seus representantes/governantes e nem a possibilidade de apresentar candidaturas, postulando cargos públicos.

A exigência de participação política, aliás, apresenta-se como um dos essenciais elementos da própria democracia. Consequência imediata a relevância que assume a operação eleitoral, envolvendo as receitas utilizadas para traduzir os votos em postos eletivos, que, assim, passa a ser permeada pelos pilares norteadores das práticas democráticas. Pretender reformular esses sistemas importa, na realidade, a escolha de um modelo de representação política condizente e adequado à democracia.

Os sistemas majoritários conduzirão, invariavelmente, à **representação-decisão**, pautada na ideia do *adversary politics*, que conformam o mandato representativo em termos de ação; a relação que se estabelece entre representante e representados vem expressa por intermédio de um programa governamental que a sociedade espera ver

cumprido. As técnicas proporcionais, de outra parte, ensejam o estabelecimento do modelo **representação-semelhança**, direcionada a garantir a presença do maior número de setores da comunidade social no polo decisional. Consagra, portanto, a participação política de um leque diversificado e mais abrangente de interesses e opiniões que coexistem no âmbito da comunidade social⁸.

Por derradeiro, oportuno advertir para a indisfarçável tendência de retomada da prática da política antagonista (*adversary politics*), dependente do retorno dos sistemas majoritários. Sua reinserção no contexto contemporâneo, timbrado por acentuada *conflictualité* comparece como reflexo direto do clima de ingovernabilidade. Extraíndo a ambiguidade das consultas eletivas e de forte favorecimento à alternância efetiva das forças políticas ocupando o centro do Poder, esta receita representativa vem se oferecendo como solução às atuais demandas sociais para o robustecimento das democracias ocidentais.

⁸ Sobre os modelos representação-decisão e representação-semelhança ver CAGGIANO, Monica Herman. *Sistemas eleitorais x representação política*, cit., supra.

A função constitucional da Justiça Eleitoral

Paulo Hamilton Siqueira Jr.¹
Advogado

1. Introdução

O presente estudo tem por objetivo analisar a função do Direito Eleitoral como instrumento necessário para efetivação da cidadania inaugurada pela Constituição Federal de 1988. E, ainda, a finalidade da Jurisdição Eleitoral na aplicação das normas de Direito Eleitoral² é, portanto, garantir o exercício da democracia e a liberdade do voto.

A Constituição Federal de 1988 é o marco do reingresso do Estado de Direito no sistema jurídico brasileiro, na medida em que constituiu o documento da transição democrática, com o conseqüente reconhecimento da participação política, sendo regularmente denominada Constituição Cidadã.³ Com isso, a Justiça Eleitoral e o próprio Direito Eleitoral ganham maior importância, sendo indispensáveis à proteção da cidadania.

A redemocratização do país e o advento da Constituição Federal de 1988 trouxeram como consequência o aprimoramento desse importante ramo do Direito. Ainda, o perfil de Estado adotado pelo texto constitucional, o Estado Democrático e Social de Direito, exige a intervenção estatal com o intuito da plena realização e efetivação dos preceitos constitucionais.

2. Cidadania Eleitoral⁴

A atuação da Justiça Eleitoral num regime democrático gira em torno da definição da denominada cidadania eleitoral, ou seja, quem pode votar e quem pode ser votado e, principalmente, da garantia de que o voto depositado nas urnas é, de fato, o voto apurado

¹ Advogado em São Paulo e Brasília. Professor nos cursos de graduação, pós-graduação e Mestrado em Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Pós-Doutor pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Diretor Executivo, Conselheiro e Professor da Escola Judiciária Eleitoral Paulista do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (EJEP-TRE/SP). Associado Efetivo do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP).

² Ramo do direito público que estuda ou regulamenta a organização e o exercício dos direitos políticos, especialmente no que se refere à capacidade eleitoral ativa e passiva, o Direito Eleitoral vem consolidado em fontes legislativas dispersas: a Constituição, as Leis Complementares, as Leis Ordinárias e as Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, que são instruções normativas. As principais normas do Direito Eleitoral são a Lei nº 4.737/65 – Código Eleitoral, a Lei Complementar nº 64/90 – Lei das Inelegibilidades, a Lei nº 9.096/95 – Lei dos Partidos Políticos e a Lei nº 9.504/97 – Lei das Eleições.

³ Ao promulgar a Carta Magna de 1988, o Deputado Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, afirmou: “A Constituição é, caracteristicamente, o estatuto do Homem, da Liberdade, da Democracia [...]. Tem substância popular e cristã o título que a consagra: a Constituição Cidadã!”.

⁴ A respeito da relação entre democracia e constitucionalismo “quanto mais democrático é um regime político, tanto mais a vontade popular impera e, portanto, tanto menos limites constitucionais são impostos a essa vontade e a suas decisões. Por outro lado, quanto mais limites constitucionais houver, tanto mais estreita é a possibilidade de se dar livre curso a tal vontade; tanto menos campo é deixado à deliberação dos representantes da vontade popular eleitos para o exercício cotidiano da tomada de decisões. [...] Se, por um lado, democracia e constitucionalismo efetivamente se opõem, se esses dois conceitos

e atribuído ao candidato ou partido escolhido pelo eleitor (verdade eleitoral) de forma consciente e livre de influências ilícitas que distorçam a sua percepção da realidade.

No Brasil, desde 1824 (voto censitário)⁵ quando podiam votar apenas aqueles que tivessem renda igual ou superior a 100 mil réis e idade mínima de 25 anos, até o surgimento das primeiras discussões a respeito da instituição do voto universal (República, 1891)^{6,7}, passando-se pela criação e instituição da Justiça Eleitoral no Brasil iniciada 1932⁸, o grande salto na definição desse aspecto da cidadania foi dado em 1988 com o advento da Nova Constituição (CF/88, art. 14).

Outro aspecto da cidadania eleitoral, o direito de ser votado e a definição expressa das denominadas inelegibilidades, tem sua primeira aparição no Brasil em 1855 com a Lei dos Ciclos, primeiro ato legislativo a tentar minar a interferência de autoridades políticas no processo eleitoral e, ainda, reduzir o número de pessoas elegíveis.

Segundo Nelson Jobim, a origem de uma das exigências para que o cidadão possa se eleger em determinado local, o domicílio eleitoral, tem origem em interesses militares:

*O marechal Castelo Branco alterou o sistema eleitoral em 1965 a fim de impedir as candidaturas dos generais Teixeira Lott, Amauri Krueel, Justino Alves Bastos e Jair Dantas Ribeiro aos governos da Guanabara, de São Paulo, de Pernambuco e do Rio Grande do Sul, respectivamente.*⁹

A fim de evitar que as regras pertinentes ao exercício da cidadania se modifiquem ao sabor dos interesses de momento, é que a Constituição Federal de 1988 estabelece expressamente a soberania popular, o sufrágio universal e o voto direto e secreto, com valor igual (art. 14), veda a cassação dos direitos políticos, restringindo sua suspensão às hipóteses que enumera (art. 15), estabelece condições de elegibilidade (art. 14, § 3º) e

operam, eles próprios, efetivamente como princípios opostos, como princípios contrários, e há, de fato, uma grande tensão entre eles, por outro lado, é fundamental ter-se em conta que, ainda que contrários, não se contradizem, mas, ao invés, supõem-se mutuamente [...]. Ao contrário da abordagem tradicional, podemos ver agora que esses princípios são simultânea e reciprocamente constitutivos um do outro, pois instauram uma tensão rica, complexa e produtiva sem a qual não pode haver nem democracia nem constitucionalismo.” (CARVALHO NETTO, Menelick de).

⁵ Art. 92. São excluídos de votar nas Assembléas Parochias. I. Os menores de vinte e cinco annos, nos quaes se não comprehendem os casados, e Officiaes Militares, que forem maiores de vinte e um annos, os Bachares Formados, e Clerigos de Ordens Sacras. II. Os filhos familias, que estiverem na companhia de seus pais, salvo se servirem Officios publicos. III. Os criados de servir, em cuja classe não entram os Guardalivros, e primeiros caixeiros das casas de commercio, os Criados da Casa Imperial, que não forem de galão branco, e os administradores das fazendas ruraes, e fabricas IV. Os Religiosos, e quaesquer, que vivam em Communidade claustral. V. Os que não tiverem de renda liquida annual cem mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou Empregos.

⁶ Art. 70. São eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei.

§ 1º Não podem alistar-se eleitores para as eleições federais ou para as dos Estados: 1º) os mendigos; 2º) os analfabetos; 3º) as praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior; 4º) os religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediência, regra ou estatuto que importe a renúncia da liberdade Individual. [...]

⁷ A Constituição de 1891 trouxe, ainda, uma forma de inelegibilidade em seu art. 70, § 2º “são inelegíveis os cidadãos não alistáveis”, ou seja, os mendigos, os analfabetos e as praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior.

⁸ Decreto nº 21.076/1.932), que criou o então Tribunal Superior da Justiça Eleitoral (TSJE), atualmente denominado de Tribunal Superior Eleitoral (TSE)

⁹ JOBIM, Nelson. Origem e atuação da Justiça Eleitoral. In: PASSARELLI, Eliana (Org.). *Justiça Eleitoral: uma retrospectiva*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2005.

atribui à Lei Complementar outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação. A Lei de Inelegibilidades (LC nº 64/90) atende ao comando constitucional e objetiva, precipuamente, proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência e o abuso do poder econômico ou político.

É atribuída constitucionalmente à Justiça Eleitoral zelar pelo cumprimento das normas relativas ao processo eleitoral, garantindo o exercício pleno da cidadania, por meio de suas funções: a) administrativa, para praticar atos preparativos, organização e administração de todo processo eleitoral, como alistamento de eleitores, transferência de domicílio eleitoral, preparação e realização da votação, apuração, etc.; b) consultiva, para responder a consultas feitas sobre matéria eleitoral em tese; c) normativa, para expedir normas executórias da lei eleitoral (resoluções, instruções) e, principalmente, c) jurisdicional, para apreciação e solução judicial de conflitos de natureza eleitoral.

Conforme leciona Francisco Rezek, “A política padece, inevitavelmente, de sua plasticidade, de suas astúcias, de seu jogo de interesses [...]” e o que se tem procurado, em todas as épocas:

É conciliar as inevitáveis mazelas da atividade política com os rigores da Constituição, com aquilo que da lei fundamental se pode extrair como pauta de princípios que nunca deveriam ser descartados, nem nos embates da política parlamentar nem no conseqüente exercício da atividade legislativa.¹⁰

Em nome dessa atribuição, seja na aplicação do Direito Eleitoral ou dos princípios e normas Constitucionais, a Justiça Eleitoral, atua de forma a garantir, ainda, outro aspecto do exercício da cidadania eleitoral e da legitimidade do processo eleitoral e democrático: a verdade eleitoral, a garantia de que o voto dado pelo eleitor seja efetivamente atribuído ao candidato de sua escolha, de forma esclarecida e livre.

3. Limites da Justiça Eleitoral

Como justiça especializada com atribuições e competências atribuídas pela Constituição Federal, a Justiça Eleitoral prefere às demais, de sorte que prevalecerá em caso de aparente conflito de competência entre esta e a Justiça Comum que tem, portanto, competência residual.¹¹

¹⁰ REZEK, Francisco. Política e constituição. In: MARTINS, Ives Gandras; REZEK, Francisco. *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2008.

¹¹ CF/88: Art. 96. Compete privativamente: [...] III: aos Tribunais de Justiça julgar os juizes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] c) os *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea “a”, ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais: a) os juizes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; Art. 109. Aos juizes federais compete processar e julgar: I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

Nessa esteira, urge verificar a competência da Justiça Eleitoral, segundo o conceito e o objeto do próprio Direito Eleitoral, a cuja esfera sua atuação está restrita. José Jairo Gomes pontua que “Direito eleitoral é o ramo do Direito Público cujo objeto são os institutos, as normas e os procedimentos regularizados dos direitos políticos. Normatiza o exercício do sufrágio com vistas à concretização da soberania popular”.¹²

Joel José Cândido afirma que o Direito Eleitoral é “o ramo do direito público que trata de institutos relacionados com os direitos políticos e das eleições, em todas as suas fases, como forma de escolha dos titulares dos mandatos eletivos e das instituições do Estado”¹³

Para Marcus Vinicius Furtado Coêlho, constitui objeto do Direito Eleitoral:

*Assegurar e implementar um processo que respeite as normas, destinado a garantir a soberana e livre manifestação da vontade popular, na escolha dos representantes que irão, em nome do povo, exercer o poder político nas esferas legislativas e executivas. Em outras palavras, visa ordenar um devido processo legal capaz de legitimar, através de eleições livres, a escolha das pessoas a quem o povo outorga mandatos, cumprindo o art. 1º da Constituição Federal que estabelece a democracia representativa no estado de direito como o regime político da nação.*¹⁴

Da leitura dos referidos conceitos e objetivos verifica-se que o Direito Eleitoral cuida apenas do processo eleitoral, ou seja, desde os atos preparatórios do pleito até a diplomação dos eleitos. Essa delimitação de objeto guarda relação direta com a Jurisdição Eleitoral.

Carlos Mário da Silva Velloso afirma que:

*A Justiça Eleitoral tem a função de possibilitar a expressão de vontade dos eleitores, operacionalizando todos os procedimentos eleitorais para que se desenvolvam em harmonia e transparência, sem que estorvos possam desviar a soberania popular.*¹⁵

O exercício da Jurisdição Eleitoral envolve processar e julgar as causas, condutas e fatos decorrentes das diversas fases do processo eleitoral e, desse modo, matérias atinentes ao exercício do mandato. Proibidade e moralidade administrativa não lhe são afetas.

Isso não quer dizer que as ações processadas perante a Justiça Eleitoral não tenham o condão de interferir no exercício do mandato, mas estas demandas se referem apenas a fatos ocorridos nas eleições ou, ainda, a atos anteriores que nele possam refletir diretamente.

¹² GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 4. ed. revista, atual. e ampl. São Paulo: Del Rey, 2010. p. 57.

¹³ CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*. Bauru: Edipro, 2005. p. 23.

¹⁴ COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *Direito eleitoral e processo eleitoral: direito penal eleitoral e direito político*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 67.

¹⁵ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Elementos de direito eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 12.

Questões e conflitos partidários internos e relativos e ao exercício do poder, muito embora próximas do Direito Eleitoral não constituem matéria a ser apreciada em exercício da Jurisdição Eleitoral. Esses temas só serão julgados pela Justiça Eleitoral tão apenas quando houver reflexo direto – ou indireto, mas relevante – nas eleições.

Além da administração do processo eleitoral e da realização das eleições, que acertadamente retira dos poderes Executivo e Legislativo o controle sobre a condução dos pleitos, a Jurisdição Eleitoral é exercida, principalmente, para assegurar a liberdade plena do eleitor, condição essencial à legitimidade dos resultados.

Os bens tutelados pelo Direito Eleitoral são, entre outros, a legitimidade e normalidade das eleições, higidez da campanha, igualdade na disputa e liberdade do eleitor. Dessa maneira, resta evidente o liame da Justiça Eleitoral com o processo eleitoral, cujo transcurso fica, portanto, sob sua tutela.

Via de regra, a competência da Justiça Eleitoral é exaurida com a diplomação dos eleitos. Nesse sentido, a lição de Tito Costa:

A competência da Justiça Eleitoral cessa com a expedição dos diplomas aos eleitos. A partir daí, qualquer questão relativa ao exercício dos mandatos tem seu deslinde confiado à justiça comum, exceto, na Constituição de 1988, a ação de impugnação de mandato eletivo, prevista em seu art. 14, §§ 10 e 11.¹⁶

Entretanto, cabe pontuar que a assertiva de que “com a diplomação dos eleitos encerra-se a competência da Justiça Eleitoral” não é absoluta. Conforme verificamos, a competência dessa justiça especializada é *ratione materiae* e, portanto, a atribuição da Justiça Eleitoral é a *matéria* eleitoral.

Em resumo, a função primordial e a própria razão de ser da Justiça Eleitoral é possibilitar a realização de eleições livres, garantindo, com sua atuação a normalidade e a legitimidade dos pleitos contra a influência do poder econômico ou o abuso do poder político ou administrativo. Daí porque o entendimento de que a missão essencial da Justiça Eleitoral se relaciona com o processo eleitoral e, para a atribuição de competência, há necessidade de demonstração desse liame, conforme foi exposto pelo Tribunal Superior Eleitoral:

[...] Compete à Justiça Eleitoral a análise de controvérsias internas das agremiações quando elas tiverem reflexo direto no processo eleitoral. [...] Contrariamente ao firmado pelos recorrentes, o Tribunal Regional não se imiscuiu em disputa interna do partido, analisando os motivos que levaram à anulação da convenção municipal pelo seu Órgão nacional. A análise limitou-se a um dos aspectos formais estabelecidos pela Lei das Eleições, qual seja, a efetiva existência de diretriz estabelecida pelo PT, cuja inobservância legitimaria eventual anulação da convenção realizada na municipalidade. Conforme orientação jurisprudencial firmada no âmbito desta Corte, caso a

¹⁶ COSTA, Tito. *Recursos em matéria eleitoral*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 37.

*controvérsia projete seus efeitos sobre o processo eleitoral, compete a esta Justiça especializada decidir acerca de eventual descumprimento de norma estatutária. [...] Não há falar, portanto, em violação da autonomia partidária, quando o Tribunal Regional limitou-se a analisar o cumprimento do que dispõe o art. 7º, § 10 e 20, da Lei das Eleições.*¹⁷

Da mesma forma:

*[...] Não compete ao TSE processar e julgar mandado de segurança impetrado contra ato de Secretária Nacional de partido, por não se inserir nas hipóteses elencadas nos arts. 21, VI, da LC nº 35/79 e 22, I, e, do Código Eleitoral. Não cabe a atuação da Justiça Eleitoral em relação a atos interna corporis dos partidos, que não tenham reflexo no processo eleitoral. Precedentes.*¹⁸

Fatos que não se relacionam com o pleito escapam à competência da Justiça Eleitoral.

Nesse sentido, cabe à justiça estadual processar e julgar demanda em que se discute em matéria política, como improbidade administrativa:

*[...] À Justiça Eleitoral não cabe julgar a eventual prática de ato de improbidade. Compete a este c. Tribunal investigar, tão somente, a ocorrência de eventual interferência ilícita no pleito, seja política ou econômica, visando a beneficiar e fortalecer candidaturas (Rel. Min. Luiz Carlos Madeira, DJ de 18.11.2005). O abuso do poder político ocorre quando agentes públicos se valem da condição funcional para beneficiar candidaturas (desvio de finalidade), violando a normalidade e a legitimidade das eleições [...] Recurso a que se dá provimento para cassar os diplomas dos recorridos.*¹⁹

O objeto da ação civil pública é político. As matérias política e eleitoral, embora conexas, estão sujeitas à apreciação de jurisdições diferentes. Não há competência da Jurisdição Eleitoral para apreciar matéria política e as relativas ao exercício do mandato ou da atividade político administrativa.

A ação civil pública, por exemplo, é instituto de direito processual constitucional, instrumento de defesa da cidadania, que tem por finalidade implementar preceitos constitucionais, em especial o acesso à Justiça dos direitos massificados. A tutela da ação civil pública possui um viés constitucional, sendo certo que sua base jurídica é a Constituição.

Não há dúvida que a ação civil pública é o instrumento adequado para verificar a probidade administrativa.

¹⁷ TSE, AgrR-Respe nº 81254, ac. de 02/04/2013, rel. Min. Henrique Neves, DJE 28/05/2013.

¹⁸ TSE, AgrR-MS nº 19185, ac. 15/10/2013, rel. Min. Dias Toffoli, DJE 11/11/2013.

¹⁹ TSE, RCE nº 698, ac. de 25/06/2009, rel. Min. Felix Fischer, DJE 12/08/2009.

A missão primordial da Justiça Eleitoral é garantir a efetivação do art. 1º, parágrafo único, da Carta de Outubro, tutelando a democracia e a liberdade do pleito. Daí porque o entendimento de que a função essencial da Jurisdição Eleitoral se encerra com a conclusão do processo eleitoral, ou seja, com a diplomação dos candidatos eleitos, não se justificando o prolongamento dos conflitos até como forma de pacificação institucional e para garantir, a partir deste lapso temporal, o livre exercício da atividade política, que também possui estatura constitucional. A diplomação como última fase do processo eleitoral constituiu seu termo *ad quem*.

Diplomados os eleitos, é certo que os fatos supervenientes escapam à competência da Justiça Eleitoral. Entretanto, o marco temporal da diplomação dos eleitos não determina a competência, o interesse é se os fatos dizem respeito às eleições, tomadas em sentido amplo (critério material). Pode ocorrer expansão temporal, mas não material.

Entretanto, não é o marco temporal que de fato determina a competência, mas, sim, o reconhecimento de que esses fatos dizem respeito às eleições, tomadas em sentido amplo (critério material). Assim, pode ocorrer expansão temporal da competência, mas não material: matéria eleitoral é da competência da Justiça Eleitoral ao passo que a matéria política compete à Justiça Comum. Note-se, entretanto, que mesmo a extensão temporal deve ser razoável em atenção ao princípio da preclusão, que garante estabilidade ao processo eleitoral e ao resultado obtido nas urnas, não podendo o resultado do pleito permanecer indefinido e instável em virtude das demandas judiciais eleitorais.

Exemplificativamente, “cabe à justiça estadual processar e julgar demanda em que se discute a ordem de convocação de suplente”.²⁰

As matérias política e eleitoral, embora conexas, estão sujeitas à apreciação de jurisdições diferentes. Compete à Justiça Comum processar e julgar a matéria política ao passo que a Justiça Eleitoral, que é especializada, tem atuação restrita e, após a expedição dos diplomas cessa a Jurisdição Eleitoral para apreciar matéria política e as relativas ao exercício do mandato do diplomado.

4. Processo eleitoral

O Direito Eleitoral é matéria constitucional que dá ensejo a um tipo específico de processo, o eleitoral, que é, por sua vez, uma espécie de processo constitucional. O sistema jurídico prevê ações com objeto, objetivo e características próprias e distintas. Para o nosso estudo, destacamos a ação de investigação judicial eleitoral, que pode ser classificada em quatro espécies:

a) Ação de Investigação Judicial Eleitoral por abuso de poder (art. 1º, inc. I, d e h e art. 19 da Lei Complementar nº 64/90);

²⁰ STJ, procedentes: CC 96.265/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 1º.9.08; CC 1021/SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernichiaro, DJU de 30.4.90; CC 9.534-4/RS, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJU de 26.9.94; CC 92.675/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 23.3.09; CC 88.995/PA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 1º.12.08; CC 88.236/SP, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 17.3.08; CC 28.775/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU de 17.9.01; CC 36.533/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 10.5.04, STJ, CC no 9.534-RS, 1ª Seção, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJU 26.9.94; REsp nº 29.117-SP, Rel. Min. Antônio Pádua Ribeiro, DJU 26.2.96, e conhecer demanda que diz respeito à fixação do número de vereadores (STJ, REsp. 23.402-GO, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 6.9.93).

- b) *Ação de Investigação Judicial Eleitoral por captação ou gasto ilícito de recursos para fins eleitorais (art. 30-A da Lei nº 9.504/97);*
- c) *Ação de Investigação Judicial Eleitoral por Captação Ilícita de Sufrágio (art. 41-A da Lei nº 9.504/97);*
- d) *Ação de Investigação Judicial Eleitoral por Conduta Vedada (art. 73 a 77 da Lei nº 9.504/97).*

Entre as condutas que podem pôr em risco a legitimidade e legalidade do pleito, valores sob tutela da Justiça Eleitoral, destacam-se o abuso de poder econômico e político, a captação ou gasto ilícito de recurso para fins eleitorais, a captação ilícita de sufrágio e a prática de conduta vedada.

Abuso significa excesso, exagero. Logo, o que configura o abuso é a exorbitância de um ato adequado. Transportando a semântica para o direito, o resultado é o mesmo. Abuso é o excesso de uma atividade, a princípio, lícita. Essa exorbitância é que configura a ilegitimidade surgindo o *standard* jurídico abuso.

O abuso de poder é a conduta excessiva de recursos financeiros, públicos ou privados, ou de acesso a bens ou serviços em virtude do exercício de cargo público que tenha potencialidade para gerar desequilíbrio afetando o resultado do pleito.

O abuso de poder econômico se configura pelo excesso de recursos, não declarados, na campanha e na doação de bens ou de vantagens a eleitores que possa desequilibrar o pleito. A doação é legítima. Do excesso dos recursos patrimoniais é que surge a ilicitude:

[...] A utilização de recursos patrimoniais em excesso, públicos ou privados, sob poder ou gestão do candidato em seu benefício eleitoral configura o abuso de poder econômico. 2. O significado valor empregado na campanha eleitoral e a vultosa contratação de veículos e de cabos eleitorais correspondentes à expressiva parcela do eleitorado configuram abuso do poder econômico, sendo inquestionável a potencialidade lesiva da conduta, apta a desequilibrar a disputa entre os candidatos e influir no resultado do pleito [...].²¹

[...] Na espécie, abusa do poder econômico o candidato que despense recursos patrimoniais, públicos ou privados, dos quais detém o controle ou a gestão em contexto revelador de desbordamento ou excesso no emprego desses recursos em seu favorecimento eleitoral. Nesse contexto, o subsídio de contas de água pelo prefeito-candidato, consignado no v. Acórdão regional, o qual se consumou com o favorecimento de 472 famílias do município nos (dois) meses anteriores às eleições, e a suspensão do benefício logo após o pleito configura-se abuso do poder econômico com recursos públicos [...].²²

[...] O abuso de poder econômico concretiza-se pelo mau uso de recursos patrimoniais, exorbitando os limites, de modo a desequilibrar o pleito em favor dos candidatos beneficiários.²³

²¹ REspe nº 191868, rel. Min. Gilson Dipp, de 4.8.11.

²² REspe nº 28581, rel. Min. Felix Fischer, de 21.8.08.

²³ TSE, Respe 28.387, rel. Min. Arnaldo Versiani, DJ 1.2.08; rel. Min. Ayres Britto, DJ 20.4.07.

[...] Não se desconsidera que a manutenção de albergues alcança finalidade social e também se alicerça no propósito de auxiliar aqueles que não possuem abrigo. Entretanto, no caso, não se está diante de simples filantropia que, em si, é atividade lícita. Os recorridos, então candidatos, despenderam recursos patrimoniais privados em contexto revelador de excesso cuja finalidade, muito além da filantropia, era favorecimento eleitoral de ambos (art. 23, § 5º, e art. 25 da Lei nº 9.504/97). A análise da potencialidade deve considerar não apenas a aptidão para influenciar a vontade dos próprios beneficiários dos bens e serviços, mas também seu efeito multiplicativo. Tratando-se de pessoas inegavelmente carentes, é evidente o impacto desta ação sobre sua família e seu círculo de convivência.²⁴

O abuso do poder de autoridade é o uso indevido de cargo ou função pública com a finalidade de obter votos, afetando a legitimidade do pleito. Podemos citar como exemplo: utilização indevida de propaganda institucional, de bens e serviços públicos.

A procedência da demanda exige a indicação precisa e prova robusta do abuso e a sua relação com o pleito. Não há, portanto, como confundir abuso de poder e arrecadação irregular. A última está prevista no art. 30-A, cuja finalidade é apurar condutas em desacordo com as normas relativas à arrecadação e gastos de recursos.

Outrossim, o preceito do art. 41-A tutela a legitimidade da conquista do voto que, obtida por meio ilícito, corrompe a vontade do eleitor e ofende o ideário democrático esculpido no texto de 1988. A liberdade do eleitor de escolher o candidato adequado à sua preferência e opção política é consectário próprio do sistema democrático.

Por sua vez, o rol de condutas vedadas é taxativo e, portanto, de interpretação restrita e não interpretação extensiva. A finalidade é garantir também a legitimidade do pleito.

O rol dessas condutas ilícitas é instituído exatamente para garantir a liberdade de voto, a máxima legitimidade possível ao resultado das urnas e, conseqüentemente, atender à denominada verdade eleitoral.

5. Conclusão

O tratamento e a preocupação jurídica das eleições são recentes. Surgem com a democratização da Nação e o debate ganha fôlego com o advento da democracia. A democracia brasileira é jovem e comporta aperfeiçoamento. A redemocratização do país e a Constituição Federal de 1988, que implantou e implementou o exercício da cidadania, trouxeram como consequência o aprimoramento desse importante ramo do direito que é o Eleitoral. A função da Justiça Eleitoral é, portanto, constitucional, pois tutela instrumento da democracia que é a legitimidade e legalidade do pleito.

As principais formas de consolidação do princípio democrático a – participação universal, instrumentos de fiscalização, competição efetiva, com a participação livre e conscientizada de candidatos e eleitores – são objeto de tutela pela Jurisdição

²⁴ TSE, RO nº 1445, rel. Min. Marcelo Ribeiro, 6.8.09.

Eleitoral. Como bem salientado pelo Ministro Carlos Velloso, “à Justiça Eleitoral incumbe tornar verdade a verdade das urnas, a verdade eleitoral”,²⁵ e garantir seu atendimento cabe à Justiça Eleitoral, em constante evolução e fortalecimento no Brasil na sua função constitucional de preservar o exercício da democracia, a legitimidade dos mandatos e resultados das eleições e, por fim, a credibilidade do processo eleitoral.

Bibliografia

- CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*. Bauru: EDIPRO, 2005. p. 23.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. In: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS (Org.). *A consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Disponível em: <<http://dspace.almg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/11037/4/04.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 26 ago. 2014.
- COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *Direito eleitoral e processo eleitoral: direito penal eleitoral e direito político*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 67.
- COSTA, Tito. *Recursos em matéria eleitoral*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 37.
- GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 4. ed. revista, atual. e ampl. São Paulo: Del Rey, 2010. p. 57.
- JOBIM, Nelson. Origem e atuação da Justiça Eleitoral. In: PASSARELLI, Eliana (Org.). *Justiça Eleitoral: uma retrospectiva*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2005.
- REZEK, Francisco. Política e constituição. In: MARTINS, Ives Gandras; REZEK, Francisco. *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2008.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Apud: Scheneider, J. *A Justiça Eleitoral e sua reforma constitucional*. Disponível em: <http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud8/just_ref.htm>. Acesso em: 24 ago. 2014.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Elementos de direito eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 12.

²⁵ VELLOSO, Carlos Mário da Silva apud SCHENEIDER, J. *A Justiça Eleitoral e sua reforma constitucional*. Disponível em: <http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud8/just_ref.htm>. Acesso em: 24 ago. 2014.

Propaganda eleitoral

*Paulo Henrique dos Santos Lucon*¹
Advogado

1. Introdução

No Brasil, os crescentes gastos com propaganda institucional, tanto pela divulgação de programas governamentais quanto por meio da propaganda divulgada pelas assim denominadas “estatais”, têm revelado uma relação as mais das vezes tóxica no campo político: a propaganda institucional tem sido utilizada como marketing político-eleitoral velado, que em grande medida contribui para a perpetuação do poder político de determinados grupos.

Assim utilizada de modo exagerado, a propaganda institucional foge de seu objetivo: promover ações destinadas a atender ao interesse público e prestar contas à sociedade sobre o uso do dinheiro público. Grande parte dessa forma de divulgação tem sido utilizada como mecanismo de manipulação social, induzindo a opinião pública a pender para esta ou aquela direção, conforme os interesses dos detentores do poder naquele momento. A possibilidade de reeleição para os cargos do Executivo propicia ainda mais o uso da máquina pública com fins eleitoreiros.

Por outro lado, a propaganda eleitoral propriamente dita (não velada), longe de exercer seu papel como instrumento de divulgação de novos programas, ideologias partidárias que venham a renovar e dar novos ares à política nacional a cada pleito, tem sido feita única e exclusivamente para angariar votos. E o seu custo, cada vez mais elevado, quebra a isonomia que deve haver entre os candidatos e, por consequência, compromete a legitimidade do resultado das eleições e põe em descrédito a política nacional.

Faz-se necessária, portanto, a elaboração de novas regras na legislação atual, de modo a reduzir os gastos com as campanhas eleitorais, com a instituição de um teto, numérico ou percentual, bem como a redução da propaganda institucional ao mínimo necessário.

2. Desvio de finalidade das propagandas eleitoral e institucional: perpetuação do poder

O Tribunal Superior Eleitoral conceitua propaganda eleitoral:

A propaganda eleitoral tem por finalidade levar ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que apenas postulada, a ação política que se pretende desenvolver ou as

¹ Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Vice-Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) e Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Foi juiz no Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo de 2004 a 2011, na classe jurista.

razões que induzam a concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício de função pública. (TSE, Res. nº 22.233, de 8.6.2006, rel. Min. José Delgado).²

A propaganda eleitoral, mais do que divulgar os nomes e números de partidos e candidatos, quando bem utilizada e atendidos os princípios da isonomia entre os candidatos e do equilíbrio da disputa, é instrumento de renovação da política nacional, expressão da democracia a demonstrar a possibilidade de livre escolha pelo povo que, pelo voto, elege seus governantes.

Não é, entretanto, o que tem ocorrido e o descrédito geral em que caiu nos últimos anos fez com que a propaganda eleitoral seja vista atualmente com desinteresse por parcela expressiva da população e até mesmo encarada como motivo de chacota ou como simples “poluição visual”.

Em entrevista concedida ao site Observatório da Imprensa, o sociólogo Marcos Coimbra destaca que:

O excesso de produção e a construção muito fantasiosa de candidaturas provocam no eleitor uma reação natural de desconfiança e acabam sendo um investimento cujo retorno efetivo é cada vez mais questionável. Eu acho que as campanhas gastam cada vez mais para atingir cada vez menos pessoas e convencê-las efetivamente.

Coimbra afirma ainda que a legislação eleitoral brasileira precisa ser repensada:

Enquanto tivermos centenas de candidatos aos cargos proporcionais, a complicação da escolha do candidato se agrava a cada eleição. Esse investimento maciço em custos de campanha é uma tentativa de algumas pessoas que têm dinheiro de furar essa enorme dificuldade de contatar o eleitor.³

Na verdade, necessária é uma ampla reforma política, estruturada em primeiro lugar por modificações na Constituição Federal, para que, em seguida, sobrevenham alterações legislativas. No campo infraconstitucional, imperiosa é a criação do voto distrital misto, com um sistema que contemple o voto distrital e o voto proporcional, mas sem o malfadado quociente eleitoral, que faz com que surjam candidaturas midiáticas e despojadas, que carregam outros candidatos sem a menor representatividade.

No que diz respeito à propaganda eleitoral, a razão para tanto descrédito deve-se também à sua utilização fora de seu objetivo primordial. E os valores despendidos, cada vez maiores, bem como a inexistência de um teto que limite esses gastos, geram total desequilíbrio entre os concorrentes. Quem dispõe de mais recursos financeiros contra os melhores profissionais de marketing, produz as melhores mídias e valendo-se da

² Res. nº 22.233, de 8.6.2006, rel. Min. José Delgado.

³ O preço de uma eleição. Cf. “Observatório da Imprensa”. Por Lília Diniz. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/imprimir/49320>>. Acesso em: 6 jan. 2014.

espetacularização da campanha, angaria mais votos.⁴ Por outro lado, aqueles que têm menor poder aquisitivo são excluídos da disputa ou forçados a celebrar alianças instáveis e a fazer lobby com os demais; quanto aos partidos menores, são transformados em simples peças de barganha.

Outra agravante é que aqueles que já ocupam um mandato eletivo têm maiores chances de se manter nessa posição e auxiliar aliados a conquistarem os cargos almejados. Muito desse quadro também se deve ao desvio de finalidade da propaganda institucional, como será abordado mais adiante.

Portanto, muitos candidatos e partidos, não raro munidos de boas ideias e intenções, sem o suporte financeiro adequado, têm infinitamente reduzidas as chances de alcançar sucesso na busca por mandatos eletivos.

Isso não quer dizer que, necessariamente, os menos favorecidos sejam os melhor intencionados ou vice-versa. O fato é que a falta de renovação nos cargos públicos eletivos gera a perpetuação no poder, mantendo sempre as mesmas figuras no circuito político, não permitindo que novas ideias e ideologias sejam divulgadas e colocadas em prática.

Os pequenos partidos políticos, por sua vez, têm sido utilizados nas coligações partidárias apenas com o objetivo de aumentar o tempo de propaganda no horário eleitoral gratuito nas emissoras de rádio e TV.⁵

A perpetuação do poder se deve, igualmente, ao desvirtuamento da propaganda político-institucional. Esse tipo de divulgação paga pelos cofres públicos deve ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, ainda que subliminarmente. Não podem, em suma, induzir a população a achar que determinado político é a melhor opção para as próximas eleições. Quando bem utilizada, promove ações positivas para o bem-estar local, regional ou mesmo nacional, nos campos da saúde, educação, preservação ambiental, inclusão social de minorias etc. O mais importante é que a correta propaganda institucional valoriza o dinheiro público nela investido e ao mesmo tempo presta contas à sociedade do mandato exercido.

Por outro lado, quando mal utilizada, o conteúdo desse tipo de propaganda não tem caráter meramente informativo e, na prática, é divulgação persistente e repetitiva das melhorias proporcionadas por determinado governo e determinados governantes que, aos olhos da maioria dos destinatários, são muito mais competentes dos que os demais. Acaba, portanto, por manipular a realidade aos olhos da população, mantendo no poder quem já está nele e prejudicando as chances de renovação e mudanças com o fechamento dos quadros da política nacional.

Essa prática sempre existiu em maior ou menos escala e foi bem marcante nos anos 1960, quando a propaganda institucional teve seu ápice como forma de manipulação de opinião pública e era feita, principalmente, pelo Instituto de Pesquisas e Estudos Sociais

⁴ O filósofo Roberto Romano afirma que, com os filmetes “absolutamente magníficos, que vendem felicidade [...] a propaganda tende perigosamente a tornar um processo que é democrático em um processo autoritário”. Aduz, ainda, que “os partidos têm donos que muitas vezes estão na direção há mais de trinta anos. Eles controlam os cofres, a destinação do Fundo Partidário, as alianças, o tempo de TV, e permitem que candidatos cheguem à televisão ou não”. O preço de uma eleição. Cf. “Observatório da Imprensa”. Por Lília Diniz. 07/09/2012. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/imprimir/49320>>. Acesso em: 6 jan. 2014.

⁵ Justiça Eleitoral. Disponível em: <www.tse.jus.br>. Acesso em: 5 out. 2013.

para preparar a opinião pública brasileira para a derrubada do então Presidente da República, João Goulart.⁶

Entretanto, passados tantos anos e agora, em período democrático mais longo da história do Brasil, a propaganda institucional continua muitas vezes sendo utilizada como forma de promover a imagem pessoal de candidatos e partidos, visando angariar votos em eleições futuras, inclusive patrocinada também por interessados em manter seu status no poder.

É importante lembrar que a Constituição Federal não proíbe a divulgação de ações governamentais. O que se proíbe, até em atendimento ao princípio da moralidade, é a promoção de caráter pessoal e eleitoreira, ainda que de forma velada.⁷

O mesmo se diz quanto à propaganda feita por empresas estatais, que deveriam ater-se a divulgar as finalidades da instituição, sua conduta e ações de responsabilidade social, prestando contas dos recursos públicos nelas investidos. Não devem, portanto, noticiar e enfatizar repetidamente atos favoráveis ao governo.

3. Necessidade de redução do custo das campanhas eleitorais, da propaganda institucional e proibição de reeleição

É inegável que tanto as regras de propaganda eleitoral e institucional impostas pela legislação quanto os valores éticos e morais de respeito à vontade popular têm sido sistematicamente violados em razão dos problemas acima apontados.

A propaganda eleitoral ilícita tem sido feita de maneira subliminar, a partir de uma “estratégia de *marketing* construída para legitimar propagandas de governo identificadas com os gestores públicos”, como bem colocado por Leonardo Cardoso e Silva:

[...] não diretamente com a exposição do nome político, mas indiretamente, pela frase, bordão ou pelo slogan que marca determinada administração.

Assim, já se tornou bastante comum a cada governo, a substituição da frase, do bordão ou do slogan publicitário que irá acompanhar a nova gestão que assume. Tal marca é amplamente massificada junto à população como uma espécie de assinatura do governante, ao qual está umbilicalmente associada.⁸

Vale ressaltar que a instituição de reeleição na Constituição Federal pela EC nº 16/97 em muito contribuiu para essa prática, prestando um completo desserviço ao país.

⁶ GOMES, Neusa Demartini. *Formas persuasivas de comunicação política*. EdPUC-RS. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Propaganda_institucional>. Acesso em: 7 jan. 2014.

⁷ CF, art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] § 1º – A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

⁸ 1º Seminário de Direito Eleitoral: temas relevantes para as eleições de 2012. Série Aperfeiçoamento de Magistrados. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/7/seminariodedireitoeleitoral_171.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2014.

A possibilidade de reeleição para a chefia do Poder Executivo, sem sequer exigir desincompatibilização quando se tratar do mesmo cargo, ajuda e muito a manter no poder quem nele está.

Se, por um lado, quatro anos podem parecer pouco para a implementação e desenvolvimento de determinados projetos, a permanência no cargo por mais tempo mantém uma agenda política momentânea, sem projetos políticos duradouros que sejam efetivamente benéficos ao país.

Com a possibilidade de reeleição, o uso da propaganda institucional é a principal estratégia adotada pelos ocupantes desses cargos, seja para manter-se neles, seja para preparar seus sucessores. Portanto, os eventuais benefícios que adviriam de um período maior no cargo caem por terra, se comparados aos malefícios da reeleição, extremamente nociva à Democracia e à necessidade de alternância no poder que lhe é característica.

Em relação à propaganda eleitoral, os custos crescentes têm contaminado os quadros políticos. Em matéria veiculada sob o título “Eleições elitizadas 2012”⁹, Alberto Dines destaca que:

A regulamentação da propaganda eleitoral – teoricamente uma ferramenta democrática – do jeito que foi concebida e se desenvolveu está se tornando uma barreira para o acesso do cidadão à vida política, quando deveria ser o contrário. À medida que os cartazes, panfletos, santinhos, faixas de rua e jingles de rádio foram sendo substituídos por material televisivo de alta qualidade, os custos de produção tornaram-se astronômicos e proibitivos. A propaganda gratuita é teoricamente gratuita, os Tribunais Regionais Eleitorais garantem a veiculação proporcional do material propagandístico, mas a produção de 30 segundos de TV em alta definição chega facilmente à casa dos 250 mil reais. A candidatura a um posto eletivo já não representa o sonho de um cidadão, é um investimento, investimento pesado, que poucos têm condição de bancar. E o que acontece? Este cidadão é obrigado a buscar parceiros, além do universo partidário, em empresas, confissões religiosas ou lobbies – legais ou ilegais.

Têm sido relativamente frequentes as tentativas (por enquanto, infrutíferas) de reduzir os custos das campanhas eleitorais e, assim, conter o abuso do poder econômico, vedado pelo Constituição Federal. A legislação eleitoral historicamente busca impedir o desequilíbrio financeiro entre os concorrentes ao pleito. No entanto, nenhum sistema eleitoral pode ser caracterizado como imune à fraude, pelas várias deformações naturais do processo eleitoral e, principalmente, da forma de captação que sempre traz embutido interesses daquele que doa e daquele que recebe doações. Assim é que, do ponto de vista da formação lógica não há que se considerar imperfeito qualquer desses sistemas, mas do ponto de vista da forma de captação e aplicação de recursos, nenhum deles apresenta garantias de que haverá lisura no pleito, quanto aos recursos de campanha.¹⁰

⁹ DINES, Alberto. Editorial do “Observatório da Imprensa” na TV, nº 655, no ar em 4 set. 2012.

¹⁰ MEDINA, Ademir Ismerim. *Comentários à Lei Eleitoral*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

Atualmente, a fixação do limite de gastos com as campanhas eleitorais fica a critério dos partidos políticos; o teto existe apenas para os doadores em suas contribuições (Lei nº 9.504/97, art. 23, § 1, I e II e art. 81, § 1º). Por isso, é necessária e urgente a imposição de limites de gastos também para os candidatos, como forma de garantir disputas mais isonômicas e, conseqüentemente, mais legitimidade ao resultado das eleições.

A Lei nº 11.300/2006 alterou a Lei nº 9.504/97, dispondo sobre a propaganda e respectivo financiamento e prestação de contas, na tentativa de reduzir os gastos e garantir isonomia entre os candidatos, evitando o abuso do poder econômico. Entretanto, logo na eleição seguinte, segundo divulgado na imprensa, a arrecadação foi 83% maior do que na anterior e as campanhas foram 87% mais caras que as de 2004. Na seguinte, em 2008, 56,77% mais caras que as anteriores que, em 2004, ficaram em R\$1.055.000.000,00.

Por sua vez, o PLS nº 146/2011¹¹, que seguirá para votação na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, busca definir um teto para as campanhas, fixando limites de gastos para os candidatos com base nas despesas realizadas na eleição imediatamente anterior ao da vigência da nova lei.

Pelo projeto, nas eleições para presidente, governador e senador, o teto será a média dos gastos declarados na prestação de contas dos dois candidatos mais votados na correspondente circunscrição eleitoral. Nas eleições para deputado federal, o limite será a média dos gastos declarados na prestação de contas dos candidatos eleitos para a Câmara dos Deputados naquele estado. Para deputados e vereadores, o limite será a média dos gastos declarados pelos candidatos eleitos para a correspondente Casa Legislativa. E havendo 2º turno, os gastos adicionais ficarão limitados em 1/3 do limite estabelecido para o 1º turno.

O cálculo desses limites e a atualização monetária ficarão a cargo da Justiça Eleitoral de cada circunscrição e a penalidade para gastos ilícitos será a não outorga ou a cassação do diploma do candidato beneficiado.

Já a Lei nº 12.891/2013, a denominada *minirreforma eleitoral*, alterou as Leis nºs 4.737/65 (Código Eleitoral), 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos) e 9.504/97 (Lei das Eleições) numa tentativa, segunda a justificativa apresentada, de diminuir o custo das campanhas eleitorais e garantir igualdade de condições entre os candidatos. O projeto aprovado, entretanto, contém alterações extremamente tímidas.

Como a data das convenções para escolha de candidatos foi reduzida em apenas dois dias, pouquíssimo foi alterado em relação à norma anterior (art. 8º, Lei nº 9.504/97). A proposta inicialmente apresentada era de alteração do período de realização de propaganda eleitoral e conseqüentemente, das convenções partidárias para escolha de candidatos em cerca de 30 dias. Entretanto, o Congresso Nacional entendeu ser inconveniente tal redução. Portanto, a similitude entre a redação atual da Lei das Eleições gerou uma alteração inócua, de pouco ou nenhum efeito prático em relação ao período de realização da campanha eleitoral e menos ainda sobre o seu custo.

Outra modificação abre a possibilidade de parcelamento das multas eleitorais em até 60 meses (art. 11, § 8º, inc. III, Lei nº 9.504/97). A quantidade excessiva de parcelas, principalmente no que diz respeito aos partidos políticos e aos candidatos com mais recursos financeiros, torna a sanção absolutamente ineficaz. Não se pode esquecer que

¹¹ Congresso em Foco. Comissões. Acesso em: 30 dez. 2013.

os valores das multas por infrações às normas que regem a propaganda são irrisórios se comparados aos benefícios incalculáveis gerados pela propaganda irregular ou ilícita: uma vez realizada, está na mente da população, eleitores em potencial. Compensa, portanto, correr o risco de ser multado.

Noutro tópico, a Lei limitou gastos com cabos eleitorais (e alimentação de pessoal) e aluguel de veículos, o que dificilmente dará resultados, por deixar de lado condutas e despesas que geram gastos infinitamente maiores. Além disso, prejudica candidatos menos favorecidos que, sem veículos próprios ou em número insuficiente, recorrem ao aluguel de automóveis.

Por fim, ao dispensar de comprovação em prestação de contas a cessão de bens móveis limitadas a R\$ 4.000,00 e as doações estimáveis em dinheiro entre candidatos, partidos ou comitês, não andou bem o legislador (art. 28, § 6º, inc. I e II, Lei nº 9.504/97). No primeiro caso, permite-se que determinada pessoa doe, por exemplo, o valor máximo em dinheiro (10% dos rendimentos brutos) e, “por fora”, faça uma cessão de bens, ultrapassando assim os limites legais de maneira velada. Na segunda hipótese, a Lei dispensa de comprovação as doações estimáveis em dinheiro feitas entre candidatos, partidos ou comitês financeiros que, sabe-se, não raro são milionárias e efetuadas por transferências on-line.

Curiosamente, o projeto não cuidou da propaganda que antecede o período eleitoral, senão para, basicamente, excluir condutas caracterizadoras de propaganda antecipada. É certo que o candidato à reeleição, por ocupar o poder, sai em manifesta vantagem, pois, muito mais exposto à mídia, acaba por indiretamente ter tratamento desigual. Pior situação ocorre com os candidatos que têm alguma vantagem por deterem regularmente espaço na imprensa falada (televisiva ou radiofônica). Abre-se, portanto, mais uma brecha para a continuidade da propaganda velada.

Deixou o legislador, ainda, de regulamentar de forma adequada a propaganda na internet, instrumento acessível a todos que, devidamente utilizado, constitui umas das formas de se garantir alternatividade nos cargos eletivos, pelo menos no que diz respeito à capacidade de divulgação de ideias e propostas no campo político.

Por fim, a Lei nº 12.891/2013 incluiu na Lei das Eleições o art. 36-B¹², o qual contém a proibição de convocação da imprensa para propaganda ou ataques. A inovação legislativa constante no art. 36-B proíbe expressamente, sob pena de caracterização de propaganda antecipada, as autoridades enumeradas de convocar a imprensa para divulgar atos que constituam “propaganda política ou ataques a partidos políticos e seus filiados ou instituições”.

O parágrafo, por sua vez, veda a utilização de imagens ou símbolos, com exceção dos símbolos da República Federativa do Brasil (bandeira, hino, armas e selo nacionais).

A definição do que sejam atos que denotem propaganda política ou ataques acabará por ser feita pelo Judiciário diante das peculiaridades de cada caso concreto levado à sua apreciação. Por ora, pode-se dizer que a caracterização da conduta exige o fim específico de convocar os meios de radiodifusão para esse tipo de divulgação.

¹² Art. 36-B. “Será considerada propaganda eleitoral antecipada a convocação, por parte do Presidente da República, dos Presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, de redes de radiodifusão para divulgação de atos que denotem propaganda política ou ataques a partidos políticos e seus filiados ou instituições. Parágrafo único. Nos casos permitidos de convocação das redes de radiodifusão é vedada a utilização de símbolos ou imagens, exceto aqueles previstos no § 1º do art. 13 da Constituição Federal”.

Portanto, foram deixadas de lado, mais uma vez, alterações importantes na legislação que realmente fariam alguma diferença. Hoje, entre outros problemas quanto à propaganda, a norma chega ao cúmulo de permitir a realização de propaganda nas dependências do próprio Legislativo (Lei nº 9.504/97, art. 37, § 3º).

Quanto à fiscalização sobre os recursos e gastos, apesar de ser feita pela Justiça Eleitoral de forma rigorosa, a legislação é extremamente branda e, muitas vezes, omíssa. Ainda há inúmeras formas de “justificar” a origem ilícita de recursos, entre elas o denominado “caixa 2”, que, às avessas, dá ares de licitude a valores angariados e utilizados ilicitamente. Esquece-se o legislador eleitoral daqueles que têm grandes ideias, não têm recursos para despender em propaganda eleitoral e se aventuram em disputas contra aqueles que já estão no poder.

É inegável que a grande disparidade entre os gastos realizados pelos candidatos ao mesmo cargo é nociva e macula todo o processo eleitoral.

O tema de contenção dos gastos com as campanhas eleitorais e a redução, ao mínimo necessário, das campanhas político-institucionais como forma de evitar o uso dos poderes econômico e constituído nas eleições, ao lado da proibição de reeleição para a chefia do Poder Executivo são temas que precisam ser enfrentados com coragem e ter em vista o interesse público.

Certamente, surtiria resultado positivo a fixação de um teto em limites razoáveis baseados nas médias dos gastos em anos anteriores ou em um valor numérico fixo. Seriam também positivas a limitação da propaganda institucional ao estritamente necessário e o seu controle rigoroso ou mesmo vedação em ano eleitoral. O fim da reeleição permitiria a contenção de gastos em propaganda institucional e auxiliaria a renovação dos quadros políticos.

O país necessita urgentemente de uma reforma política e eleitoral e esta tarefa será impossível enquanto não houver, de fato, vontade política para tanto.

Enquanto se espera por mudanças, a total disparidade entre os candidatos gerada pelo poder do dinheiro em algumas campanhas, o uso da máquina pública como meio de propaganda pelos detentores do poder e a possibilidade de reeleição continuam a transformar as eleições no Brasil em uma disputa absolutamente desigual.

4. Propaganda eleitoral antecipada

De acordo com o art. 36 da Lei nº 9.504/97, que estabelece as normas para a realização das eleições no país, a propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 5 de julho do ano em que se realizar a eleição. Para o caso de descumprimento dessa regra, prevê-se a imposição de multa no valor de cinco mil a vinte e cinco mil reais ou ao equivalente ao custo da propaganda, se este for maior. Essa determinação legal é uma decorrência lógica da escolha política do legislador brasileiro em restringir as atividades político-eleitorais a um curto período de tempo imediatamente anterior à data de realização das eleições. As convenções partidárias para a escolha dos candidatos, por exemplo, são feitas apenas no período de 12 a 30 de junho do ano em que se realizar a eleição, conforme estabelece o art. 8º da Lei das Eleições.

Essa opção, que se pode denominar de “restritiva”, da legislação brasileira quanto ao período das campanhas eleitorais é justificada nos dias de hoje pela necessidade

que se faz ecoar de reduzir os elevados gastos despendidos nas eleições – tema este, aliás, que está na pauta do Supremo Tribunal Federal por conta do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650. A título de ilustração, na eleição presidencial de 2010, apenas os dois candidatos que disputaram o segundo turno tiveram juntos, em pouco mais de cem dias de campanha, despesa próxima a ordem de 260 milhões de reais, conforme prestação de contas declarada ao Tribunal Superior Eleitoral.

Fato é que diante da norma posta que veda a realização de propaganda eleitoral antes do dia 5 de julho do ano em que se realizar a eleição, incumbe à Justiça Eleitoral oferecer respostas às dúvidas decorrentes da sua interpretação. Conquanto tenha fixado um período determinado para a realização da propaganda eleitoral, a Lei nº 9.504/97 não estabeleceu de maneira expressa critérios específicos que permitam distinguir os atos que configuram propaganda eleitoral antecipada daqueles que decorrem do exercício de direitos fundamentais, como o direito à liberdade de expressão (CF, art. 5º, inc. IV).

Apenas dois artigos da Lei das Eleições, ambos com redação dada pela Lei nº 12.891 de 11 de dezembro de 2013, fornecem parâmetros de orientação ao intérprete. O art. 36-B, *caput*, estabelece que:

Será considerada propaganda eleitoral antecipada a convocação, por parte do Presidente da República, dos Presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, de redes de radiodifusão para divulgação de atos que denotem propaganda política ou ataques a partidos políticos e seus filiados ou instituições.

Já o art. 36-A dessa mesma lei enumera em seus incisos as seguintes hipóteses, que se verificadas não serão consideradas propaganda eleitoral antecipada: (inc. I):

A participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico;

(inc. II)

A realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, discussão de políticas públicas, planos de governo ou alianças partidárias visando às eleições, podendo tais atividades ser divulgadas pelos instrumentos de comunicação intrapartidária;

(inc. III) “a realização de prévias partidárias e sua divulgação pelos instrumentos de comunicação intrapartidária e pelas redes sociais”; (inc. IV) “a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se faça pedido de votos”; (inc. V) “a manifestação e o posicionamento pessoal sobre questões políticas nas redes sociais”.

Ciente de que uma série de atos relacionados com as campanhas eleitorais é praticada muito antes da data estipulada pela lei, o legislador, como se pode depreender, procurou assegurar que o natural debate de ideias que precede uma eleição não viole a igualdade de oportunidades entre os pretensos candidatos. A participação de um único candidato em um programa de televisão, por exemplo, para a exposição da sua plataforma de governo, configuraria um injustificado tratamento desigual em seu benefício.

Com relação à propaganda eleitoral extemporânea nas redes sociais, o Tribunal Superior Eleitoral, em setembro de 2013, quando do julgamento do Recurso Especial nº7464.2012.620.0003, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, já havia fixado entendimento de que a veiculação de mensagem em rede social, independentemente de seu conteúdo, não configura propaganda eleitoral antecipada. Nessa ocasião, o TSE decidiu, por maioria de votos, que as redes sociais, em função da sua natureza (restrita aos usuários que a ela acedem), não são veículos de comunicação aptos a veicularem mensagens que mereçam ter seu conteúdo analisado pela Justiça Eleitoral. Dado que as mensagens veiculadas nessas redes sociais, segundo o Min. Dias Toffoli, “possuem caráter de conversa restrita aos seus usuários previamente aceitos entre si”, eventual intromissão do Poder Judiciário nesses espaços configuraria injustificada violação à liberdade de expressão. A Ministra Cármen Lúcia, aliás, nesse mesmo julgamento, fez uso de uma metáfora que bem ilustra o real significado da intervenção do Poder Judiciário nas redes sociais: “Para mim, (o Twitter) é apenas uma mesa de bar virtual”. Nota-se, portanto a tendência salutar de liberar o uso e punir apenas os excessos efetivamente capazes colocar em risco o equilíbrio entre os candidatos.

O Tribunal Superior Eleitoral, a propósito, considera propaganda eleitoral antecipada as manifestações que, previamente aos três meses anteriores à data de realização das eleições, visam influenciar o convencimento do eleitor a respeito do pleito futuro. Segundo um conjunto de decisões, isso pode acontecer tanto com a divulgação de uma candidatura fora do prazo legal quanto com a veiculação de propostas e de outras razões que levem a inferir que o beneficiário da propaganda seja o mais apto para a função pública (nesse sentido, v.g. RP. nº 203142/SE, rel. Min. Marcelo Ribeiro).

Questão interessante, porque sutil, surge nos casos de manifestações que dizem respeito aos ocupantes de cargo público, sejam elas favoráveis a eles ou não. Comumente, em reação ao pronunciamento de um chefe do Poder Executivo, seus ministros ou secretários, os partidos de oposição não tardam a denunciar tal ato como propaganda irregular. Do mesmo modo, ante as críticas da oposição, os partidos governistas não hesitam em acusá-la de incorrer na mesma prática. Dado que apenas podem ser considerados ilegais os atos de propaganda que de alguma forma façam menção à eleição futura com a intenção de influenciar o convencimento do eleitor, não se pode considerar ilegal as manifestações de crítica ou de defesa dos ocupantes de cargo público e da sua gestão. Pelo contrário. Tanto a divulgação dos atos da administração, quanto as críticas que a eles podem ser dirigidas fazem parte do jogo democrático assegurado pela Constituição Federal.

5. Conclusão

O uso de novas tecnologias e estratégias de marketing cada vez mais sofisticadas fez das campanhas político-eleitorais no Brasil uma propaganda de massa extremamente

onerosa. Gastos cada vez maiores deixam em condições desiguais os candidatos, já que muitos deles não dispõem de recursos financeiros suficientes para participar do jogo político nacional em situação isonômica ou mesmo próxima da equivalência.

Por sua vez, a possibilidade de reeleição para os cargos de Prefeito, Governador e Presidente da República estimula ainda mais o uso da máquina pública nas campanhas eleitorais, principalmente pelo uso desvirtuado da propaganda institucional, que permite levar a efeito uma propaganda eleitoral velada, destinada a manter no poder quem nele já se encontra.

Essas práticas não só contribuem como são as principais responsáveis pela perpetuação do poder de determinados grupos políticos, inviabilizando a renovação tão necessária à política nacional.

Diante desse quadro, faz-se necessária a instituição de normas no sentido de proibir a reeleição para os cargos de chefia do Poder Executivo, estabelecer fiscalização rígida e limitação da propaganda institucional, bem como induzir a uma redução drástica do custo das campanhas eleitorais, com a fixação de um teto limitador de gastos.

Tais medidas, entre outras possíveis, além de garantir a igualdade mínima devida aos candidatos e o equilíbrio dos pleitos, levarão ao melhor atendimento dos postulados gerais de probidade e ética nas disputas, garantindo maior legitimidade ao poder instituído através do voto.

Em verdade, as estruturas de poder no Brasil dificilmente se alteram, principalmente por conta da força que detêm junto às camadas mais pobres da população, que dependem ou, o que é pior, que pensam que dependem do poder constituído, impedindo a necessária alternância nas eleições. A única forma de se evitar a perpetuação do poder tão combatida por Vitor Nunes Leal em seu clássico e sempre atual livro “Coronelismo, enxada e voto”¹³ em toda e qualquer nação é um investimento maciço na educação, já que com ela a população terá maior consciência de seus direitos e deveres com o país.

¹³ Para o autor, “coronelismo” não é consequência típica do colonialismo, sim, “uma forma peculiar de manifestação do poder privado, ou seja, uma adaptação em virtude da qual os resíduos do nosso antigo e exorbitante poder privado têm conseguido coexistir com um regime político de extensa base representativa.” E, por isso, “uma troca de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social dos chefes locais, notadamente dos senhores de terras [...]. Paradoxalmente, entretanto, esses remanescentes de privatismo são alimentados pelo poder público, e isso se explica justamente em função do regime representativo, com sufrágio amplo, pois o governo não pode prescindir do eleitorado rural, cuja situação de dependência ainda é incontestável. Desse compromisso fundamental resultam as características secundárias do sistema ‘coronelista’, como sejam, entre outras, o mandonismo, o filhotismo, o falseamento do voto, a desorganização dos serviços públicos locais” (LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. São Paulo: Companhia das Letras, 1948).

Bibliografia

BUCCI, Eugênio. *Propaganda de governo, gastos sem limite?* Reproduzido do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.revistadigital.com.br/2013/04/propaganda-de-governo-gastos-sem-limite/>>. Acesso em: 7 jan. 2014.

CAGGIANO, Mônica Herman S. (Coord.). *Direito eleitoral em debate*. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, Carlos. *Juristas precisam conhecer os conceitos da propaganda*. 05/04/2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-05/direito-midia-juristas-conhecer-conceitos-propaganda>>. Acesso em: 23 dez. 2013.

DINIZ, Lília. *O preço de uma eleição*. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/imprimir/49320>>. Acesso em: 6 jan. 2014.

FRANÇA, William. *Estatais gastam mais com propaganda na reeleição*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/6/24/brasil/3.html>>. Acesso em: 7 jan. 2014.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. São Paulo: Companhia das Letras, 1948.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Código Eleitoral interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MEDINA, Ademir Ismerim. *Comentários à Lei Eleitoral*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Disponível em: <<http://www.secom.gov.br/sobre-a-secom/acoes-e-programaseprogramas/midia>>. Acesso em: 8 jan. 2014.

A gravidade das circunstâncias e a punição do abuso de poder: uma análise a partir da jurisprudência do TSE sobre o uso indevido dos meios de comunicação social

Ricardo Vita Porto
Advogado

Guilherme Giometti Santinho
Advogado

Introdução

A análise histórica da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral nos revela uma linear evolução no conceito de abuso de poder, visivelmente norteadas pela tentativa de reforçar a proteção à normalidade e a legitimidade da disputa eleitoral – bem jurídico de titularidade coletiva e manifestado pela soberania do voto popular (art. 14, § 9º, da Constituição Federal de 1988). Em outras palavras, a verificar por seus julgados, percebe-se que o C. TSE foi ampliando a abrangência do conceito de abuso de poder por meio da sistemática redução dos requisitos necessários à sua configuração.

Se no final dos anos 1990 e no começo dos anos 2000 ainda se discutia a exigência do nexo de causalidade entre os atos praticados e o efetivo comprometimento da lisura e normalidade do pleito¹, ao longo das eleições de 2004 e 2006 esta questão foi sendo superada para dar lugar à ideia da ocorrência do abuso depender apenas do potencial de a conduta desequilibrar a igualdade entre os candidatos², situação de comprovação muito mais palatável.

Outros passos nessa direção foram dados ao longo da segunda metade dos anos 2000, quando a análise acerca da potencialidade lesiva do ato foi, aos poucos, dando lugar (ou se atrelando) à noção de gravidade da conduta³, entendimento este que viria

¹ “Ainda que incontroverso o fato de que houve utilização indevida de veículos oficiais do Estado e dos municípios na condução dos políticos à reunião no Hotel Fazenda [...], importa notar que o desvio de finalidade desses bens públicos se dera sem repercussão eleitoral, de modo a comprometer a lisura e a normalidade das eleições. [...] não houve repercussão eleitoral capaz e suficiente para influenciar a liberdade de voto, inexistindo o nexo de causalidade exigido pelo art. 14, §10 e pelo art. 1º, I, d cc o artigo 22, SIV da LC 64/09” (RO 5, rel. Min. M. CORRÊA, DJU 6.mar.98.) – Extraído do RECURSO ESPECIAL ELEITORAL no 19438, Acórdão nº 19438 de 04/12/2001, Relator Min. FERNANDO NEVES DA SILVA, Relator designado Min. LUIZ CARLOS LOPES MADEIRA, Publicação: *Diário de Justiça – DJ*, v. 1, 14 nov. 2002, p. 141, *Revista de Jurisprudência do TSE – RJTSE*, v. 13, t. 4, p. 207.

² “O nexo de causalidade quanto à influência das condutas no pleito eleitoral é tão somente indiciário, sendo desnecessário demonstrar, de plano, que os atos praticados foram determinantes do resultado da competição; basta ressaír, dos autos, a probabilidade de que os fatos se revestiram de desproporcionalidade de meios” (Ac. nº 1.362/PR, rel. designado Min. Carlos Ayres Brito, DJe de 6.4.2009); “Nexo de causalidade: é indispensável a demonstração – posto que indiciária – da provável influência do ilícito no resultado eleitoral. Acórdão dos embargos declaratórios registra a demonstração de benefício concreto em prejuízo dos demais partidos e candidatos, com influência significativa no resultado do pleito” (Ac nº 19.571 de 09.04.2002/AC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 16.08.2002).

³ Nesse sentido: Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 35590, Acórdão de 29/04/2010, Relator Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES. *Diário da Justiça – DJE Eletrônico*, 24 maio 2010, p. 57-58.

a ser consolidado, exatamente no final da década, com a entrada em vigor da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135, de 2010), festejado diploma de autoria popular.

Assim que, por intermédio da regra contida em seu artigo 2º, a Lei da Ficha Limpa inseriu o inciso XVI no artigo 22⁴ da Lei de Inelegibilidade (Lei Complementar nº 64, de 1990), conferindo ao julgador o poder para classificar um ato como abusivo com base apenas na análise das circunstâncias que o caracterizam – conceito ainda mais subjetivo que o do próprio abuso de poder. Com isso, deixou de haver qualquer requisito minimamente objetivo para a parametrização do que é abuso de poder, tornando praticamente impossível definir, *a priori*, quais ações podem vir a ensejar as sanções decorrentes da conduta abusiva. É daqui que se insurge a pergunta que motiva este trabalho.

Partindo da ideia de que a vontade da norma contida no aludido dispositivo é garantir maior efetividade à punição aos abusos de poder, tornando possível sancionar um número maior de situações tendentes a afetar o preceito constitucional da lisura do pleito, propomos avaliar até que ponto o resultado esperado foi alcançado.

Entendemos ser oportuna a análise porque, passadas três eleições (2010, 2012 e 2014) desde a entrada em vigor da regra prevista no artigo 22, XVI da LC nº 64/90, já há elementos na jurisprudência a auxiliar na tarefa que aqui se pretende efetuar. E é assim, valendo-nos de uma detida consulta aos principais julgados do C. TSE que tratam da utilização indevida de veículos de comunicação social⁵, uma das roupagens mais contumazes do abuso de poder, que pretendemos verificar se, de fato, o advento do conceito da “*gravidade das circunstâncias*” tornou possível sancionar uma conduta que, muito provavelmente, ficaria impune se apreciada pelo prisma da potencialidade lesiva.

Cumpra também assinalar que, além deste ser o caminho para a obtenção de algumas respostas sobre questionamento central do presente estudo, espera-se obter, como efeito secundário das análises dos acórdãos do C. TSE, alguns exemplos de condutas que, na maioria das vezes, acabam por ser enquadradas como uso indevido dos meios de comunicação social, bem como de outras que, de modo reverso, dificilmente podem ser classificadas como abusivas.

Em último plano, pretende-se também, embasando-se nas conclusões obtidas, fazer um balanço dos reais benefícios trazidos ao sistema eleitoral pelo contínuo alargamento do conceito de abuso de poder, em contrapartida com alguns dos malefícios eventualmente decorrentes da opção pela falta de rígida parametrização⁶ do instituto.

⁴ Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito:

XVI – para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam.

⁵ Com efeito, entre o abuso de poder político, de poder econômico e o uso indevido dos meios de comunicação social, principais roupagens do abuso de poder em sentido amplo, essa última vertente é a que apresenta características mais específicas, tornando, por isso, mais precisa e de fácil visualização a análise de como a gradual supressão de requisitos para a configuração do ato como abusivo foi sendo tratada pelo C. TSE. Isto porque, como bem define o próprio C. TSE em <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-roteiro-de-direito-eleitoral-introducao-ao-tema-abuso-de-poder>, “O uso indevido dos meios de comunicação social pode ser uma forma de abuso do poder econômico ou de abuso de poder político. Considerando que os meios de comunicação social, representados por emissoras de rádio e televisão, internet, jornais e similares, têm grande poder de influência sobre a opinião pública, eles sofrem especiais restrições no âmbito do processo eleitoral.”

⁶ Em especial, porque a falta de critérios objetivos para a caracterização do abuso de poder pode vir a acarretar em distorções aptas a macular, inclusive, o próprio bem jurídico que a regra que veda o abuso busca tutelar. A esse respeito: “Com base na

Da análise dos julgados do C. TSE

Conforme apontado acima, tentaremos chegar à resposta da pergunta central deste estudo olhando para os casos concretos enfrentados pelo Tribunal Superior Eleitoral, observando, precisamente, se a alteração no requisito exigido para a configuração do abuso de poder (da potencialidade lesiva para a gravidade), mais precisamente do tipo uso indevido dos meios de comunicação, logrou sancionar um número maior de situações.

Assim, realizamos uma pesquisa no sítio eletrônico do TSE empregando a expressão “comunicação social”, tendo o resultado encontrado 152 acórdãos⁷. Em sequência, após tabelar as ementas de todos os julgados localizados, retiramos da tabela todos os resultados dos casos que não tinham relação direta com a matéria e, então, ficaram 45⁸ situações em que o uso indevido dos meios de comunicação não é reconhecido e 25⁹ em que o abuso é vislumbrado, quer pelo Corte Regional, quer pela própria Corte Superior Eleitoral. Segue abaixo a relação dos acórdãos selecionados.

A primeira experiência a ser realizada é verificar quantos dos casos deixaram de ser classificados como abusivos ao argumento do não atendimento à exigência da comprovação do potencial lesivo, ou seja, antes da entrada em vigor do art. 22, XVI da LC nº 135/2010. Assim, vê-se que dos 36 julgados anteriores ao dispositivo em questão, 26 possuem parte de sua fundamentação para a não configuração no critério da potencialidade, enquanto os outros 10 dizem respeito a questões processuais, gravidade (mesmo antes da Lei de Ficha Limpa) ou insuficiência de prova.

Nessa esteira, cabe realizar o mesmo raciocínio para os casos dos julgados que se deram após a introdução do conceito da gravidade das circunstâncias.

Por uma análise fria, vê-se que o resultado não é muito diferente do que acontecia com os casos em que o requisito era o do potencial lesivo do ato, pois, dos nove acórdãos em questão, cinco deles se apegam ao conceito da ausência de gravidade para afastar a não ocorrência de ato abusivo.

Por outro lado, é importante também voltar os olhos para os casos em que o C. TSE viu reconhecido o abuso dos meios de comunicação social com foco apenas na gravidade da conduta. Dos 25 casos levantados, três deles são posteriores à introdução do conceito de gravidade e nele se apoiam para embasar a caracterização do uso indevido dos veículos de comunicação social. Vejamos o que é considerado para tal enquadramento:

compreensão da reserva legal proporcional, a cassação de diploma de detentor de mandato eletivo exige a comprovação, mediante provas robustas admitidas em direito, de abuso de poder grave o suficiente a ensejar essa severa sanção, sob pena de a Justiça Eleitoral substituir-se à vontade do eleitor. Compreensão jurídica que, com a edição da LC nº 135/2010, merece maior atenção e reflexão por todos os órgãos da Justiça Eleitoral, pois o reconhecimento do abuso de poder, além de ensejar a grave sanção de cassação de diploma, afasta o político das disputas eleitorais pelo longo prazo de oito anos (art. 1º, inciso I, alínea d, da LC nº 64/1990), o que pode representar sua exclusão das disputas eleitorais”. (Recurso Ordinário nº 191942. Acórdão de 16/09/2014. Relator Min. GILMAR FERREIRA MENDES. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, t. 189, 8 out. 2014, p. 50-51).

⁷ Apesar de o emprego de termo tão genérico ter gerado uma gama muito grande de resultados que não guardavam relação com o tema do abuso de poder (ex.: direito de resposta, resolução da Justiça Eleitoral, condutas vedadas, entre outros), dificultando os trabalhos, essa medida era necessária para garantir que nenhum julgado relevante do banco de dados do sítio eletrônico do TSE fugisse da análise.

⁸ Referenciados na bibliografia.

⁹ Referenciados na bibliografia.

i) veiculação de matérias em jornal que já era contratado pela Prefeitura Municipal para fazer as publicações oficiais do município, durante o período eleitoral, tendo sido ressaltadas a gravidade da conduta e a potencialidade de influenciar o resultado do pleito em favor dos candidatos à reeleição aos cargos de prefeito e vice-prefeito, em detrimento dos demais candidatos (Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 46797. Acórdão de 17/12/2014. Relator(a) Min. MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA. Diário de Justiça Eletrônico – DJE, t. 25, 5 fev. 2015, p. 160-161);

ii) a configuração de abuso de poder por meio do uso frequente e extensivo de jornal eletrônico, tendo sido ressaltadas a finalidade eleitoral e a gravidade das circunstâncias em que se deu a promoção em favor dos candidatos aos cargos de prefeito e vice-prefeito, em detrimento dos demais candidatos e com influência no resultado das eleições (Recurso Especial Eleitoral nº 24416. Acórdão de 02/12/2014. Relator(a) Min. MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA. Diário de Justiça Eletrônico – DJE, t. 29, 11 fev. 2015, p. 67-68) e

iii) a concessão de entrevista por terceiros em benefício do candidato ou por ele mesmo, bem como a veiculação de campanha promovida por TV em período de disputa eleitoral, quando apenas era permitida a propaganda em rádio e TV no horário destinado à propaganda eleitoral gratuita, de modo a comprometer a normalidade e a legitimidade do pleito (Recurso Ordinário nº 406492. Acórdão de 03/12/2013. Relator(a) Min. LAURITA HILÁRIO VAZ. Diário de Justiça Eletrônico – DJE, t. 31, 13 fev. 2014, p. 97-98).

Da análise destes pontos, é curioso notar que tais situações poderiam ser enquadradas mesmo antes da introdução no ordenamento da regra prevista no art. 22, XVI da LC nº 64/1990. Nesse sentido, basta notar algumas condutas que também foram enquadradas como abusivas antes do advento do conceito da gravidade das circunstâncias, e que são praticamente as mesmas apontadas acima. Nesse sentido, trazemos aqui uma relacionada a um jornal contratado da prefeitura que faz propaganda eleitoral para o candidato:

RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2006. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CANDIDATO. DEPUTADO FEDERAL. SECRETÁRIO DE COMUNICAÇÃO. USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. ABUSO DO PODER POLÍTICO E ECONÔMICO. POTENCIAL LESIVO CONFIGURADO. RECURSO PROVIDO. INELEGIBILIDADE.

1. “O nexo de causalidade quanto à influência das condutas no pleito eleitoral é tão somente indiciário, sendo desnecessário demonstrar, de plano, que os atos praticados foram determinantes do resultado da competição; basta ressaír, dos autos, a probabilidade de que os fatos se revestiram de desproporcionalidade de meios” (Ac. nº 1.362/PR, rel. designado Min. Carlos Ayres Brito, DJe de 6.4.2009).

2. As provas dos autos demonstram que houve abuso do poder político decorrente do proveito eleitoral obtido por pré-candidato a deputado federal que, na qualidade de Secretário de Comunicação municí-

pal, beneficiou-se com a publicação de matérias a seu respeito em jornais e revistas cujas empresas de comunicação foram contratadas pela prefeitura, sem licitação, para a divulgação de propaganda institucional.

3. A maciça divulgação de matérias elogiosas a pré-candidato em diversos jornais e revistas, cada um com tiragem média de dez mil exemplares, publicados quinzenalmente, e distribuídos gratuitamente durante vários meses antes da eleição, constitui uso indevido dos meios de comunicação social, com potencial para desequilibrar a disputa eleitoral.

4. Recurso ordinário provido.

(Recurso Ordinário nº 1460. Acórdão de 22/09/2009. Relator(a) Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA. Diário da Justiça Eletrônico – DJE, v. –, t. 196/2009, 15 out. 2009, p. 62-63).

Ou mesmo um caso de entrevista em rádio, exatamente como o caso recentemente classificado como grave para se poder aplicar a sanção cominada pelo art. 22 do LC no 65/2010:

RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÃO 2006. DEPUTADO FEDERAL. USO INDEVIDO DE MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. CARACTERIZAÇÃO. POTENCIALIDADE DA CONDUTA. PROVIMENTO.

1. Publicações em jornais locais: não demonstrado o tratamento privilegiado ou o suposto benefício decorrente de publicações escritas, as matérias impugnadas não são suficientes ao alegado desequilíbrio do pleito.

2. Reprime-se o uso indevido dos meios de comunicação social e o abuso de poder quando o candidato manifesta-se sobre sua candidatura, em entrevista concedida a emissora (de rádio ou tv). Precedente: REspe 16.184, Rel. e. Min. Eduardo Alckmin, DJ de 30.6.2000. Na espécie, a manifestação do recorrido, em entrevista à TV Sudoeste, foi contextualizada e não extrapolou os objetivos de seminário sobre Projeto de Lei (Micro e Pequenas Empresas). Além disso, ocorreu apenas uma vez no período vedado.

3. O destaque ao recorrido, na divulgação de resultado de pesquisa, por meio de programa televisivo, a despeito de não recomendável, não se constitui, por si só, como suficiente a macular a legitimidade do pleito. Ademais, o recorrente não se desobrigou do ônus de demonstrar irregularidades formais na divulgação da pesquisa eleitoral (art. 33 da Lei das Eleições).

4. O e. TSE consagrou o entendimento de que para se reconhecer o uso indevido de meios de comunicação social é necessário verificar sua potencialidade para prejudicar a lisura das eleições e o equilíbrio da disputa eleitoral (RO 763, Rel. e. Min. Carlos Madeira, DJ de 3.5.2005; RO nº 781, Rel. e. Min. Peçanha Martins, DJ de 24.9.2004; RO nº 692, Rel. e. Min. Carlos Madeira, DJ de 4.3.2005). Nesse sentido, a potencialidade somente se revela quando demonstrado que as dimensões das práticas abusivas são suficientes à quebra do princípio da isonomia, em desfavor dos candidatos que não se utilizam

dos mesmos recursos. Na hipótese dos autos, configura-se o potencial prejuízo à lisura e ao equilíbrio entre os candidatos nas eleições 2006. Vinhetas institucionais da TV Sudoeste transmitiram, de 5 (cinco) a 10 (dez) vezes por dia, nos meses que antecederam às eleições (período vedado), a imagem do recorrido, juntamente com outras personalidades locais, em municípios nos quais o beneficiado obteve expressiva votação. O mesmo benefício não foi concedido a outros candidatos.

5. *“Em sede de ação de investigação judicial eleitoral não é necessário atribuir ao réu a prática de uma conduta ilegal, sendo suficiente, para a procedência da ação, o mero benefício eleitoral angariado com o ato abusivo, assim como a demonstração da provável influência do ilícito no resultado do pleito” (RO nº 1.350, Rel. e. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 20.4.2007). In casu, mostra-se desnecessário um liame preciso e indene de dúvidas entre o recorrido e os meios de comunicação social para configuração do alegado uso indevido dos meios de comunicação social, especialmente porque a imagem do candidato foi veiculada mediante TV, de modo intenso no período que antecedeu ao certame, tornando-se notória a prática, até mesmo para o candidato ora recorrido. Prevalece, portanto, a culpa in re ipsa.*

6. *Recurso ordinário provido para declarar a inelegibilidade do recorrido pelo período de três anos, contados a partir das eleições de 2006.*

(Recurso Ordinário nº 1537. Acórdão de 19/08/2008. Relator(a) Min. FELIX FISCHER. Diário da Justiça – DJ, 29 ago. 2008, p. 14).

Conclusão

É sabido que os efeitos da positivação do conceito da gravidade, introduzido pela Lei da Ficha Limpa, não pode ser medido exclusivamente com a régua das análises aqui elaboradas, porquanto o reflexo deste mandamento toca com muito mais intensidade às decisões dos juizes de primeira instância, que têm menos familiaridade com os debates travados e as inovações jurisprudenciais em voga no C. TSE, do que aos acórdãos do Tribunal Superior Eleitoral.

De todo modo, a despeito disso, e do óbice do reexame dos fatos imposto pelas Súmulas nº 7/STJ e nº 279/STF, a consulta aos julgados da Corte Superior nos parece ser uma boa ferramenta para auferir o alcance do resultado esperado pela norma expressa no art. 22, XVI LC nº 64/90. Primeiro, porque os grandes casos de configuração de abuso dos meios de comunicação, invariavelmente, acabam por serem levados ao Superior Tribunal Eleitoral, notadamente porque, no mais das vezes, envolvem candidatos e atores políticos de elevada estatura para o jogo político eleitoral. E segundo, porque é no Superior Tribunal Eleitoral que se assentam as divergências entre as Cortes Regionais.

Feitas estas observações, concluímos:

a LC nº 135/2010 inseriu no Sistema do Direito Eleitoral uma regra que alterou os parâmetros para a caracterização do abuso de direito, dispensando a exigência do potencial lesivo da conduta para dar lugar ao conceito de gravidade das circunstâncias. Apesar do efeito

positivo inicialmente gerado pela introdução do conceito, decorrente da impossibilidade de condutas abusivas se valerem do argumento do potencial lesivo para afastar as devidas punições, acredita-se que, em pouco tempo, o conceito da gravidade poderá se prestar ao mesmo fim;

parece-nos ser possível extrair da jurisprudência algumas condutas que, qualquer que seja o requisito para configuração do abuso dos meios de comunicação, possa ser assim classificada. Isto porque o viés pelo qual a classificação do ato como abuso não deve dizer respeito a um conceito em abstrato, como o é o da gravidade ou o potencial lesivo, mas, sim, ao fato concreto da conduta atentar, em algum grau minimamente relevante, o que vedação ao abuso busca tutelar – a normalidade e a legitimidade do pleito. Aqui, é interessante realizar um pequeno paralelo ao instituto do crime impossível do Direito Penal, para lançar uma observação crítica ao conceito da gravidade: ao se olhar exclusivamente para as circunstâncias sem se importar com o potencial lesivo da ação em abstrato, seria o mesmo tipificar como tentativa de homicídio alguém que ameaça a vida de um terceiro utilizando-se de uma arma sabidamente de brinquedo;

a partir das duas ideias acima, é oportuno concluir também, com certo grau de pesar, que a cláusula aberta introduzida pelo conceito de gravidade das circunstâncias trouxe mais riscos do que segurança para o sistema. Isto porque não se logrou reforçar a proteção ao princípio da máxima igualdade na disputa eleitoral. Quando não, ao deixar de ainda mais vago o conceito de abuso, permite-se a grave sanção decorrente de sua configuração (a declaração de inelegibilidade pelo prazo de oito anos) seja arbitrada de modo demasiadamente subjetivo, o que, se não adotadas as devidas cautelas, pode infringir, exatamente, o bem jurídico que a vedação aos abusos busca proteger – a normalidade e a legitimidade da disputa eleitoral – bem jurídico de titularidade coletiva e manifestado pela soberania do voto popular (art. 14, § 9º, da Constituição Federal de 1988).

Bibliografia

Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 76965. Acórdão de 30/10/2014. Relator(a) Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, t. 220, 21 nov. 2014, p. 14.

Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 73014. Acórdão de 24/10/2014. Relator(a) Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. *DJE – Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, t. 227, 2 dez. 2014, p. 30.

Recurso Ordinário nº 1804. Acórdão de 16/10/2014. Relator(a) Min. MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, t. 208, 5 nov. 2014, p. 82-83.

Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 59942. Acórdão de 01/10/2014. Relator(a) Min. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, t. 201, 24 out. 2014, p. 23-24.

Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 38923. Acórdão de 19/08/2014. Relator(a) Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, t. 162, 1 set. 2014, p. 325-326.

Recurso Especial Eleitoral nº 18470. Acórdão de 01/07/2014. Relator(a) Min. LAURITA HILÁRIO VAZ. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, t. 152, 18 ago. 2014, p. 152.

Agravo Regimental em, Acórdão de 24/06/2014. Relator(a) Min. LAURITA HILÁRIO VAZ. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, t. 145, 7 ago. 2014, p. 174.

Recurso Especial Eleitoral nº 328108. Acórdão de 27/05/2014. Relator(a) Min. JOSÉ ANTÔNIO DIAS TOFFOLI. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, t. 142, 4 ago. 2014, p. 58.

Recurso Especial Eleitoral nº 46822. Acórdão de 27/05/2014. Relator(a) Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, t. 111, 16 jun. 2014, p. 70-71.

Recurso Ordinário nº 171568. Acórdão de 31/05/2012. Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, t. 148, 3 ago. 2012, p. 51-52.

Recurso Ordinário nº 352710. Acórdão de 22/09/2011. Relator(a) Min. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, t. 23, 3 fev. 2014, p. 293-294.

Recurso Especial Eleitoral nº 433079. Acórdão de 02/08/2011. Relator(a) Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, 30 ago. 2011, p. 88.

Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 70895. Acórdão de 21/06/2011. Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, 12 ago. 2011, p. 67.

Agravo Regimental em Representação nº 321796. Acórdão de 07/10/2010. Relator(a) Min. ALDIR GUIMARÃES PASSARINHO JUNIOR. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, t. 229, 30 nov. 2010, p. 7-8.

Recurso Contra Expedição de Diploma nº 672. Acórdão de 24/06/2010. Relator(a) Min. FELIX FISCHER. Relator(a) designado(a) Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, 16 ago. 2010, p. 79.

Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 35590. Acórdão de 29/04/2010. Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, 24 maio 2010, p. 57/58.

Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 35938. Acórdão de 02/02/2010. Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, v. –, t. 47/2010, 10 mar. 2010, p. 10.

Recurso Contra Expedição de Diploma nº 758. Acórdão de 10/12/2009. Relator(a) Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA. *Diário de Justiça Eletrônico - DJE*, 12 fev. 2010, p. 19.

Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 34974. Acórdão de 25/08/2009. Relator(a) Min. ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI. *Diário de Justiça Eletrônico - DJE*, 18 set. 2009, p. 14.

Recurso Ordinário nº 1807. Acórdão de 20/08/2009. Relator(a) Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, t. 178, 18 set. 2009, p. 17-18.

Recurso Ordinário no 2356. Acórdão de 20/08/2009. Relator(a) Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, 18 set. 2009, p. 22.

Recurso Ordinário nº 1493. Acórdão de 04/08/2009. Relator(a) Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, t. 166, 1 set. 2009, p. 42.

Recurso Ordinário nº 1476. Acórdão de 30/06/2009. Relator(a) Min. ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, t. 166, 1 set. 2009, p. 41/42.

Recurso Ordinário nº 1517. Acórdão de 25/06/2009. Relator(a) Min. FELIX FISCHER. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, t. 166, 1 set. 2009, p. 42-43.

(Recurso Ordinário nº 1518. Acórdão de 25/06/2009. Relator(a) Min. FELIX FISCHER. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, t. 166, 1 set. 2009, p. 43-44.

Recurso Ordinário nº 2346. Acórdão de 02/06/2009. Relator(a) Min. FELIX FISCHER. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, 18 set. 2009, p. 21-22.

Recurso Contra Expedição de Diploma nº 703. Acórdão de 28/05/2009. Relator(a) Min. FELIX FISCHER. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, v. –, t. 166/2009, 1 set. 2009, p. 38-39.

Recurso Ordinário nº 1501. Acórdão de 26/05/2009. Relator(a) Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, 17 jun. 2009, p. 5-6.

Recurso Ordinário nº 1363. Acórdão de 26/03/2009. Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, t. 78, 27 abr. 2009, p. 10.

RECURSO ORDINÁRIO nº 1514. Acórdão de 26/06/2008. Relator(a) Min. FELIX FISCHER. *Diário de Justiça – DJ*, 6 ago. 2008, p. 29; *Revista de Jurisprudência do TSE – RJTSE*, v. 19, t. 3, p. 21.

RECURSO ORDINÁRIO nº 1518. Acórdão de 27/03/2008. Relator(a) Min. JOSÉ AUGUSTO DELGADO. *Diário de Justiça – DJ*, 28 abr. 2008, p. 20.

RECURSO ORDINÁRIO nº 1517. Acórdão de 25/03/2008. Relator(a) Min. JOSÉ AUGUSTO DELGADO. *Diário de Justiça – DJ*, 23 abr. 2008, p. 8.

RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA nº 673. Acórdão de 18/09/2007. Relator(a) Min. CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS. *Diário de Justiça – DJ*, v. 1, 30 out. 2007, p. 169.

REPRESENTAÇÃO nº 915. Acórdão de 13/02/2007. Relator(a) Min. FRANCISCO CESAR ASFOR ROCHA. *Diário de Justiça – DJ*, 19 mar. 2007, p. 177.

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 6869. Acórdão de 31/10/2006. Relator(a) Min. CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS. *Diário de Justiça – DJ*, 20 nov. 2006, p. 199; *Revista de Jurisprudência do TSE – RJTSE*, v. 17, t. 4, p. 195.

REPRESENTAÇÃO nº 949. Acórdão de 27/09/2006. Relator(a) Min. FRANCISCO CESAR ASFOR ROCHA. *Diário de Justiça – DJ*, 23 out. 2006, p. 135.

RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA nº 627. Acórdão nº 627 de 03/05/2005. Relator(a) Min. LUIZ CARLOS LOPES MADEIRA. *Diário de Justiça – DJ*, v. 1, 24 jun. 2005, p.156; *Revista de Jurisprudência do TSE – RJTSE*, v. 16, t. 2, p. 162.

RECURSO ORDINÁRIO nº 725. Acórdão nº 725 de 12/04/2005. Relator(a) Min. LUIZ CARLOS LOPES MADEIRA. Relator(a) designado(a) Min. CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS. *Diário de Justiça – DJ*, 18 nov. 2005, p. 69; *Revista de Jurisprudência do TSE – RJTSE*, v. 17, t. 2, p. 61.

REPRESENTAÇÃO nº 373. Acórdão nº 373 de 07/04/2005. Relator(a) Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS. *Diário de Justiça – DJ*, v. 1, 26 ago. 2005, p. 173; *Revista de Jurisprudência do TSE – RJTSE*, v. 16, t. 3, p. 18.

RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA nº 613. Acórdão nº 613 de 17/02/2005. Relator(a) Min. CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO. *Diário de Justiça – DJ*, 20 set. 2006, p. 80.

RECURSO ORDINÁRIO nº 692. Acórdão nº 692 de 30/11/2004. Relator(a) Min. LUIZ CARLOS LOPES MADEIRA. Relator(a) designado(a) Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA. *Diário de Justiça – DJ*, 04 mar. 2005, p. 115; *Revista de Jurisprudência do TSE – RJTSE*, v. 16, t. 1, p. 122.

RECURSO ORDINÁRIO nº 759. Acórdão nº 759 de 23/11/2004. Relator(a) Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS. *Diário de Justiça – DJ*, v. 1, 15 abr. 2005, p. 162; *Revista de Jurisprudência do TSE – RJTSE*, v. 16, t. 1, p. 145.

RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA nº 642. Acórdão nº 642 de 19/08/2003. Relator(a) Min. FERNANDO NEVES DA SILVA. *Diário de Justiça – DJ*, v. 1, 17 out. 2003, p. 129; *Revista de Jurisprudência do TSE – RJTSE*, v. 14, t. 4, p. 54.

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 19438. Acórdão nº 19438 de 04/12/2001. Relator(a) Min. FERNANDO NEVES DA SILVA. Relator(a) designado(a) Min. LUIZ CARLOS LOPES MADEIRA. *Diário de Justiça – DJ*, v. 1, 14 nov. 2002, p. 141; *Revista de Jurisprudência do TSE – RJTSE*, v. 13, t. 4, p. 207.

Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 123. Acórdão de 17/12/2014. Relator(a) Min. MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA. Publicação: *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, t. 24, 4 fev. 2015, p. 115.

Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 46797. Acórdão de 17/12/2014. Relator(a) Min. MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, t. 25, 5 fev. 2015, p. 160-161.

Recurso Especial Eleitoral nº 24416. Acórdão de 02/12/2014. Relator(a) Min. MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, t. 29, 11 fev. 2015, p. 67-68.

Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 31536. Acórdão de 18/11/2014. Relator(a) Min. MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, t. 227, 2 dez. 2014, p. 31-32.

Agravo Regimental em Ação Rescisória nº 101107. Acórdão de 24/06/2014. Relator(a) Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, t. 148, 12 ago. 2014, p. 103-104.

Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 58508. Acórdão de 20/03/2014. Relator(a) Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, t. 66, 7 abr. 2014, p. 66.

Recurso Ordinário nº 406492. Acórdão de 03/12/2013. Relator(a) Min. LAURITA HILÁRIO VAZ. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, t. 31, 13 fev. 2014, p. 97-98.

Recurso Ordinário nº 938324. Acórdão de 31/05/2011. Relator(a) Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, 1 ago. 2011, p. 231-232.

Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 3888128. Acórdão de 17/02/2011. Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, 7 abr. 2011, p. 45.

Recurso Especial Eleitoral nº 35923. Acórdão de 09/03/2010. Relator(a) Min. FELIX FISCHER. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, 14 abr. 2010, p. 43-44.

Recurso Ordinário nº 1460. Acórdão de 22/09/2009. Relator(a) Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, Volume –, t. 196/2009, Data 15/10/2009, p. 62-63.

Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 10969. Acórdão de 10/06/2009. Relator(a) Min. FELIX FISCHER. *Diário de Justiça Eletrônico – DJE*, t. 147, 4 ago. 2009, p. 101-102.

Recurso Ordinário nº 1537. Acórdão de 19/08/2008. Relator(a) Min. FELIX FISCHER. *Diário de Justiça – DJ*, 29 ago. 2008, p. 14.

RECURSO ORDINÁRIO nº 1530. Acórdão de 14/02/2008. Relator(a) Min. JOSÉ AUGUSTO DELGADO. *Diário de Justiça – DJ*, 18 mar. 2008, p. 12.

RECURSO ORDINÁRIO nº 756. Acórdão de 20/04/2006. Relator(a) Min. JOSÉ AUGUSTO DELGADO. *Diário de Justiça – DJ*, 2 jun. 2006, p. 99; *Revista de Jurisprudência do TSE – RJTSE*, v. 17, t. 3, p. 89.

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 25673. Acórdão de 30/03/2006. Relator(a) Min. CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS. *Diário de Justiça – DJ*, 5 maio 2006, p. 151.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ORDINÁRIO nº 688. Acórdão nº 688 de 24/08/2004. Relator(a) Min. CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS. *Diário de Justiça – DJ*, v. 1, 17 set. 2004, p. 177.

RECURSO ORDINÁRIO no 688. Acórdão nº 688 de 15/04/2004. Relator(a) Min. FERNANDO NEVES DA SILVA. *Diário de Justiça – DJ*, v. 1, 21 jun. 2004, p. 86; *Revista de Jurisprudência do TSE – RJTSE*, v. 15, t. 2, p. 92.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 19877. Acórdão nº 19877 de 03/02/2004. Relator(a) Min. CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO. *Diário de Justiça – DJ*, v. 1, 2 abr. 2004, p. 105.

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 19432. Acórdão nº 19432 de 23/08/2001. Relator(a) Min. FERNANDO NEVES DA SILVA. Relator(a) designado(a) Min. JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE. *Diário de Justiça – DJ*, v. 1, 26 out. 2001, p. 146.

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 16184. Acórdão nº 16184 de 01/06/2000. Relator(a) Min. JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN. *Diário de Justiça – DJ*, Volume 1, 30 jun. 2000, p. 159; *Revista de Jurisprudência do TSE – RJTSE*, v. 12, t. 3, p. 136.

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 15050. Acórdão nº 15050 de 27/11/1997. Relator(a) Min. MAURÍCIO JOSÉ CORRÊA. *Diário de Justiça – DJ*, 20 fev. 1998, p. 75; *Revista de Jurisprudência do TSE – RJTSE*, v. 10, t. 1, p. 152.

RECURSO ORDINARIO nº 9356. Acórdão nº 9356 de 21/03/1996. Relator(a) Min. TORQUATO LORENA JARDIM. *Revista de Jurisprudência do TSE – RJTSE*, v. 8, t. 1, p. 131; *Diário de Justiça – DJ*, 26 abr. 1996, p. 13171.

RECURSO ORDINARIO nº 11925. Acórdão nº 11925 de 14/03/1996. Relator(a) Min. TORQUATO LORENA JARDIM. *Revista de Jurisprudência do TSE – RJTSE*, v. 8, t. 1, p. 156; *Diário de Justiça – DJ*, 29 mar. 1996, p. 9428.

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 12394. Acórdão nº 12394 de 05/12/1995. Relator(a) Min. TORQUATO LORENA JARDIM. *Diário de Justiça – DJ*, 1 mar. 1996, p. 5084; *Revista de Jurisprudência do TSE – RJTSE*, v. 8, t. 1, p. 178.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Roteiros de direito eleitoral – abuso de poder*. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-roteiro-de-direito-eleitoral-introducao-ao-tema-abuso-de-poder>>.